

ACTUALIDAD JURIDICA



Año VI

N° 11

Enero 2005

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Independencia
del Poder Judicial



La Simulación
y la Jurisprudencia



Delito Permanente,
Amnistía y Prescripción



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año VI, N° 11 - Enero 2005



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

R000750 C.1

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.

Indice de Contenidos

Tema central: *Independencia del Poder Judicial*

• Presentación.....	7
• Subordinación del Poder Judicial. P. Rodríguez G.....	11
• Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial. J. L. Cea E.....	25
• Ley, interpretación y exceso judicial. F. Rojas S.....	39
• Función Judicial y Estado de Derecho. P. Oyaneder D.....	47

Ensayos y Estudios

• La simulación y la jurisprudencia. H. Rosende A.....	53
• Delito permanente, amnistía y prescripción. M. Rojas S.....	87
• El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. C. Pecchi C.....	119
• Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN. S. Huidobro M.....	139
• El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea. R. F. Campusano, F. Carvajal.....	155
• ¿Deben tributar la compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil? J. García E., V. Velásquez G.....	175
• Las relaciones internacionales de Chile durante el período pseudoparlamentario (1891-1924). E. Andrades R.....	181
• La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. F. Mantilla E., F. Ternera B.....	213
• Aplicación de la Ley Nº 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas. B. Morales E.....	231
• Privaciones y restricciones de libertad. H. Oberg Y.....	245
• El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "el derecho de retracto". C. Pizarro W.....	255
• Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia. P. Oyaneder D.....	267
• Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset. J. Alvear T.....	273
• La mujer ante el derecho internacional público. J. Williams B.....	281

Análisis Jurisprudencial

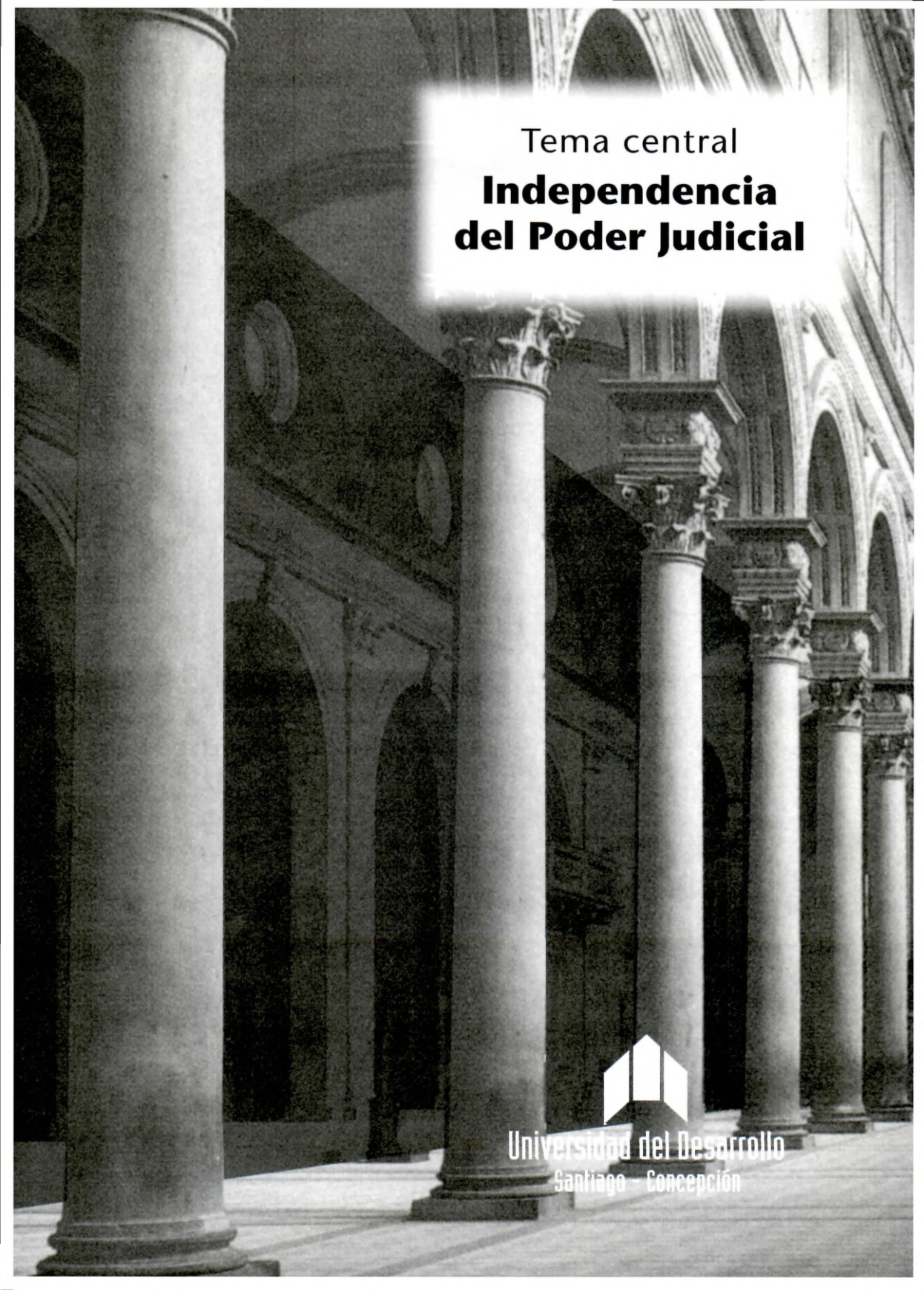
- Sentencia "Cía. Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos". J. García E. 299
- Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra. Sentencia "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Ltda. y Codelco Chile, División Radomiro Tomic". C. Halpern M. 307

Actividades de las Facultades

- Facultad de Derecho, sede Santiago. A. Fraga Y. 325
- Facultad de Derecho, sede Concepción. B. Caprile B. 331

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *El Gobierno de las Indias*, de Javier Barrientos G. Comentario de E. Andrades R. 337
- *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Tomo I*, de Héctor Humeres N. Comentario de C. Halpern M. 341



Tema central
**Independencia
del Poder Judicial**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Presentación

“Actualidad Jurídica” ha seleccionado para este número un tema de creciente discusión, que, sin duda, cobrará trascendental importancia en el futuro inmediato. Se trata de la independencia del Poder Judicial. Esta inquietud se arrastra desde hace mucho años y constituye un verdadero lunar en nuestro renovado sistema institucional. Durante largo tiempo, la judicatura fue considerada como un mero servicio público, sometida a los demás poderes del Estado, sin autonomía e independencia efectiva. Esta circunstancia se evidenciaba, entre otras cosas, en la ausencia de tribunales que conocieran del contencioso administrativo, dejando, por ende, en la más absoluta impunidad la responsabilidad del Estado. El sistema de nombramientos, instituido en la Constitución y la ley, por otra parte, determina un sometimiento casi sin contrapeso de la judicatura a los intereses del Poder Ejecutivo, situación que condiciona la carrera judicial en todos los escalafones. En este ámbito no es difícil reconocer que el Poder Judicial no puede ser independiente y que, como quiera que se mire, sus decisiones están condicionadas por factores ajenos a su verdadera misión.

A propósito de las grandes reformas estructurales habidas en Chile a partir de 1973, especialmente en el campo constitucional, la independencia del Poder Judicial comienza a valorizarse y reclamarse por diversos sectores. Las encuestas realizadas por nuestra Facultad (separatas de esta Revista), dan cuenta de una creciente preocupación ciudadana por la independencia judicial y, lo que parece más grave, se vincula mayoritariamente el tema a la génesis de los nombramientos, a los servicios públicos vinculados a las tareas de los tribunales, a su estructura orgánica, y a la determinación y administración de su presupuesto. No es exagerado afirmar que, en este momento, la opinión pública considera al Poder Judicial cautivo de los demás poderes del Estado, subordinado a intereses ajenos a lo que es substancial a su misión específica, empañándose, de este modo, la transparencia y confiabilidad que debe proyectar.

No cabe duda que la actividad política se ha judicializado. Ello implica que muchas decisiones de esta naturaleza, antes reservadas exclusivamente a los entes y organismos de la Administración, han sido transferidas a la judicatura. Este fenómeno, positivo en la perspectiva del perfeccionamiento del sistema institucional y los derechos de los imperados, unido a las amarras que determinan la dependencia del Poder Judicial a los demás poderes del Estado, ha significado la politización de la actividad jurisdiccional. Para nadie son un misterio las preferencias políticas de los jueces, siendo perfectamente posible, incluso, prever sus decisiones en muchas cuestiones de esta índole. A lo anterior hay que agregar que determinados sectores políticos han transformado a los tribunales de justicia en un bastión de sus reivindicaciones históricas y sus anhelos revanchistas. Los jueces, en lugar de atajar esta tendencia y evitar los efectos que de ello se sigue, han estimulado esta conducta y adoptado posiciones abiertamente políticas sin el menor escrúpulo. No es infrecuente en estos días conocer en los medios de comunicación social, nacionales y extranjeros, extensas entrevistas en que magistrados encargados de la substanciación de causas de efectos y repercusiones eminentemente políticas por su proyección y sus fines, opinan sin ambages sobre sus decisiones, las diligencias que realizan, anunciando, incluso, la publicación de sus memorias para dar a conocer opiniones personales y aspectos reservados de las investigaciones en que les ha cabido participar.

Desde otro punto de vista, instituciones jurídicas que parecían sagradas e inamovibles, como la prescripción de la acción penal, la tipicidad del delito, la amnistía y la cosa juzgada, han sido eludidas por muchos jueces, sea invocando tratados internacionales de dudosa aplicación o recurriendo a interpretaciones que, como altos magistrados han reconocido, pugnan con el sentido común. Todo ello, creemos nosotros, contribuye al desprestigio del Poder Judicial, alienta la inseguridad jurídica y estimula el uso indebido de la jurisdicción para el logro de objetivos políticos.

Paralelo a lo anterior, grandes reformas parecen demostrar una muy positiva renovación judicial. No puede ignorarse lo que implica el nuevo sistema procesal penal, la creación de los tribunales de familia, la reforma de la judicatura laboral, las inquietudes que ha suscitado la modernización del procedimiento civil, etcétera. Especial atención merece la situación de las principales cortes de apelaciones, particularmente la de Santiago, cuyo retardo es absolutamente incompatible con las más mínimas exigencias de una justicia oportuna y eficiente. El retraso que acusan las causas civiles es superior a los cuatro o cinco años, lo que implica reconocer que un juicio ordinario, en promedio, suele demorar entre ocho o diez años. Claro está que resulta inaceptable que una sola Corte, con diez salas, pueda atender

los requerimientos del gran Santiago, con un ingreso de más de cien mil causas anuales y con apenas 30 ministros para su integración. Como se ha dicho repetidamente, esta situación es absurda, tanto más si se tiene en consideración que instituciones como el Banco del Estado, por ejemplo, tienen más funcionarios que el Poder Judicial, lo cual acusa un descuido histórico respecto de la judicatura, del cual no escapa ningún gobierno en el pasado.

“Actualidad Jurídica” estima que este problema debe encararse decididamente, detectando sus causas y, si es posible, proponiendo y debatiendo soluciones. Hemos instado por una profunda reforma en la judicatura civil, que comience por eliminar de ella todas las materias que no sean estrictamente jurisdiccionales. Está comprobado, incluso por estudios realizados en nuestra Facultad, que el recargo de que son objeto los tribunales civiles corresponde, en su gran mayoría, casi en un 80%, a las llamadas cobranzas judiciales, materia meramente administrativa que debería estar a cargo de fiscalías financiadas directamente por los acreedores y no por el erario nacional. Reformas de esta especie deben adoptarse a la brevedad en pro de las funciones que son propias de los jueces. No debe olvidarse que durante mucho tiempo se fueron asignando a los tribunales cuestiones administrativas que no les concernían (rectificaciones de partida, posesiones efectivas, constitución de la propiedad minera, informaciones de perpetua memoria, etcétera). Si a lo dicho se agrega que se encomendó al juez, además, la administración interna del tribunal, se comprende la crisis por la cual atraviesa la justicia civil.

Animados por el permanente propósito de corregir estas deficiencias y anticiparse a otras que pueden surgir con ocasión del nuevo rol de la judicatura, creemos que el tema principal que hemos escogido responde a una justificada inquietud pública que no dudamos se intensificará en el futuro inmediato.

EL DIRECTOR





Subordinación del Poder Judicial

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El título de este artículo puede resultar excesivo. Quizás para muchos es exagerado hablar de subordinación tratándose de un Poder del Estado. Sin embargo, creemos que ello corresponde a una realidad insoslayable, la cual obedece a varios factores que deben analizarse sin prejuicios ni temores. A nuestro juicio, no se ha reflexionado suficientemente sobre esta materia, omitiéndose, por lo mismo, las causas más profundas de una estructura orgánica que se ha mantenido anquilosada a través del tiempo, con un daño manifiesto a la sociedad y al sistema jurídico.

I. Un prejuicio subyacente

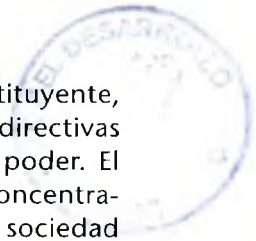
La verdadera independencia del Poder Judicial tropieza con un obstáculo, cuyo reconocimiento y examen, por regla general, se omite conscientemente. Predomina, en el campo institucional, el prejuicio que la única **fuerza de legitimidad** se funda en la voluntad electoral de la ciudadanía. Así las cosas, el Poder Judicial no podría gestarse al margen de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo), que son, en definitiva, los que, de alguna manera, conferirían a la jurisdicción el carácter de auténtica potestad.

El error que señalamos es manifiesto y grave. La soberanía se ejerce por las autoridades instituidas en la Constitución, cualquiera sea su origen. Así se desprende de lo establecido en el artículo 5º inciso primero de la Carta Política, que distingue, en relación al ejercicio de la soberanía, lo que corresponde al pueblo a través del plebiscito y las elecciones periódicas, y lo que corresponde a **“las autoridades que esta Constitución establece”**.

En consecuencia, la legitimidad de un Poder del Estado no está condicionada, siempre e inexorablemente, por las decisiones electorales de la ciudadanía, sino por la concurrencia de los requisitos y exigencias que señala la Constitución para su establecimiento y el ejercicio de la respectiva potestad. De aquí que el artículo 7º de la misma Constitución diga que **“los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”**.

El fenómeno que señalamos es expresión de una “ley de hierro”, que permite predecir la conducta de los partidos y colectividades políticas. Es inevitable que ellos tiendan a absorber toda manifestación de poder, extendiendo su influencia hasta monopolizar plenamente las potestades. En otros términos, por una dinámica propia de la actividad política, inherente a su naturaleza, ella termina dominando toda expresión de poder (lo que en un Estado de Derecho se traduce en el monopolio de las potestades públicas y en la limitación de las potestades privadas). Históricamente, lo que señalamos es perfectamente demostrable, razón por la cual las Constituciones más modernas tienden a limitar y descentralizar el poder político, para evitar que éste se extienda y ejerza en desmedro de las potestades particulares, amagando la libertad.

La cuestión planteada es, probablemente, la objeción teórica que con mayor fuerza esgrimen los analistas para subordinar la jurisdicción a los restantes poderes del Estado. Si se acepta que sólo la voluntad electoral de la ciudadanía es capaz de legitimar las diversas potestades públicas, fatalmente se somete a aquélla tanto la existencia como la génesis del Poder Judicial y, de este modo, se condiciona políticamente el ejercicio de la jurisdicción. Nadie puede ignorar, por otra parte, que lo que hemos llamado “ley de hierro”. Una simple revisión de nuestra experiencia política revela la forma en que se comportan los partidos políticos y la manera en que éstos van absorbiendo las diversas manifestaciones de poder. Quienes controlan el sistema político democrático tienden a concentrarlo y ejercerlo monopolíicamente. De alguna manera se va produciendo un proceso de descomposición democrática, que concluye en la denominada “partitocracia”, que



consiste en el desplazamiento de las potestades públicas (constituyente, legislativa, reglamentaria, administrativa y jurisdiccional) a las directivas partidistas, que son, en verdad, quienes resuelven y ejercen el poder. El perfeccionamiento democrático, a la inversa, consiste en la desconcentración de las potestades, al punto de que todos los miembros de la sociedad lleguen a ejercer una potestad y participar activamente en el desarrollo del sistema jurídico.¹

En consecuencia, no es correcto afirmar que la única fuente de legitimidad es la expresión electoral de la ciudadanía. La legitimidad del Poder Judicial está dada por su estatuto constitucional, que consagra la forma en que las autoridades judiciales son regularmente investidas y el ámbito de su competencia.

II. Una modernización postergada

Chile experimentó, entre 1973 y 1990, una reforma profunda de su estructura institucional. Hubo transformaciones en todos los sectores de la actividad nacional. En alguna medida, ello quedó plasmado especialmente en la Constitución de 1980 (que creemos ha sido un formidable acicate para el desarrollo y crecimiento del país). Puede aprobarse o rechazarse el sentido de estas innovaciones, pero lo que no se puede hacer es negar lo ocurrido y su importancia.

Sin embargo, el Poder Judicial quedó intocado, sujeto a las mismas normas orgánicas que lo regían hasta entonces, sin grandes reformas desde el siglo XIX. No debe desconocerse que ello obedeció a una exigencia política, que hacía necesario respetar a la judicatura que había sido, precisamente, la más afectada por la crisis del período comprendido entre 1970 y 1973. Para profundizar la proyección política que se dió a la intervención militar, fueron severamente intervenidos los poderes Ejecutivo y Legislativo, dejando de lado al Poder Judicial, que, en medida nada despre-

¹ Esta tesis está planteada en nuestro libro "El derecho como creación colectiva". Creemos nosotros que un verdadero Estado de Derecho supone que las "reglas" (normas individuales) que nos afectan (sentencias judiciales, resoluciones administrativas, actos y contratos), sólo puede gestarse con nuestra intervención, así sea real o virtual. En otros términos, el derecho es esencialmente participativo, al extremo de que nadie puede ser forzado a cumplir una norma (general y abstracta), a través de una regla (particular y concreta), sin que intervenga o pueda intervenir en su gestación. Piénsese en una sentencia o en un contrato (ninguno de los cuales puede surgir al mundo del derecho sin la intervención directa de la persona afectada) o en una resolución administrativa (que siempre puede ser reclamada por medio de los recursos y acciones consagrados en la ley general o especial). En suma, creemos nosotros que el derecho se hace por los imperados, día a día y constantemente. Por lo mismo, en la medida que las potestades se desconcentren, mayor será la profundidad de la democracia.

ciable, contribuyó a justificar la irrupción militar, como consecuencia del desconocimiento e incumplimiento sistemático de sus resoluciones, las cuales sólo se acataban previo juicio de mérito proveniente de la Administración. A lo anterior hay que agregar una campaña sostenida, destinada a descalificar como "burguesa", "patronal" y "clasista" a la judicatura y a sus magistrados. Todo ello puede comprobarse con la sola lectura del artículo 73 de la Constitución de 1980, que pone especial acento en que no puede el Presidente de la República ni el Congreso Nacional, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de las resoluciones judiciales o hacer revivir procesos fenecidos. De la misma manera, se estatuyó expresamente que "para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren". Más adelante la misma norma agrega: "La autoridad requerida deberá cumplir si más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

Conviene preguntarse ¿a qué se debe un mandato tan detallado en defensa de la independencia del Poder Judicial? La respuesta es simple: a la experiencia histórica que demostró que el Poder Ejecutivo y el Legislativo tienden a inmiscuirse en las funciones y tareas judiciales, interferir en sus resoluciones o impedir el cumplimiento de sus decisiones.

Sin bien es cierto que se reforzó la independencia de la judicatura, no se encaró una modernización de la misma, como ocurrió en materia administrativa, económica, social, previsional, laboral, etcétera.

Así las cosas, el Poder Judicial quedó retrasado, congeladas sus estructuras y, atendidos los lazos que lo ligan con los demás poderes del Estado, subordinado a estos últimos. No se advierte en nuestro sistema institucional un equilibrio real que responda al principio de independencia consagrado en nuestra Constitución. De aquí la urgencia en abordar este tema con toda crudeza, sin esquivar sus efectos y las consecuencias que de ello se siguen.

III. Dependencia del Poder Judicial

La dependencia del Poder Judicial de los demás poderes del Estado se manifiesta, al menos, en cinco aspectos preponderantes:

a. La carrera judicial

Desde luego, la carrera judicial (ingresos, promociones y ascensos) depende del Poder Ejecutivo. Las autoridades judiciales (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) se limitan a proponer la designación en los diversos escalafones. Si un funcionario, por cualquier circunstancia, no es del agrado del Gobierno de turno, por meritorio que sea su desempeño, marcará el paso sin ser promovido. Es doloroso comprobar cómo jueces de méritos innegables han visto frustradas sus justas expectativas porque se les supone una determinada simpatía política o porque tropiezan con otros funcionarios que cuentan con respaldo político o porque han emitido una resolución que no ha sido del agrado de la autoridad política. Esta realidad no es imputable a un determinado gobierno, todos, sin excepción, han incurrido en los mismos abusos, privilegiando a quienes se supone son afines a sus ideas e intereses. Una de las últimas reformas constitucionales introdujo, además, la aprobación del Senado (con un quórum de los dos tercios de los senadores en ejercicio), tratándose del nombramiento de un Ministro de la Corte Suprema. De este modo, el Tribunal Supremo propone cinco nombres al Presidente de la República, éste propone un nombre al Senado y la designación queda sujeta a su aprobación final. No ocurre lo mismo con relatores, jueces y ministros de Cortes de Apelaciones, que se proponen directamente al Ejecutivo (en ternas) para que éste escoja alguno de ellos.

En la forma señalada, la carrera judicial está indisolublemente ligada a los intereses políticos en juego y a las preferencias del Ejecutivo y de sus personeros más influyentes, lesionándose gravemente la independencia del Poder Judicial. Nadie ignora en los tribunales esta realidad, a tal extremo de que no son pocos los casos en que las cortes elaboran "ternas cerradas" (en que se eliminan a aquellos postulantes que se sabe de antemano que cuentan con las simpatías oficialistas), a fin de permitir que pueda ser designado un funcionario meritorio. Tampoco es infrecuente que para promover a un juez determinado se utilice el sistema de "traslado", esquivando, de esta manera, la intervención de la autoridad política. Jueces de notable desempeño han debido esperar años para ser promovidos y algunos han abandonado la carrera ante la imposibilidad de ascender.

En síntesis, la independencia del Poder Judicial no pasa de ser una declaración lírica incorporada en la Constitución, pero que tropieza con la realidad a la hora de concretarse en la práctica. Por cierto, es difícil que esta situación se revierta en el futuro, porque una innovación destinada a hacer realidad la independencia de la judicatura debe provenir de los poderes políticos y ellos no renunciarán a sus actuales prerrogativas.

Para evitar que la carrera judicial quede en manos de los propios tribunales se argumenta en el sentido de que ello alentaría la constitución de **castas judiciales**, se estimularía el **nepotismo** y el fortalecimiento del **corporativismo**, sin perjuicio de que, como se dijo, se insista en que la única fuente de legitimidad democrática es la manifestación electoral de la ciudadanía. Lo que se llama "**casta judicial**" (una especie de círculo al que sólo tendría acceso un grupo de escogidos) no pasa de ser un mito. Desde cierto punto de vista, en todas las actividades productivas los hijos suelen seguir el ejemplo y trayectoria de sus padres. Así ocurre con los médicos, con los abogados, con los militares, con los empresarios, incluso con los políticos. Lo que despectivamente se llama "casta", está constantemente presente en las más diversas tareas y profesiones. Lejos de ser ello un obstáculo para el progreso de la sociedad, puede constituir un incentivo valioso y un acicate para avanzar más rápidamente. En cuanto al **nepotismo**, nada impide generar los resguardos necesarios para evitar que él pueda incidir en las designaciones y promociones, sea a través de poderes contralores, incompatibilidades o inhabilidades. En este aspecto llama la atención que este problema sólo se represente cuando se trata del Poder Judicial, pero nada interese cuando afecta a los otros poderes del Estado. Finalmente, en lo que dice relación con el **corporativismo**, tampoco ello representa un factor negativo. Para comprobarlo basta con pensar que se trata de una manifestación de identidad de la persona con una determinada institución y el propósito de resguardar su prestigio. Para evitar excesos en este aspecto, como sucede en todos los órganos y servicios públicos, existen medios y controles que pueden ponerse en práctica. Este es, precisamente, el rol que cabe a la Contraloría General de la República respecto de los actos de la Administración y la responsabilidad de quienes la integran. En la misma forma podría procederse en el Poder Judicial, creándose una Contraloría que velara por el cumplimiento de las exigencias éticas y legales, en lo que concierne al recto ejercicio de las facultades que competen a sus autoridades.

Como puede comprobarse, las críticas que se esbozan para evitar que el Poder Judicial pueda autogenerarse, evitando la intervención perturbadora de los poderes de raíz política, no pasan de ser meras excusas para mantener una subordinación que hace ilusoria una justicia verdaderamente imparcial e independiente.

b. Los abogados integrantes

Un capítulo especial nos merece la existencia de una institución muy peculiar, sin precedentes en el derecho comparado, y que representa una intervención directa y brutal del Poder Ejecutivo en la composición de los tribunales de más alta jerarquía (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema). Como es sabido, anualmente en las cortes de apelaciones, y cada tres años en la Corte Suprema, se designa un grupo de abogados ajenos a la judicatura, llamados a integrar (en minoría) estos tribunales, en reemplazo de los ministros titulares, sea por ausencia temporal de los mismos o por la destinación a otras tareas judiciales, lo cual ocurre casi regularmente en la composición de todas las salas. Estos “abogados integrantes” se designan, a propuesta de la Corte Suprema en terna, directamente por el Gobierno.

Desde luego, los “abogados integrantes” de la Corte Suprema contravienen el mandato constitucional del artículo 75 inciso 2° de la Constitución Política de la República, que, imperativamente, expresa que “La Corte Suprema se compondrá de veintiún ministros”. No se divisa cómo puede, entonces, interpretarse esta disposición e incorporar a la Corte Suprema una nómina de abogados ajenos a sus escalafones que integran las respectivas salas del tribunal. No sucede lo mismo en las Cortes de Apelaciones, ya que su composición está determinada por la ley orgánica (Código Orgánico de Tribunales).

Como es obvio, por distinguidos y eficientes que sean los “abogados integrantes”, ellos han sido seleccionados por su afinidad política con el régimen de turno y, como lo revela la experiencia, la renovación de su nombramiento queda circunscrita a la conducta que éstos hayan observado en su desempeño, cuestión que se magnifica considerablemente por lo que hemos llamado la “judicialización” de la actividad política y administrativa, cuestión a que nos referiremos más adelante.

Hay que reconocer, no obstante, que los “abogados integrantes” representan un aporte nada despreciable al buen desempeño de los tribunales superiores de justicia, pero, de la misma manera, que ellos empañan seriamente la independencia del Poder Judicial. Si esta experiencia ha rendido frutos provechosos, tratándose de causas en que no están implicados intereses políticos o de la Administración, lo que corresponde, a lo menos, es darles un estatuto conforme al cual su sola designación los desvincule absolutamente del Ejecutivo, les haga inamovible por un espacio de tiempo más o menos prolongado, y les abra camino a la incorporación de la judicatura a través de normas especiales (cabe recordar que el artículo 75 inciso 4° de la Constitución, incorporado por una reforma de 1997, expresa

que "Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva"). Otra solución sería entregar su designación exclusivamente a la Corte Suprema sin que le quepa intervención alguna al Ejecutivo.

Todas las protestas que se han planteado sobre esta institución y sobre el comportamiento de estos jueces sui géneris han tropezado, como es natural, con los intereses políticos prevaletentes y provocado un desprestigio creciente e injusto de nuestros tribunales. Es inevitable que su sola presencia despierte suspicacias y desconfianzas, lo cual, a nuestro parecer, evidencia que la judicatura en Chile esta subordinada escandalosamente al poder político. ¿Cómo podría racionalmente exigirse independencia a un juez cuya mantención en el cargo, incluso al momento de adoptarse el pronunciamiento, depende de una autoridad interesada en el resultado de la litis? Por otra parte, ¿cómo podría sostenerse que la autoridad es capaz de prescindir de toda consideración que no sea estrictamente profesional al momento de realizar esta designación? Ambas cosas parecen absurdas, pero ocurren, sin que, hasta este momento, se haya adoptado una solución.

La única reforma importante sobre esta materia fue la modificación introducida por Ley N° 19.810, de 11 de junio de 2002, mediante la cual "Las salas de las Cortes de Apelaciones no podrán funcionar con mayoría de abogados integrantes, tanto en su funcionamiento ordinario como extraordinario". Antes de esta modificación era posible, incluso, que dos de los tres integrantes del tribunal de alzada fueran "abogados integrantes".

Creemos necesario dejar perfectamente sentada nuestra objeción sobre este particular. La existencia de esta institución en la Corte Suprema quebranta un mandato constitucional expreso que, lamentablemente, no se ha respetado. Si se estimara que este tipo de jueces representa un aporte para la eficiencia y buena marcha de la justicia, como parece ocurrir en la mayoría de los casos, debe reglamentarse dicha función de modo de independizar a los "abogados integrantes" en el futuro del poder político, sea porque ellos se designen por la Corte Suprema, sea porque su renovación periódica no quede entregada en manos del Ejecutivo, como sucede en la actualidad, privándolos de la debida independencia. Es simplemente inconcebible, en una perspectiva institucional, que exista esta clase de jueces y que, paralelamente, la Constitución consagre la "independencia" del Poder Judicial.

c. Servicios anexos a la justicia

El Poder Judicial no puede desempeñar sus funciones sin el apoyo de servicios auxiliares que, sin exagerar, tienen en sus manos, particularmente en materia penal, el éxito de todo proceso. Tal ocurre, por ejemplo, con la policía uniformada (Carabineros), con la policía civil (Servicio de Investigaciones), Gendarmería, Instituto Médico Legal, Superintendencia de Quiebras, etcétera. Ninguno de estos organismos depende del Poder Judicial, sino del Poder Ejecutivo. Pueden todos ellos desempeñar debidamente sus tareas, lo cual no siempre ocurre, pero lo cierto es que no se trata de cuerpos o instituciones que operen bajo la tuición directa de la judicatura.

Cualquier Gobierno, como sucedió en el pasado, puede interferir la acción de la justicia, apartarse de sus instrucciones u obstruir los actos de instrucción, porque sus autoridades superiores no dependen ni responden directamente a la judicatura. Es cierto que una reforma en este aspecto importa un trastorno institucional de grandes proporciones. Sin embargo, nada impide que se dé al Poder Judicial una mayor injerencia en el control y funcionamiento de estos servicios, en la promoción de sus integrantes y en las políticas que se proyecten respecto de su futuro.

No es excesivo sostener que el éxito de un proceso criminal depende del concurso que presten a jueces y fiscales los organismos auxiliares que hemos señalado. Por otra parte, es materialmente imposible que las diligencias que ordene un fiscal puedan realizarse sin contar con el apoyo indicado, lo cual se irá acentuando en la medida que ciencias investigativas se profesionalicen todavía más como consecuencia del desarrollo tecnológico que caracteriza a nuestra época. Por lo mismo, hay que hallar una fórmula que asegure que, aun sin depender directamente del Poder Judicial, el funcionamiento de los servicios auxiliares a la administración de justicia no comprometan la independencia de la magistratura.

d. Judicialización de las decisiones políticas y administrativas

Los factores de dependencia que hemos señalado en lo precedente se ven magnificados por un fenómeno que no puede minimizarse ni dejar de analizarse.

A partir de 1973 nuestra organización institucional ha experimentado una transformación profunda. Al parecer, sin que nuestros legisladores lo hayan advertido, al menos en toda su magnitud, el sistema normativo apunta a la revisión jurisdiccional de todas las decisiones administrativas y a la mayoría de las decisiones políticas. Ello, a nuestro juicio, es consecuencia, entre

otras razones, del fortalecimiento de los derechos constitucionalmente garantizados (derechos fundamentales de la persona humana), y al establecimiento de recursos jurisdiccionales destinados a darles una efectiva realización práctica (conviene destacar particularmente los recursos de protección, amparo económico y reclamaciones instituidas en leyes especiales).

Por otra parte, se puso fin a la incompetencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer y juzgar el contencioso administrativo que, como se recordará, la Constitución de 1925 entregaba a tribunales administrativos que jamás se establecieron. En 1989 se modificó el artículo 38 de la Carta Fundamental, estableciéndose en el inciso 2° que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Esta disposición está complementada por la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado. Así las cosas, todo acto de la Administración es judicialmente impugnabile a través de los recursos consagrados en las leyes especiales o por medio de los recursos instituidos en la Constitución (protección) o destinados a hacer efectivos los derechos garantizados en ella (recurso de amparo económico), sin perjuicio de hacer valer la responsabilidad de la Administración ante los tribunales.

Como consecuencia de estas reformas, que sin duda han contribuido poderosamente a perfeccionar nuestro sistema jurídico, se ha producido una transferencia de los asuntos administrativos y políticos al conocimiento del Poder Judicial, depositándose en él el deber de resolverlos.

De lo anterior se sigue que los tribunales de justicia, ahora más que nunca, deben independizarse de toda injerencia que provenga de los demás poderes del Estado, porque la sola existencia de un vínculo entorpece y corrompe el ejercicio de la jurisdicción. Conviene preguntarse ante este escenario: ¿cómo podría un juez resolver de manera imparcial si su nombramiento y su carrera funcionaria dependen de la voluntad de la Administración? Tratándose de un abogado integrante, ¿cómo podría obrar sin presión alguna, cuando hasta la continuidad en el ejercicio del cargo que desempeña estará en manos del Gobierno de turno? En este contexto, la imparcialidad de los tribunales es un mito, afectándose de paso abiertamente el principio del "debido proceso", que se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República. No puede considerarse un procedimiento racional y justo aquel que se desarrolla ante jueces dependientes de los poderes políticos cuando se trata, precisamente, de juzgar la legitimidad de sus actos.

De lo afirmado se desprende que la “judicialización” de la actividad administrativa y política del Estado conlleva, necesariamente, una reestructuración del Poder Judicial, en términos de asegurar su plena independencia. Mantener su actual dependencia es una forma evidente y clara de esquivar este problema y someter la judicatura a la voluntad de quienes litigan ante él.

e. Independencia económica

Otro factor que condiciona el funcionamiento del Poder Judicial es su dependencia económica del Poder Ejecutivo. El presupuesto que corresponde a la judicatura es administrado por personeros ajenos a su estructura administrativa, con prescindencia de sus políticas y de las necesidades que se estiman más apremiantes atendida la naturaleza de sus funciones. En verdad no es el Poder Judicial, en este contexto, el que define las políticas relativas a la forma en que debe encararse su desarrollo y enfrentar las insuficiencias más graves. Todo ello es tarea del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Hacienda, porque se sigue considerando al Poder Judicial como un simple servicio descentralizado de la Administración.

No sucede lo mismo con los otros Poderes del Estado, los cuales tienen autonomía económica para administrar los recursos que se les asignan en el Presupuesto Nacional. Así ocurre con el Congreso Nacional y, por cierto, con el Ejecutivo.

Se ha argumentado, para mantener esta dependencia, que el Poder Judicial carece de una infraestructura adecuada para administrar de manera óptima los recursos que se destinen a él. Esta crítica, a juicio nuestro, no resiste el menor examen. En efecto, si se diera al Poder Judicial independencia económica, es bien obvio que deberá dotársele de los medios profesionales y técnicos que le permitan manejar dichos recursos con eficiencia. No puede exigírsele que esté dotado de dicha infraestructura administrativa, si durante toda su existencia se le ha impedido asumir esta tarea. Más aún, desde hace algunos años, se ha ido creado una red de dependencias y oficinas administrativas cuya tarea es analizar las necesidades y la realidad que rodea a la judicatura, a fin de mejorar el rendimiento de sus recursos.

Enfrentados a esta realidad, no parece posible sostener que el Poder Judicial tiene efectivamente este carácter. Como puede observarse, prevalece una serie de amarras que lo transforman en un mero servicio público ligado a la Administración. Mientras esto perdure, el mandato constitucional contenido en el artículo 73 de la Carta Política no será más que un postulado sin arraigo en la realidad.

IV. Imagen de la judicatura

Conviene recordar algunas encuestas que revelan la imagen que proyecta el Poder Judicial en relación a su dependencia de los demás poderes del Estado. En una encuesta de opinión realizada en octubre de 2002, se consultó derechamente sobre independencia del Poder Judicial. A la pregunta de si debían los jueces ser nombrados por el Gobierno, el 53% manifestó que "no" y el 44% que "sí". En noviembre de 2003 se consultó si "los tribunales de justicia actuaron adecuadamente durante el Gobierno Militar". El 58% respondió que "no" y el 40% que "sí". En la misma oportunidad se consultó si los tribunales actuaban adecuadamente hoy en los procesos seguidos contra los uniformados por violación de los derechos humanos, el 63% contestó que "no" y el 32% que "sí" (de lo cual se sigue que, a juicio de la gente, los tribunales siempre actúan favoreciendo los intereses del Gobierno). Finalmente, en Julio de 2004 se consultó si el encuestado creía que el Poder Judicial era realmente independiente en Chile, el 68% contestó que "no" y sólo el 28% que "sí". En la misma oportunidad, se preguntó sobre las razones que impulsaban a creer que el Poder Judicial no era independiente, el 29% respondió que por el hecho de que los jueces fueran designados con intervención del Gobierno, el 20% porque los jueces eran "políticos", el 15% porque el presupuesto del Poder Judicial lo fijaba el Gobierno. Como puede observarse, entre el año 2002 y el año 2004 se acentúa la creencia que los tribunales están sujetos a una clara dependencia del Poder Ejecutivo, por las razones antes mencionadas.

Se trata, entonces, de una realidad insoslayable, que induce a la mayoría de los chilenos a estimar que no estamos frente a un problema secundario o de menor importancia, sino a una deficiente estructura institucional que debe corregirse. El desprestigio de este poder del Estado es cada vez más evidente, al extremo de que en la encuesta del año 2004 se consulta sobre si cree el entrevistado "que los procesos judiciales en que se investigan irregularidades y delitos cometidos en el MOP (Ministerio de Obras Públicas), en las plantas de revisión técnica, en INDAP, etc., la justicia actúa libre e independientemente", el 64% responde que "no" y el 33% que "sí". Todo este proceso culmina al consultarse en qué "organismos tiene mayor confianza" el entrevistado, recogiendo los tribunales sólo un 4% de adhesión.

Ante esta realidad, creemos nosotros que el perfeccionamiento de la institucionalidad requiere de una respuesta urgente y concreta. No es posible conservar un Poder Judicial cautivo de otros poderes del Estado y subordinado a intereses ajenos a lo que es propio de su misión. Se observa en la función jurisdiccional una clara identificación con aquellos intereses que

sustenta, por lo general, una de las partes comprometidas en la controversia, esto es, las expectativas y pretensiones de la Administración. Una realidad de esta naturaleza afecta las bases matrices del Estado de Derecho.

V. Invasión de facultades excluyentes

A todo lo anterior hay que agregar, aún, un último factor que afecta la función primigenia del Poder Judicial. La tarea de los jueces consiste en resolver situaciones particulares y concretas, mediante la creación de una "regla" denominada "sentencia". Para estos efectos, los tribunales aplican la ley, a través de un procedimiento conocido como "interpretación". Todo el sistema jurídico se funda en la existencia de normas generales y abstractas, cuyo mandato debe ser singularizado por el tribunal y que culmina con la creación de un mandato singular, de efecto relativo, que se refiere, única y exclusivamente, a la situación que quiere resolver.

Por lo tanto, forzoso resulta reconocer que la tarea de los poderes colegisladores es la producción de normas generales y abstractas (leyes), de cuya concreción se encarga el Poder Judicial, haciendo uso de la jurisdicción. Así como la judicatura no puede pretender dictar sentencias de efectos absolutos, tampoco pueden los poderes colegisladores producir leyes que resuelvan problemas particulares y concretos sustituyendo la tarea judicial.

Sin embargo, en el hecho, las leyes se han transformado en mandatos singulares y reglamentarios, que resuelven problemas concretos. Se usurpa, de este modo, la llamada "potestad reglamentaria" que corresponde al Presidente de la República y la "potestad judicial" (jurisdicción), pasando el legislador a apropiarse de tareas que no le corresponden y cuya desconcentración es principio fundamental del Estado de Derecho. Lo que señalamos no ha sido suficientemente destacado. Hay una especie de invasión de funciones que menoscaba aquellas que corresponden al Poder Judicial, impedido, en verdad, de interpretar las "normas" (generales y abstractas) para generar las "reglas" (particulares y concretas). En la medida que la ley sea más reglamentaria, menor será el campo de acción de la jurisdicción y menor la potestad del Poder Judicial para juzgar y resolver las controversias que se susciten en el orden temporal.

Como puede apreciarse, la tarea de los tribunales de justicia está permanentemente amenazada, sea por la falta de independencia o por distorsiones de carácter institucional que nadie ha querido encarar y corregir. Tan claro es lo que señalamos que la Constitución de 1980 establece qué materias

son objeto de ley, excluyendo todas aquellas que no quedan comprendidas en esta enumeración taxativa. En el artículo 60 N° 20, que cierra dicha referencia, se expresa: "Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Por ende, podemos afirmar, enfáticamente, que no es ley un mandato particular y concreto, porque éste sólo puede emanar de la jurisdicción, la potestad administrativa o la autonomía privada. Si una determinada cuestión particular y concreta debe ser resuelta por una ley, aquel mandato obedece a un requerimiento administrativo impuesto en la Constitución, como ocurre, por ejemplo, en el N° 7 y N° 15 del artículo 60 antes citado.

En síntesis, el Poder Judicial en Chile no es independiente, él está subordinado a los demás poderes del Estado, impidiendo con ello que exista entre nosotros un sistema jurídico que efectivamente responda a las exigencias mínimas de un verdadero Estado de Derecho. El tema, por lo mismo, es relevante y merece una atención muy especial de la comunidad jurídica.

Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular

UNIVERSIDAD DE CHILE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Introducción

Me referiré al tema en el nivel constitucional, porque en él se plantean, se deciden, pero no siempre se resuelven, las cuestiones jurídicas e institucionales más importantes de nuestra Patria. Pues bien, una de las ideas centrales de mi exposición será, exactamente, que los jueces aumentan su independencia, igual que lo hace la Judicatura como institución, en la medida que se impregnan del Principio de Supremacía de la Carta Fundamental, reconociendo la fuerza normativa de la ley sólo cuando ésta coincide, formal y sustantivamente, con el espíritu y la letra del Código Político.

Tal como hace más de una década, evoco el pensamiento de Calamandrei.¹ Ese célebre jurista escribió que, al final de las crisis históricas, nos sentimos impulsados a los exámenes de conciencia, inquietos por lo sucedido y animados de sanos propósitos destinados a precaver su recurrencia.

Era crítica, en efecto, la etapa que nuestra Judicatura vivía en 1989, a raíz de los sucesos ocurridos durante el régimen militar, con atropello de ciertos derechos humanos y el recurso a la Magistratura, que no siempre logró acogida oportuna y favorable para los desamparados. Hoy, nuestra Judicatura vuelve a experimentar síntomas de crisis que afectan su independencia. Así es, porque ahora se discute la imparcialidad del juez de frente a los conflictos que suscita la ética; o a raíz de síntomas de corrupción en la carrera; o con motivo de la presión ejercida por ciertos actores de los Poderes Políticos sobre los jueces para que no sirvan su ministerio con impar-

¹ Piero Calamandrei: *III Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, EJE, 1962), p. 204.

cialidad; o de cara a los reparos, objeciones o injerencias que algunos parlamentarios, abogados y medios de comunicación social manifiestan objetando las sentencias.

Por eso, estimo necesario referirme al asunto y hacerlo con ánimo constructivo, quiero decir, de contribuir al fortalecimiento de ese rasgo esencial de todo tribunal de justicia. No hablaré, entonces, entre líneas o valiéndome de eufemismos, sino que con respeto, pero a la vez con franqueza, porque así entiendo que contribuyo al progreso de nuestra Administración de Justicia y a reafirmar la confianza ciudadana en ella.

I. Valor de la independencia

La independencia es el valor cuyo cumplimiento, primero y siempre, se exige como esencial en la Magistratura. Ese valor es difícilmente conquistable por una institución estatal, y una vez logrado, nunca está asegurado que no sobrevendrá su erosión o pérdida.

Históricamente, así ha ocurrido y las vicisitudes del Estado de Derecho lo demuestran con elocuencia. La situación del Poder Judicial es el mejor ejemplo en el tema.

Permítanme ilustrar mi afirmación con una referencia cronológica concreta.

Deseo aludir al Principio de Separación de Organos y Funciones, con frenos y contrapesos, el cual ha sido lenta y trabajosamente reconocido a la Magistratura. Revisen la memoria y coincidirán en que Locke² ni siquiera mencionó al Poder Judicial entre los órganos de jerarquía constitucional. En idéntica línea de razonamiento, no olvidemos que Montesquieu³ entendió que la Judicatura era sólo un poder neutro, inerte, de obrar mecánico o burocrático, carente por completo de capacidad de actuación propia, pues se limitaba a pronunciar las palabras de la ley, tal como el legislador las había dictado, o las cautelaba mediante la casación de sus sentencias. Todavía más, en una explicación clásica, pero aún con vigencia, sobre la subordinación de la Judicatura al Poder Político, se la presentó como una función meramente administrativa, pues fiel a los postulados sobre la voluntad general infalible difundidos por Jean Jacques J. Rousseau, la Nación se identificaba con su representante, es decir, con el legislador, y éste, a su vez, con la manifestación de su voluntad soberana, o sea, con la ley.⁴

² John Locke: (1690) *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Ed. Aguilar, 1963), pp. 165-168.

³ (1748) *El Espíritu de las Leyes* (Madrid, Ed. Sarpe, 1984), pp. 168-171.

⁴ (1762) *El Contrato Social* (Madrid, Ed. Sarpe, 1983), pp. 58-78.

Cito a tan célebres precursores del Estado de Derecho con el propósito de demostrar que, en su pensamiento, se encierra un riesgo capital para la independencia judicial, al que, deliberadamente o no, nunca –o rara vez– se le otorga influencia. Trátase de la sumisión total del juez a la ley, más que nada en su letra, olvidando que la situación ha cambiado radicalmente, en el mundo entero, en las últimas décadas. Util es, en consecuencia, poner de relieve este aspecto sustancial de la independencia. Tengamos presente el panorama contemporáneo, resumido en la siguiente ponencia:

“...fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos (...); que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley. (...) No obstante, se hizo evidente que el juez ha tenido siempre, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del Derecho. (...) Aún hoy, el juez está sometido a la ley. Pero, ciertamente, no sólo a la ley, porque ésta nunca abarca toda la complejidad de la vida. Puede pulir la ley mediante una interpretación razonable, quitarle algo de su rigidez, pero no resolver en contra de ella. Salvo cuando la ley es contraria a la Constitución”.⁵

Y más precisamente, agregó yo, cuando la ley vulnera **los valores superiores del ordenamiento jurídico**, como se lee en el artículo 1º de la Constitución española.

Planteada así la independencia, se entiende que la minusvalía de la Judicatura se presenta, en nuestra cultura jurídica, como un fenómeno tan patente como aparentemente insuperable. Por eso, aún hoy se reconoce validez a la conocida aseveración, formulada más de 200 años atrás, según la cual el Poder Judicial es el menos peligroso para los otros Poderes, porque no influye sobre las armas, controladas por el Gobierno, ni tiene injerencia con respecto al tesoro público, pues lo define el legislador y es desembolsado mediante órdenes del Poder Ejecutivo.⁶

En contradicción con tan categóricos planteamientos, ocurre que en los anales de la democracia y del constitucionalismo siempre ha sido defendida y realzada la independencia del Poder Judicial. Y es indispensable hacerlo, porque careciendo de este rasgo la Magistratura tampoco puede cumplir, con la imparcialidad que hace germinar la confianza ciudadana, cuanto los gobernados esperan de ella para la protección de sus derechos.

⁵ Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1987), pp. 23-24 y 65.

⁶ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: (1787-1788) *El Federalista* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974), pp. 331-332.

Esta exigencia se torna especialmente grave de frente a los Poderes Políticos que se relacionan con los jueces o que, en casos extremos, los enfrentan:

“... el problema, entonces, no es que la Judicatura tenga la capacidad de actuar en contra de los órganos políticos, sino, justamente y por el contrario, que se acostumbre a actuar en coincidencia con ellos.”⁷

Pienso que la independencia del Poder Judicial debe ser íntegra o completa, salvo en la sumisión a la Constitución, y en seguida a las leyes que sean dictadas con sujeción a ella. Sin esa independencia, ese Poder se halla imposibilitado de infundir realidad a las limitaciones con que la Carta Fundamental y las leyes trazan las atribuciones del Legislador, del Poder Ejecutivo y de los demás órganos de rango constitucional.

Más todavía y lo destaco con énfasis: Careciendo de ese valor esencial, tampoco puede la Judicatura cumplir el rol más importante que detenta en nuestro tiempo, el cual es, simultáneamente, fuente del crecimiento de su poder como órgano estatal soberano y causa de sus mayores y más difíciles dilemas. Así es, efectivamente, desde que en la protección, preventivamente hecha o *ex post*, del respeto en todo momento y circunstancia de la dignidad personal y de los derechos humanos, hallan los jueces la función más noble, decisiva, compleja y delicada que la democracia y el constitucionalismo les han confiado hasta la fecha. Precisamente por esta razón capital tiene sentido afirmar que, en la democracia constitucional, la soberanía se halla **intrínsecamente limitada** por el respeto al valor del humanismo. Por la misma razón, en esa especie de régimen político el **Derecho está sobre el Gobierno** y éste es y debe ser siempre **limitado, controlado y responsable**. Nicola Matteucci ha resumido, lúcidamente, este cambio trascendental:⁸

“El concepto de gobierno limitado es distinto al de separación de poderes. Hoy el principio de tal separación se reduce a reglas de procedimiento, a través de las cuales se expresa de modo legítimo el poder de la mayoría. Pero cada vez que las reglas sean respetadas, y haya concordia entre los diversos órganos del Estado, la voluntad de la mayoría en el legislativo es omnipotente, y no hay leyes que puedan limitarla. (...) El Poder limitado por el Derecho, en cambio, no establece únicamente reglas de procedimiento para la formación de la voluntad legislativa, sino que impone tam-

⁷ Roberto Gargarella: *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial* (Barcelona, Ed. Ariel, 1996), p. 233.

⁸ Voz “Constitucionalismo”, en Norberto Bobbio *et al.*: *I Diccionario de Política* (México DF., Siglo Veintiuno Editores, 1997), p. 346.

bién límites bien precisos en la Constitución, y los hace eficaces a través de un órgano no político que tiene la función judicial de controlar si la voluntad de la mayoría está o no de acuerdo con la Constitución.”

Por otra parte, el cúmulo de deberes y prohibiciones, de requisitos y condiciones que se establecen en los ordenamientos jurídicos para desempeñar la Magistratura, desde los niveles más modestos, vuelve acertada la aseveración de Couture,⁹ en el sentido de que no hay servicio público con más exigencias de ingreso, permanencia y remoción que el Poder Judicial. La carrera judicial es, desde este punto de vista, la más minuciosa y severamente regulada de las profesiones civiles. Una mirada a nuestro Código Orgánico de Tribunales disipa toda duda en el tema.¹⁰ Y es por completo razonable que así sea, atendidas las funciones, tan complejas y delicadas, que desempeñan los magistrados y quienes colaboran con ellos. Resumo esos roles insustituibles repitiendo una idea ya expuesta: les queda confiado hacer respetar la dignidad y el ejercicio legítimo de los derechos humanos. A ello se agrega que sin jueces imparciales no hay ley justa; que sin ellos tampoco impera el Derecho; y que sin vigencia de un ordenamiento jurídico legítimo es imposible la convivencia libre e igualitaria, con orden, seguridad y respeto mutuo.

La independencia, estimados amigos, es una cualidad exigible a todo órgano público en el Estado de Derecho y, por lo mismo, censurable cualquiera sea la autoridad que adolezca de ella. La nueva Ley de Probidad Administrativa¹¹ así lo proclama en nuestro sistema jurídico. Pero siendo eso cierto, más todavía lo es que no hay institución estatal comparable a la Magistratura cuando se trata de demostrar el imperativo de la máxima y constante adhesión al principio comentado.

Por eso, cuando se alude a la independencia de los servidores públicos, invariablemente se inicia y concluye el análisis refiriéndolo a la Judicatura. Esa independencia es, en efecto, la cualidad de los órganos jurisdiccionales que imparten justicia prescindiendo de toda subordinación o dependencia en juzgar según el Derecho; justicia que la administran sobreponiéndose a presiones, halagos e influencias; venciendo las limitaciones económicas, muchas veces las exigencias familiares, o el reproche y la ofensa.

⁹ Eduardo J. Couture: *I Procedimiento. Organización de los Tribunales* (Montevideo, Editorial Medina, s/a), p. 138.

¹⁰ Artículos 250 a 349.

¹¹ Ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1999, sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Organos de la Administración del Estado. El artículo 8° de dicha ley agregó el artículo 323 bis al Código Orgánico de Tribunales, regulando la declaración jurada de intereses, su actualización y la sanción por omitirlas.

II. Independencia interna

Paso de las consideraciones generales a cuestiones más concretas.

Las inicio recordando que se distingue, tradicionalmente, en el Poder Judicial su independencia interna de la externa. Ambas son, sin embargo, igualmente imprescindibles y, por idéntica razón, resultan ser inseparables.

La independencia interna, estimados amigos, se inicia y culmina en la personalidad del juez mismo. Este tiene que ser un individuo con vocación y aptitudes; capacitado en la ciencia jurídica e imbuido de conciencia ética; resuelto en el desempeño de su oficio y dotado de coraje para sobreponerse a temores y promesas. El juez que es independiente, en primera persona, es el que merece y suscita confianza, por su ecuanimidad, sabiduría y prudencia.

Ricardo Gálvez Blanco, Ministro de nuestra Corte Suprema y profesor universitario, ha sistematizado sus reflexiones en el tema. Extraigo de uno de esos estudios algunas ideas y, adaptándolas, bosquejo el arquetipo o paradigma que les resumo a continuación:¹²

El juez independiente no pierde tal rasgo por ser social, en el sentido de sujeto inmerso en la comunidad de la cual es miembro, pero con distancia ante ella en cuanto es capaz de sobreponerse a las demandas y presiones individuales o de grupos.

El juez independiente es experto en imparcialidad, porque no se doblega ante el halago y descubre, en rededor suyo, a los individuos transparentes y dignos, pero también a quienes son aduladores, buscando la verdad sin favorecer ni perjudicar a las partes, sin desentenderse de las demandas de paz y justicia que fluyen de la sociedad.

El juez independiente es honesto, es decir, coherente entre el discernimiento que desarrolla para distinguir lo justo de lo injusto, de un lado, y lo que declara en sus decisiones, de otro.

Independiente es el juez diligente, esto es, dedicado a su oficio, rápido en el estudio, pronto en las determinaciones, efectivo en cumplir y hacer obedecer las resoluciones, comprometido con su vocación de servicio al imperio del Derecho.

Independiente es el juez capaz por sus cualidades intelectuales, pero que las desarrolla mediante la preparación constante, perfeccionando así su

¹² Corporación de Promoción Universitaria (1990).

sentido crítico al evaluar el ordenamiento en parangón con los valores que, como la justicia y la igualdad, la libertad y la paz, definen el contenido y finalidad de su ministerio.

La independencia interna **se extiende al ámbito institucional**, es decir, a los jueces entre sí, especialmente a los inferiores con respecto a los superiores en el ejercicio de la jurisdicción. Tal aspecto de la independencia tiene que ser propugnado resueltamente. Empero, esa facultad para interpretar libremente el Derecho en ligamen con los hechos de cada caso sometido a su decisión, en la práctica resulta limitada por la jurisdicción disciplinaria que culmina en la Corte Suprema. No es ajeno al punto mencionar aquí, por la misma consecuencia, las calificaciones periódicas que los tribunales superiores efectúan de los inferiores y que pueden inducir a una sumisión inconciliable con su independencia.¹³

En nuestro ordenamiento jurídico se ha progresado en resolver tales inconsecuencias. Me refiero a la reforma del artículo 79 de la Constitución, pues en 1997 se le incorporó una disposición que reduce la discrecionalidad en el ejercicio de las facultades disciplinarias pertinentes.¹⁴

Francamente, prefiero continuar en la búsqueda de soluciones prácticas a este problema siguiendo los dictados de nuestra experiencia. Por ejemplo, regulando aun más la potestad disciplinaria, para aumentar la objetividad y hacer verdadero el debido proceso en el ejercicio de ella. Creo que ese camino es mejor que acudir a imitaciones foráneas, las cuales, por lo demás, no han dado los resultados que se esperan de ellas. Me refiero al **Consejo Nacional de la Magistratura**, instaurado en Italia, Francia, Alemania y España y cuyas réplicas, en nuestra América, se hallan en Argentina, Colombia, Perú y Venezuela. Aunque el propósito de confiar a ese organismo la superintendencia directiva, correccional y económica del Poder Judicial puede tener fundamento empírico, es claro, a la vez, que la politización que lo paraliza y el corporativismo que lo encierra lo vuelvan una mala respuesta para fortalecer la independencia interna.

¹³ Consúltense los artículos 272 a 278 bis del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁴ Léese en el nuevo inciso 2º del artículo 79 que "Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva". Consúltense, consecuentemente, los artículos 535 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

Cabe hacer hincapié en el artículo 545 de ese Código, con sujeción al cual "El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno (...). El fallo que acoge el recurso de queja contendrá (...) y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso (...). En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime convenientes".

III. Judicatura independiente

Doy un paso adelante y paso a referirme a la independencia externa.

Ella puede ser también llamada **independencia institucional**, pues se deriva, tanto del principio de separación de órganos y funciones estatales, como del control, mediante frenos y contrapesos que aseguren, en la medida de lo posible, la continuidad y eficacia del Gobierno sometido al Derecho.¹⁵

Generalmente, los estudios atinentes a la independencia se concentran en su ámbito externo. ¿Por qué es así? Pienso que a raíz de asignarse mayor relevancia a la independencia externa que a su opuesta en el Estado de Derecho. Sin rebajar la importancia que tiene la situación de la Magistratura en el sistema de órganos constitucionales, repito, sin embargo, mi convicción: la independencia es una e integral, agregando que la primordial es aquella que comienza en el juez mismo, en su preparación y experiencia, en su coraje y conciencia.

Se vincula también esa independencia externa, por supuesto, con el sistema de designación, de promoción en la carrera y remoción de ella.

Observo, sin embargo, que no hay, como bien se sabe, un régimen perfecto en el tema. Por eso, el balance consiste en reconocer que el mejor sistema es el que asegura la mayor independencia e imparcialidad del juez en el desempeño de sus tareas.

Se ha concluido en que lo más cercano a ese designio son los **sistemas mixtos**, porque involucran la participación, sucesiva y planificada, de varios órganos constitucionales en la decisión de cada uno de los tres aspectos mencionados. Pero tampoco ésta es garantía de satisfacción cabal del anhelo de independencia, porque en ocasiones se hace patente el espíritu solidario en el seno de la Judicatura; en otras son intolerables las injerencias externas; y, por último, suele ocurrir que las mismas coaliciones políticas manden en la Presidencia y en el Congreso, haciendo sentir, además, su influencia en la Judicatura. Por esa triple vía se erosiona, en definitiva, la independencia, en el primer caso al fomentar la obsecuencia; en el segundo caso porque en los otros poderes siempre se encuentran sujetos que rechazan o se declaran molestos con los fallos que no son de su preferencia; y en el tercer caso, pues la hegemonía política reduce o suprime el

¹⁵ El autor ha ya realizado que, en la actualidad, en lugar de separación de órganos con frenos y contrapesos en el ejercicio de sus funciones, es preferible referirse a la soberanía limitada y al gobierno controlado y responsable ante el Derecho.

control y la responsabilidad que subyacen a la separación de órganos constitucionales, con frenos y contrapesos reales entre ellos.

Pertinente es aquí referirse a la reforma constitucional sobre nombramiento de Fiscales y Ministros de nuestra Corte Suprema. Ya ha sido aplicado el procedimiento en varias oportunidades, pero confieso que no estoy aún seguro de las ventajas que él tiene sobre el antiguo sistema. El factor político, tan omnipresente en la cultura chilena, se hace patente también aquí, explicando –sin nunca justificar, por cierto– el rechazo parlamentario de ciertas proposiciones presidenciales; la exclusión de determinados nombres en las quinas o en las designaciones propuestas; o la dilación indefinida en el pronunciamiento del Senado, porque no se alcanza el consenso que se refleje en el elevado quórum requerido en la materia.

En la independencia, tanto interna como externa, debe ser situado y analizado el problema de la autonomía presupuestaria de la Judicatura. En esos dos ámbitos, y no sólo en el externo, lo repito, debe ser examinado el asunto aludido, pues si el Poder Judicial ha de gozar de libertad para determinar sus ingresos y gastos, sin intervención de otros órganos constitucionales, es menester reconocerle, igualmente, esa independencia en relación con la fijación de las prioridades de inversión, la implementación de éstas y el control de la ejecución del presupuesto. Por idéntica premisa, la Magistratura debe ser autónoma en el establecimiento y modificación de las remuneraciones en sus diversas especies, incluidas las asignaciones, las jubilaciones y los reajustes subsecuentes.

La falta de autonomía financiera ha sido, histórica y constantemente, denunciada como peligrosa para lograr y mantener la independencia del Poder Judicial.

En *El Federalista*, escrito en 1787-1788, por ejemplo, se lee esta sensata advertencia: **“El Poder sobre la subsistencia del juez equivale al Poder sobre su voluntad”**.¹⁶ Aquí yo agrego que el poder de los órganos políticos sobre el presupuesto judicial limita la independencia de la Magistratura.

Complementando lo escrito en la obra recién citada, Alexis de Tocqueville examinó, con inigualada lucidez y clarividencia, los requisitos de la independencia externa. Allí destacó, v.gr., el régimen de nombramientos, así como el fuero y los requisitos de permanencia de los jueces en sus destinos mientras observen buen comportamiento. Pero añadió una idea que he ya mencionado y ahora enfatizo: En todas las democracias –escribió– las tres

¹⁶ Op. cit., p. 336. Enfatismo en el original.

características de la función judicial son idénticas, porque el magistrado debe dictar sentencia sólo cuando hay litigio; no se ocupa sino de casos particulares; y para actuar tiene siempre que esperar que se formalice la acción procesal respectiva.¹⁷ ¿Cuál es, entonces, la idea adicional que destacó Tocqueville? Que los jueces aumentan, legítimamente, su potestad en el Estado de Derecho y, con ello, su independencia, fundamentando las sentencias primero en la Constitución y después en las leyes.¹⁸

Revisada la condición de nuestra Judicatura en el rubro, permítanme plantear, al menos, tres comentarios y sugerencias.

En primer lugar, que siendo un hecho que nuestra Magistratura carece de autonomía presupuestaria, lo es también que su independencia, su desarrollo, el aumento de personal que alivie la carga funcionaria agotadora de los magistrados, la capacitación y el perfeccionamiento de los funcionarios judiciales, en fin, el pago de la remuneración digna que merecen sus servicios se hallan comprometidos por las razones ya expuestas.¹⁹ En segundo lugar, que sin reforma constitucional previa en el punto, es insuficiente garantía la eventual buena voluntad del órgano legislativo, cuyo impulso inicial incumbe, por lo demás, exclusivamente al Presidente de la República.²⁰ Y en tercer lugar, que la Corte Suprema y, en general, todos los tribunales que integran nuestra Judicatura han sido siempre modelos de austeridad y corrección en los gastos, de manera que es insostenible la tesis que ve en esa autonomía del Poder Judicial el peligro de excesos, sea porque resulten desestabilizadores de la moneda, o bien, de las políticas fiscales en la materia.

La independencia que definiendo resulta fortalecida por otras instituciones jurídicas. Permítanme aludir brevemente a algunas de ellas.

Couture afirma, en tal sentido, que la principal de tales instituciones es la **inamovilidad** de los jueces en el desempeño de sus oficios mientras demuestren buena conducta funcionaria. Amplia y elástica es esta causal, pero si se la entiende de buena fe y sin caer en contingencias, es clara en su idea central y no puede originar abusos ni condescendencias. La

¹⁷ (1835) *La Democracia en América* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1970), p. 107.

¹⁸ Id.

¹⁹ El gasto de Chile en su Poder Judicial era, en 1997, de 0,83% del presupuesto nacional, cifra muy inferior a la de los demás países latinoamericanos, excepto Panamá. Véase *Gasto en Justicia* (Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, julio de 1999), p. 12. Agregó que ese guarismo ha crecido en la Ley N° 19.702, Ley de Presupuestos correspondiente al año 2000, pero como consecuencia de la aplicación de la reforma procesal penal. Concretamente, el aporte fiscal para el año 2001 será (en miles de \$) de \$ 88.581.076 para el Poder Judicial; y de \$12.129.895 tratándose del Ministerio Público.

²⁰ Artículo 62 incisos 2º, 3º y 4º N°4 de la Constitución.

inamovilidad significa que la Constitución y las leyes dictadas con sujeción a ella deben situar al juez en una posición jurídica de tal naturaleza que elimine de su espíritu, en el momento de ejercer su noble función, todo temor que reduzca el coraje que requiere, y cualquiera esperanza de ser recompensado por cumplir lo que el Derecho le demanda.

Nuevamente, estimo necesario detenerme en el tópico para reflexionar acerca de la Constitución chilena.

Expreso así mi complacencia por el Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema, fechado el 24 de abril de 2000, que puntualizó los actos o hechos que son contrarios a la ética funcionaria, cuya cabal aplicación será garantía de mayor independencia. Paralelamente, sin embargo, la frecuencia con que se van deduciendo, o se anuncia que se formalizarán, acusaciones constitucionales en contra de Ministros de los Tribunales Superiores, torna razonable meditar si es conveniente la reforma constitucional, hoy en primer trámite en el Senado, que eleva el quórum que esta rama del Congreso requiere para destituir al acusado por la mayoría de los diputados. Trátase así de volver muy difícil la deposición de tales Ministros. Esta circunstancia, empero y por lo mismo, puede derivar en que nunca sea posible deponer a quien lo merece o, alternativamente, que se recurra más a los procedimientos restantes y que están contemplados en el ordenamiento vigente.

Secuela de la falta de autonomía presupuestaria es la remuneración insuficiente, a veces indigna, que se paga a los magistrados y funcionarios judiciales por su trabajo extenuante. Debe ser reconocido el esfuerzo realizado, para corregir este reparo, por los gobiernos en la última década. Pero lo concreto es que el problema subsiste, circunstancia que obliga a no pocos magistrados a buscar ingresos suplementarios en actividades docentes, o en labores efectuadas en otros órganos estatales.

No puedo cerrar estas reflexiones sin plantear una duda, a menudo manifestada en la doctrina chilena.²¹ Me refiero a que nuestra Judicatura no se percibiría a sí misma, ni actuaría, convencida o segura, de su jerarquía como poder soberano del Estado, con autoridad paritaria a la de los demás órganos supremos de nuestra República. A esta observación, cuya generalización creo que resulta improcedente, cabe reconocerle, sin embargo, ciertos elementos rescatables y que justifican detenerse en ella.

²¹ Carlos Peña González: "Poder Judicial y Sistema Político. Las Políticas de la Modernización", *Cuadernos de Análisis Jurídico* Nº 22 (Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1992), p. 35; Agustín Squella Narducci (editor): *La Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, CPU, 1992), pp. 34-35.

Efectivamente, puede aceptarse que nuestra Magistratura dispone de cierta independencia funcional, por cierto no cabal o suficiente, ya que estando prevista su implementación en la Constitución,²² nunca ha sido cumplido la aspiración, sentida y justificada, que establece la policía judicial y el instituto de pericias dependiente de la Magistratura. A mayor abundamiento, su independencia orgánica es incompleta, al menos en lo pertinente a la vigilancia o supervisión de la conducta ministerial de los jueces y funcionarios del Poder Judicial, puesto que, desde 1833, se le confía esta atribución, es cierto que sólo en parte, al Presidente de la República.²³

Por último, es discutible que exista la coherencia necesaria entre el principio de independencia, por una parte, y la inclusión de la Corte Suprema en órganos constitucionales de naturaleza jurídico política, o política a secas, de otra. Me refiero, v.gr., a la designación de tres Ministros del Tribunal Constitucional y de otros tantos senadores institucionales.

Palabras finales

Muchos textos elocuentes se han escrito realzando la independencia de la Judicatura. Aquí, deseo recordar uno, tal vez menos conocido que los clásicos de Calamandrei y Ossorio, usualmente citados. Lo hago para resumir el sentido y relevancia que ese valor tiene en nuestro Estado de Derecho. Pero, sobre todo, lo dejo a la reflexión de ustedes, en esta jornada de estudio para formular proposiciones a la E. Corte Suprema, con el propósito de contribuir al fortalecimiento constitucional de la independencia de nuestra Magistratura.

Ha escrito Paul Ricoeur que:

“La finalidad última del acto de juzgar (...) es algo más que la seguridad colectiva. Es la paz social.”

Y aquí introduzco la pregunta siguiente: ¿cuál es, a su vez, el objetivo de la paz social?

Responde el autor citado diciendo: “Es el reconocimiento mutuo: no hablemos de reconciliación, y menos de perdón, porque no son dimensiones jurídicas. Hablemos de **reconocimiento**”.

²² Me refiero al artículo 73 inciso 3º de la Constitución, en la frase que dice “...o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren”.

²³ Artículo 32 N° 15º y artículo 77 inciso 3º de la Constitución.

¿Pero reconocimiento en qué sentido? Al responder esta interrogante creo yo que se hace patente la necesidad de la independencia de los jueces, el valor de la certeza legítima y de la confianza social que esa cualidad lleva consigo:

“Pienso –contesta Ricoeur– que el acto de juzgar alcanza su meta cuando el que ha ganado el proceso se siente aún capaz de decir: ‘Mi adversario sigue siendo un sujeto de Derecho como yo; él tenía argumentos plausibles y éstos fueron escuchados. Pero el reconocimiento no sería completo si estas palabras no pudieran ser también dichas por el que perdió: él debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia, sino de reconocimiento.’”²⁴

Ese es el sentido, en definitiva, que tiene en la sociedad civilizada la independencia de la Judicatura: que aun los vencidos reconozcan la justicia de las sentencias. Eso es también construir la paz y el progreso social mediante el Derecho, infundiendo realidad al respeto y la confianza recíprocos.

Ojalá las ideas expuestas contribuyan a la finalidad descrita y que seamos capaces de llevarlas a la práctica.

²⁴ Paul Ricoeur: *Lo Justo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997), p. 188. Énfasis en el original.

Ley, interpretación y exceso judicial

Fernando Rojas Sepúlveda

Profesor de Introducción al Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

Las reflexiones contenidas en el presente artículo son el fruto de una experiencia personal muy particular. Agotados ciertos procesos judiciales, la lectura de las correspondientes sentencias pronunciadas por nuestros tribunales me generaba la sensación o percepción de que con ellas de algún modo se infringía el Estado de Derecho. Más concretamente, me producía un sentimiento, y es el de haber sido víctima del exceso judicial.

En un comienzo, atendida la confianza que en un Estado de Derecho la sociedad deposita en los órganos jurisdiccionales, la experiencia no pasó de ser tan solo eso: percepciones o sensaciones.

Empero, como aquella experiencia fue un tanto recurrente, reiterándose en más de una oportunidad, el ineludible llamado de la razón me hizo abocarme al esclarecimiento y precisión de qué era eso que “no andaba bien” con esos fallos judiciales –cuyo contenido sólo develaré al final–, y nació la necesidad de reflexionar y escribir estas líneas.

II. La regla de derecho y el juez

La relación que se produce entre el Derecho, en un extremo, y el órgano jurisdiccional, en el otro, es en esencia de subordinación. El juez, en su obrar, es gobernado e imperado por la regla legal general y abstracta, y por ello se haya inexorablemente vinculado a la misma.

La anterior afirmación, como es sabido, no es otra cosa que la derivación lógica y práctica de la clásica teoría de derecho político acerca de la segmentación de los poderes del Estado en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Al primero, corresponde la función de creación del Derecho, mediante la formulación de reglas llamadas leyes, de naturaleza abstracta, general, imperativa y coercitiva; al segundo, el gobierno y la administración, y, finalmente, al Poder Judicial o jurisdiccional, corresponde la aplicación de esas leyes que son obra del Legislativo, labor que comprende, por cierto, su interpretación.

El juez, gobernado por la regla abstracta y general elaborada por el legislador, genera a su vez reglas, pero de alcance particular y contingente, mediante las cuales intenta resolver los conflictos de intereses con repercusión jurídica que se suscitan entre los miembros de la colectividad. En efecto, enfrentado a un litigio que debe ser resuelto, el juez, con arreglo a las reglas de la técnica jurisdiccional y ciñéndose a un orden lógico, en primer término, establecidos los hechos, habrá de escoger la norma aplicable entre las distintas que se presentan como posibles; luego, escogida la norma, deberá interpretarla, lo que equivale a buscar su recto y genuino sentido, tarea que cumplirá con arreglo a los parámetros que le ha fijado el legislador; y, finalmente, interpretada la norma, el juez, con la pretensión de resolver el caso particular, generará la solución al mismo mediante la formulación de una norma de alcance particular y contingente, que en esencia constituye no otra cosa que una derivación de la regla legal general y abstracta.

En España, Calvo Vidal enseña lo siguiente: "Una de las características de las normas jurídicas, está reiteradamente advertido, es el grado de abstracción y generalidad que poseen y precisamente estas notas no las comparten las decisiones de los tribunales, pues no es propio de ellos establecer reglas obligatorias de matiz abstracto, sino decidir sobre situaciones concretas al amparo de las fuentes jurídicas...".¹

¹ *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Félix M. Calvo Vidal. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1992, pág. 155.

Ocurre entonces que el juez, en todo el proceso de generación de la decisión, en especial en la producción misma de la llamada regla de alcance particular y contingente, por medio de la que intentará resolver un conflicto de intereses, se halla necesariamente subordinado y atado a la regla general y abstracta que elabora el legislador. Es derivación de ello, entonces, que el respeto irrestricto a estas últimas reglas es la condición que imprime un verdadero sello de legitimidad a las decisiones jurisdiccionales y a la vez es condición de validez de su contenido.

III. Límites del órgano jurisdiccional

Especificado el vínculo de subordinación a que se haya sujeto el órgano jurisdiccional respecto de la regla de derecho, se manifiestan prístinos los límites a que éste, en el desempeño de su labor, se encuentra sometido. En efecto, si el juez, en el desempeño de su rol de administrar justicia, se halla subordinado y gobernado por la regla general y abstracta elaborada en el Legislativo, se tiene que en la misión de interpretación de esa regla y en la formulación de la norma de alcance particular y contingente mediante la cual intentará resolver una controversia, tendrá como límite infranqueable el contenido preceptivo de las normas sobre interpretación y de aquella que será el soporte de la decisión. Esto importa, entre las consecuencias fundamentales, que el juez no puede desconocer dichas normas de hermenéutica, como tampoco alterar la regla legal que sirve de soporte a la decisión, cual sería el caso en que se amplíen o restrinjan sus conceptos jurídicos, o se ignoren o establezcan otros distintos, pues en todas esas situaciones se estará vulnerando la norma legal a que se halla subordinado y en los hechos se estará creando Derecho nuevo, lo que no es lícito ni está permitido.

En Chile, en un razonamiento semejante acerca de la subordinación que el juez debe a la regla legal, Ducci Claro plantea que: "El legislador, en términos generales, tiene una facultad discrecional absoluta, soberana, para interpretar. El juez, por su parte, no tiene esa facultad discrecional. Salvo en casos de integración, está vinculado a la norma y no realiza una interpretación discrecional, sino una interpretación vinculada".² Fluye asimismo muy claro el límite de la labor de interpretación del juez, en la siguiente opinión de don Pablo Rodríguez Grez: "¿Cómo se interpreta para aplicar la norma general? A nuestro juicio, la interpretación comprende dos fases distintas. Una de carácter formal y otra de carácter sustancial. La primera tiene por objeto desentrañar, descubrir o establecer el verdadero sentido, alcance,

² *Interpretación Jurídica*. Carlos Ducci Claro. Editorial Jurídica de Chile, pág. 81.

voluntad o intención de la norma. La segunda (sustancial) tiene por objeto crear una norma particular, a partir de la norma general, llamada a regular la situación concreta, la cual se referirá exclusivamente al hecho que se trata de juzgar o de alcanzar con la regulación formativa".³

Respecto del cometido del juez, Ducci Claro agrega: "Tiene limitaciones en dos sentidos: no puede extralimitar sus facultades para llegar a una interpretación no vinculada con la ley..."⁴

En un contexto un tanto diferente –pero a tener en cuenta, pues se trata de razonamientos equivalentes–, cual es el de los límites al llamado desarrollo del derecho superador de la ley, el destacado jurista alemán Larenz enseña: "El límite así expuesto que resulta de la división de funciones entre Legislación y Administración de Justicia lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional Federal. Se puede ciertamente, ha dicho, declarar nulo el Derecho que no está de acuerdo con la Constitución. Pero no se puede "establecer por sí mismo un Derecho nuevo, que solo habría de realizar un precepto constitucional, pero que no tiene ningún contenido determinado claro – que necesita, por tanto, ser precisado más concretamente por el legislador – resolviendo un caso que le somete, como si este Derecho fuera ya vigente. Esto significaría anticiparse a la libertad de configuración del legislador. El Tribunal Constitucional puede, en todo caso, constatar que el legislador no ha cumplido su deber de crear tal derecho".⁵

En resumen, al juez, en su elevada misión de administrar justicia, que comprende la interpretación del derecho y luego su aplicación, no le está permitido "crear" Derecho nuevo, con vocación abstracta y general, puesto que tal misión, que es legislativa, en sociedades occidentales como la nuestra, está asignada privativamente y con exclusividad al correspondiente poder del Estado: el Poder Legislativo.

No nos cabe duda que estos límites, que como hemos visto arrancan en último término de la teoría tripartita de los poderes del Estado moderno, se imponen además por el aspecto axiológico, en especial por una necesidad de certeza y seguridad jurídicas. Como decía Recasens Siches: saber a qué atenernos y que eso a lo que debemos atenernos tendrá forzosamente

³ "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos". Conferencias y ponencias presentadas en el congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1992 de las Universidades de Chile y Adolfo Ibañez. "Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas". Ponencia presentada por don Pablo Rodríguez Grez. Editorial Jurídica de Chile, pág. 195.

⁴ *Interpretación Jurídica*. Carlos Ducci Claro. Editorial Jurídica de Chile, pág. 83.

⁵ *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Karl Larenz. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, catedrático de la Universidad de Salamanca, Ariel Derecho S.A. Barcelona, pág. 426.

que ser cumplido. Es evidente que ninguna garantía tendrían los ciudadanos, si a la inmanente fluctuación de la jurisprudencia se agregare a favor de los órganos jurisdiccionales, la facultad de crear reglas de derecho con alcance general y abstracto, bajo cuyo imperio se decidieren conflictos de intereses, considerando además la circunstancia de existir en un país una multiplicidad de estos órganos. Por ello, Ducci Claro expresa: “La vinculación a la norma asegura la certeza y seguridad jurídicas”,⁶ habiéndose esta última –como sabemos– “consolidado como noción medular de la Teoría General del Derecho”.⁷

Estimamos que a estas alturas del desarrollo jurídico, forzoso es que todos estos conceptos se encuentren con fuerza impresos en las conciencias de quienes deben ejercer tan sublime como sensible labor, como es la de administrar justicia.

IV. ¿Qué consecuencias y sanciones se originarán a partir de la trasgresión de los señalados límites a que se halla sometida la actividad jurisdiccional?

Habida consideración del principio constitucional de la juridicidad, derivado del de supremacía constitucional, todos los órganos del Estado deben sujeción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella.

En el ámbito de la jurisdicción, Soto Kloss señala: “El juez también debe someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella y, por lo tanto, rige a su respecto igualmente en plenitud e integralidad el principio de juridicidad. Cuando hablamos de juez, entiéndase, obviamente, órgano del Estado que ha sido atribuido por la Constitución de la función jurisdiccional, esto es, decidir de modo independiente e imparcial contendas entre partes, es decir, tribunales de justicia”.⁸

Por ello, en nuestro derecho, por aplicación de las normas contenidas en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado –cuyo contenido aquí asumimos–, no tenemos duda alguna en cuanto a que, en primer término, lo obrado por un juez, al resolver un conflicto de intereses sin respetar los límites vistos y a que se haya sujeto, es decir, sobre la base de conceptos jurídicos ajenos a la regla legal general y abstracta de origen legislativo, es nulo y esta nulidad es de derecho público, pues con este

⁶ *Interpretación Jurídica*. Carlos Ducci Claro. Editorial Jurídica de Chile, pág. 82.

⁷ *Teoría de la Seguridad Jurídica*. José Mezquita del Cacho. Editorial Bosh, Barcelona, Tomo I, pág. 41.

⁸ *Derecho Administrativo*. Eduardo Soto Kloss. Editorial Jurídica de Chile, pág. 39.

obrar se vulneran y traspasan los límites naturales de la actividad jurisdiccional y se invade el ámbito propio del Poder Legislativo.

Vista la situación desde otra óptica, la de la validez de las normas jurídicas, la conclusión es la misma. En efecto, como enseña Kelsen, en un sistema normativo que se define como formal, una norma jurídica es válida en la medida que ha sido creada en la forma establecida en el propio ordenamiento jurídico. Si ello no ha sido así, la norma carece de validez normativa. Luego, si una norma aspira a estar dotada con caracteres de generalidad y abstracción, propios de una ley, debe haber sido creada conforme al procedimiento de formación de las leyes establecido en la Constitución, y si no ha sido así, como sería el caso del juez que sobrepasa su ámbito de acción e intenta la creación de conceptos jurídicos abstractos y generales propios, lo obrado bajo esas condiciones carecerá de validez normativa, pues esa "pseudo norma judicial" no ha sido generada en la forma que para esa clase de reglas establece el ordenamiento jurídico.

Finalmente, esa irregular actuación judicial –de trasgresión de límites–, en la medida que conduce al establecimiento de premisas universalmente vinculantes no reconocidas en la ley y a cuyo amparo son juzgadas y resueltas situaciones jurídicas concretas, da pie al ejercicio de la potestad de casación. Como dice Henke: "por su efecto ejemplarizador para el juzgamiento de otros casos, cabe casacionar igualmente la subsunción cuando el caso haya de ser resuelto según un modo universalmente vinculante".⁹

V. Reflexion final

Vuelvo ahora con lo señalado al inicio de estas líneas. Como dije, ciertos fallos judiciales, en especial en materias laborales, llamaron mi atención. Se trataba de sentencias dictadas en procesos laborales en que se discutía acerca de la causal de caducidad del contrato de trabajo consistente en el incumplimiento grave de obligaciones.

Bien sabemos que la gravedad constituye un concepto jurídico indeterminado, que permite al juez juzgar de una manera más diferenciada, es decir, en consideración al caso singular, como ocurre con los conceptos de grado y medida. Pero muy bien sabemos también, por lo mismo, que la cuestión jurídica de la estimación de la gravedad debe hacerse en con-

⁹ *La Cuestión de Hecho*. Horst-Eberhard Henke. Traducción de Tomás Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa- América, pág. 339.

creto, es decir en el contexto y a propósito del caso que se analiza, y no sobre la base de “un módulo universalmente vinculante” desligado de la ley.¹⁰

Pues bien, en esas sentencias, para estimar la gravedad del incumplimiento de obligaciones, los magistrados, bajo una aparente labor de interpretación de ley, recurrían a conceptos jurídicos no previstos en ella –que sólo habla de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato– y que además, por su naturaleza son aplicables a una generalidad de situaciones. Ello lisa y llanamente equivale a “crear” normas con alcance abstracto y general, conducta que no le está permitida al órgano jurisdiccional. Entre estos conceptos, ilícitamente creados con esta práctica, están los de: falta de perjuicio para el empleador, la falta de provecho personal para el trabajador y tiempo laborado.

Conforme a lo que se ha venido señalando, estimamos de plano que esta práctica judicial es gravísima, pues carece de validez, se traduce en un exceso judicial y provoca un quiebre al Estado de Derecho. En efecto, no es lícito que el órgano jurisdiccional, mediante conductas como las señaladas, intente erigirse en un verdadero poder legislativo de facto, con potestades para generar pseudoreglas con arquetipos normativos propios y caracteres de abstracción y generalidad.

Coincidimos con la opinión del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica George W. Bush, quien en una de sus intervenciones posteriores a su reciente elección sentenció lo siguiente: “solo nombraré jueces que tengan muy clara la diferencia entre crear leyes e interpretarlas”.

¹⁰ Henke. Ob. cit., pág. 339.



Función judicial y Estado de Derecho

Patricio Oyaneder Davies

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Tradicionalmente, la función judicial ha sido estudiada en base al concepto –también tradicional– de jurisdicción. Pues bien, atendido ello, en esta oportunidad queremos apartarnos de ese enfoque y analizar dicha función poniendo énfasis en el rol de creador del derecho que compete al Poder Judicial.

Tanto la cátedra de Derecho Procesal Orgánico, como los textos que sustentan la preparación de la misma, se valen de la definición de jurisdicción que dan los artículos 73 de nuestra Carta Fundamental y 1° del Código Orgánico de Tribunales. De dichas normas se sigue que la función judicial estriba en el poder-deber de los tribunales de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Siendo esto efectivo, creemos, sin embargo, que este concepto deja de lado la expresión más rica de dicha función, cual es, en definitiva, la de concretar la resolución de un conflicto de relevancia jurídica en una regla de *iure* llamada a integrarse al sistema jurídico, labor gracias a la cual las normas jurídicas (generales y abstractas) se concretan y “cumplen su función”, que no es otra que la de dar las directrices con respecto a las cuales debe conformarse la elaboración de las reglas (particulares y concretas) que, en definitiva, rigen nuestras vidas.

A fin de facilitar la comprensión de lo sostenido nos parece indispensable pasar revista a la noción de Estado de Derecho. Para don Pablo Rodríguez Grez, el Estado de Derecho es “una determinada *forma de organización de la sociedad a través de la implantación* (obligatoriedad) *de normas de con-*

ducta que se establecen con carácter coercitivo, referidas tanto a la instalación de los poderes públicos, a su funcionamiento y al juzgamiento y calificación de todas las conductas sociales posibles, las cuales integran un sistema normativo pleno, cuya aplicación corresponde a autoridades independientes, facultadas para resolver las contiendas que en el orden temporal se promuevan en dicha sociedad".¹ Más adelante, el citado autor observa que el Estado de Derecho supone un "sistema integral de normas que prevean toda posible conducta o comportamiento humano; poder jurisdiccional, encargado de resolver las controversias que se plantean en el orden temporal, independiente de los demás poderes del Estado; y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana".² Va de suyo, pues, que la función judicial –y la inherente independencia de la que debe estar dotado el Poder que la ejerce– constituyen una base inescindible del concepto de Estado de Derecho sin el cual éste permanecería inerte, como una mera abstracción teórica.

Es de lato conocimiento que la sociedad se encuentra organizada en torno a un sistema jurídico integrado, tanto por normas generales y abstractas (Constitución, ley y decretos reglamentarios), como por normas (o reglas) particulares forjadas por la autoridad (administrativa o judicial) y por los particulares (autonomía privada) en ejercicio de la potestad regulatoria que deriva de aquellas normas generales y abstractas de superior jerarquía. De aquí se sigue el rol de creador del derecho del Poder Judicial al que hemos hecho referencia. En efecto, es bien claro que las normas generales y abstractas (que se encuentran en lo más alto de la estructura del sistema jurídico) no están llamadas, atendida su abstracción y generalidad, a ser aplicadas directamente al caso concreto, pues ello es imposible, toda vez que están desprovistas "de los elementos fácticos que caracterizan y describen pormenorizadamente la situación sujeta a regulación jurídica".³ De esto resulta, como bien puntualiza el comentarista que venimos siguiendo, que el "cumplimiento de la norma supone un proceso previo por medio del cual la abstracción se singulariza en función de una situación concreta cuya solución es, en definitiva, el objeto último del derecho",⁴ lo cual, agreguemos, tiene lugar mediante la creación que el juez hace de una regla jurídica particular aplicable solamente al caso sometido a su conocimiento.

¹ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 11.

² Pablo Rodríguez Grez, obra citada, pág. 14.

³ Pablo Rodríguez Grez, "La Creación Individual y Colectiva del Derecho", *Revista del Abogado*, N° 18, abril 2000, pág. 8.

⁴ *Ibidem*.

Así las cosas, suscitado un conflicto de relevancia jurídica y sometido su conocimiento a los Tribunales de Justicia, son éstos los únicos llamados a conocer de él y resolverlo, lo que llevan a cabo mediante la dictación de la sentencia, que, de acuerdo a lo expuesto, se nos presenta como una regla jurídica particular que determina la conducta conforme a derecho que deberá desplegarse en el caso concreto. Esta norma, insistimos, se inserta en el plexo normativo como último eslabón del mismo, en tanto síntesis o norma de clausura del mismo, según veremos luego. Pero la riqueza de esta noción no se agota en lo señalado; al respecto, cabe agregar que esta regla de *iure* emanada de la judicatura en el ejercicio de su función goza de una peculiaridad que le es propia, la cual radica en el poder-deber que asiste al mismo operador jurídico que le dio vida para hacerla cumplir, contando, a tal efecto, con el auxilio de la fuerza pública (imperio).

En el proceso que sucintamente hemos descrito, se habrá advertido, se entrelazan los tres supuestos que mencionamos hacen a la existencia de un verdadero Estado de Derecho, el cual, en el aspecto que en esta oportunidad esbozamos, se garantiza confiriendo al Poder Judicial la independencia que requiere para desarrollar su función. No en vano, don Roberto Dávila Díaz enseñaba sobre el particular que la independencia del Poder Judicial constituye "el requisito o base del ejercicio de la jurisdicción de mayor importancia y trascendencia, desde que asegura a toda persona que la decisión que el órgano jurisdiccional tome será libre y no producto de la presión sobre el juez de alguna autoridad o persona, y que garantiza un verdadero *Estado de Derecho*".⁵ Es por ello, a juicio nuestro, que una recta comprensión de la función que está llamado a desarrollar el Poder Judicial debe basarse necesariamente en el conocimiento de los pilares sobre los cuales se erige el Estado de Derecho.

Conforme lo expuesto, cuando hablamos del órgano jurisdiccional estamos refiriéndonos a aquel Poder del Estado llamado a ***resolver los conflictos de relevancia jurídica que se produzcan en el orden temporal, mediante la creación de reglas jurídicas particulares, concretas e irrevocables que sintetizan los valores imperantes en la sociedad –plasmados en todo el plexo normativo– dotado del poder-deber de hacerlas cumplir directamente con el auxilio del poder coercitivo del Estado.*** Desde otra óptica, a través del proceso interpretativo que realiza el juez en ejercicio de la jurisdicción se concreta, y, por lo mismo, se torna real y efectivo en toda su dimensión el Estado de Derecho.

⁵ Roberto Dávila Díaz, "Bases del Ejercicio de la Jurisdicción", Revista *Actualidad Jurídica* N° 1. Enero 2000, pág. 102. La cursiva es nuestra.

Queda demostrado, entonces, que la judicatura está llamada a dictar, permítaseme la expresión, la ***norma de clausura*** del sistema jurídico que sintetiza para el caso concreto los valores contenidos en él. Así también parece entenderlo en España Juan Luis Requejo Pagés, quien sostiene que “el órgano más capacitado para llevar a cabo las labores tutelares del ordenamiento es aquel con cuya actuación finaliza el proceso de concreción de la sucesión normativa que arranca de la Constitución”.⁶

⁶ Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 133.



Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



La simulación y la jurisprudencia

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento Derecho Privado

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. ¿Qué es la simulación?

a) Doctrina

a.1) Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.¹

a.2) Existe la simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*convention*) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina contradocumento.²

a.3) La simulación es el concierto o inteligencia de dos o más personas, autores de un acto jurídico, para dar a este acto las apariencias de otro diverso.³

La simulación se refiere: ya a la existencia misma del acto, que es entonces puramente ficticio; ya concierne a su naturaleza, como si las partes disfrazan una donación bajo la forma de una venta; ya se relaciona con los participantes o los beneficios verdaderos, cuya identidad es ocultada por el juego de una interposición de personas; ya, en fin, cuando el disfraz sólo concierne a las cláusulas y condiciones de la operación, como si en una

¹ Ferrara, Francesco, *Simulación de los Negocios Jurídicos*, pág. 11. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2002. Esta definición comprende la simulación absoluta y la relativa.

² Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las Obligaciones, tomo sexto, primera parte, pág. 465, Cultural S.A., Habana, 1940. Esta definición se refiere a la simulación relativa, la cual se acredita mediante contraescrituras en el caso de nuestro artículo 1707 del Código Civil.

³ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Obligaciones, tomo undécimo, volumen II, N° 751, pág. 121. Editorial Jurídica de Chile, 1979.

compraventa convenida por un precio de ciento cincuenta mil pesos, se dice que es de cien mil pesos el precio, o a la inversa, siendo convenido el precio de cien mil pesos, se expresa que es de ciento cincuenta mil pesos y que los cincuenta mil pesos han sido pagados en la suma dada al contado.⁴

a.4) 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".⁵

a.5) Hay simulación toda vez que exista disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración, convenida entre las partes, con el fin de engañar a terceros.⁶

b) Jurisprudencia

b.1) Hay fallos que recogen textualmente la definición dada por Francesco Ferrara. En este sentido se han pronunciado las sentencias publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: tomo 55, sección 1ª, pág. 188 y tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

b.2) La definición dada por Raúl Diez Duarte aparece recogida en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sección 2ª, pág. 60. La Corte Suprema ha dicho que la simulación es un hecho que se produce dando a un acto jurídico las apariencias de otro diverso, publicado en *R.D.J.*, tomo 22, sección 1ª, pág. 272. La misma Corte ha manifestado que hay simulación cuando el consentimiento manifestado en un acto o contrato no corresponde a la voluntad real, por lo que prácticamente pueden producirse dos clases de simulación: la simulación absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y que es solamente ficticio en su totalidad; y la simulación relativa, cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado, sea en su totalidad, como si se disfraza de compraventa una donación, sea sólo parcialmente, como si en un contrato se inserta una cláusula diferente a la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real (*R.D.J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).

⁴ *Ibíd.*, págs. 121 y 122. Un criterio similar expresó la Corte Suprema cuando dijo: "La simulación dice relación con las personas de los contratantes; el objeto del contrato; su ejecución, y la actitud de las partes al realizar el negocio jurídico" (*R.D.J.*, tomo 55, sección 1ª, pág. 188).

⁵ León Hurtado, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, N° 106, pág. 175, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Lo indicado entre comillas corresponde a Luis Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, N°192, pág. 240.

⁶ Diez Duarte, Raúl, "La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno", N° 35, pág. 60, *Fallos del Mes*, segunda edición, 1982.

2. Requisitos de la simulación

a) Doctrina

Los requisitos de la simulación son:

- a.1) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- a.2) Concertada de acuerdo entre las partes.
- a.3) Para engañar a terceros.⁷

b) Jurisprudencia

Para que exista simulación es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- b.1) Disconformidad entre la voluntad interna y su declaración;
- b.2) disconformidad deliberada y consciente;
- b.3) concierto entre partes, y
- b.4) intención de engañar a terceros (*R.D.J.*, tomo 55, sección 1^a, pág. 188).⁸

3. Simulación lícita

a) Doctrina

a.1) La simulación es lícita si los simuladores no tienen la intención positiva de perjudicar a terceros.⁹

a.2) La simple simulación, cuando no tiene por objeto ocultar una incapacidad legal o dar una apariencia lícita a un contrato prohibido, cuando, en fin, no encierra una intención de defraudar la ley o de perjudicar a un tercero, no está prohibida; su existencia no puede perjudicar a la validez del acto simulado, ni ocasionar la nulidad del contrato, cuyas formas han adoptado las partes.¹⁰⁻¹¹

a.3) La simulación lícita para Demogue no es sino una consecuencia del derecho, que él declara reconocido, de celebrar actos secretos. Colin y Capitant dicen que las partes pueden obligarse como quieran, y que lo que pueden hacer públicamente también pueden realizarlo en secreto.

⁷ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 4.

⁸ En el mismo sentido: Diez Duarte, Raúl, op. cit., N° 36, págs. 60 a 64.

⁹ *Ibid.*, N° 65, pág. 101.

¹⁰ Claro Solar, Luis, op. cit., N° 751, pág. 123.

¹¹ El móvil que se persigue será decisivo para calificar el acto. León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 107, pág. 177, citando a Josseland.

Todo estriba entonces en que el acto o contrato que se desea mantener reservado sea un acto o contrato lícito, en que no se haga fraude a la ley según la expresión de Laurent. Aubry y Rau expresan que es necesario que no se defraude a terceros.¹²

b) Jurisprudencia

Se ha fallado que no importa cesión de un crédito el acto por el cual se encarga a un banco que cobre un crédito y aplique el dinero a una determinada operación. Ello importa un mandato al cual el mandante puede ponerle término a su voluntad.

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.

En los casos de simulación para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida (*R.D.J.*, tomo 33, sec. 2^a, pág. 17).

4. Clases de simulación: absoluta, relativa y por interposición de personas.

a) La simulación absoluta

a.1) Doctrina

a.1.1) Un negocio absolutamente simulado es el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce.¹³

a.1.2) La simulación puede ser absoluta y suponer la ejecución de un acto, cuando en realidad las partes no han querido hacer acto alguno jurídico.¹⁴

¹² Carrera, Francisco cita estos autores franceses en su comentario a la sentencia de la Corte de Valparaíso, de 12 de junio de 1935, recaída en la causa "Granello y otra con Banco Italo-Belga", publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 33, sec. 2^a, págs. 17 y ss.

¹³ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 74.

¹⁴ Claro Solar, Luis, op. cit., tomo undécimo, volumen II, Nº 751, pág. 122. En el mismo sentido: León Hurtado, Avelino, op. cit. Nº 108, pág. 177. Paillás, Enrique, *La Simulación en Derecho Privado*, p. 11, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003, dice que en la simulación absoluta hay una mera ficción.

a.2) Jurisprudencia

a.2.1) Se ha fallado que aunque en la escritura de compraventa de un establecimiento comercial el comprador declare haberlo recibido, no puede sostenerse que este último adquiriera su dominio si los propios otorgantes expresan que el contrato es ficticio por no haber existido consentimiento ni precio realmente pagado y haberse celebrado sólo con el objeto de burlar a los acreedores del vendedor, por lo cual dicho contrato es nulo de nulidad absoluta (*R.D.J.*, tomo 29, sección 1ª, pág. 411).

a.2.2) Hay simulación absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y que es solamente ficticio en su totalidad. (*R.D. J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).¹⁵

b) La simulación relativa

b.1) Doctrina

b.1.1) La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros¹⁶ (con frecuencia se le designa como negocio disimulado, enmascarado, velado, oculto, secreto o real).

b.1.2) La simulación relativa o disimulación consiste en celebrar una convención real, pero con las apariencias externas de otro acto.¹⁷

b.2) Jurisprudencia

b.2.1) En los casos de simulación para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, debe prescindirse del acto simulado y atenderse al acto real, considerando la prueba rendida. (*R.D.J.*, tomo 33, N°s 3 y 4, sección segunda, pág. 17).

¹⁵ Diez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 108, dice: hay simulación absoluta cuando la declaración no corresponde a voluntad real alguna. Cuando el acto jurídico aparente no corresponde a ninguna voluntariedad, es decir, a ninguna intención de crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

¹⁶ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 92.

¹⁷ Diez Duarte, Raúl, op. cit., N° 80, pág. 116.

b.2.2) Hay simulación relativa cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado, sea en su totalidad, como si se disfraza de compraventa una donación, sea sólo parcialmente, como si en un contrato se inserta una cláusula diferente a la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real (*R.D.J.*, tomo 46, sección 1ª, pág. 737).

b.2.3) En la simulación relativa es preciso distinguir la incidencia de dos vínculos contractuales: uno, el oculto, que ha sido deseado y que corresponde a la voluntad real de las partes; el otro, el aparente, que es el visible para los terceros, no sólo con el objeto de engañarlos, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo contractual, o sea, las partes ya no sólo se limitan a crear una apariencia, sino que emplean esta apariencia para encubrir un vínculo jurídico contractual real y querido. (*R.D.J.*, tomo 52, sección segunda, pág. 62).

b.2.4) La simulación tiene causa y es la que se denomina, en doctrina, *causa simulandi*, entendiéndose por tal el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a presentarlo en forma distinta a la que le corresponde: es el porqué del engaño (*R.D.J.*, tomo 55, sección primera, pág. 188).

b.2.5) Establecido que en el período en que se celebraron los contratos impugnados de nulidad, la demandada hacía vida marital con el padre de la actora, figurando éste como vendedor y aquélla como compradora en dos de ellos y como cedente de sus derechos a la misma en el otro; que al comienzo de las relaciones extraconyugales la demandada recién abandonaba su cargo de garzona en una fuente de soda, sin que haya aportado antecedente alguno que demuestre o haga presumir un indicio siquiera de recursos económicos anteriores; que a la fecha de dichos contratos el vendedor y cedente se encontraba gravemente enfermo, falleciendo poco más de un mes después de celebrado el primero y a pocos días del último, sin que se divise en autos alguna necesidad imperiosa o ineludible que lo obligara o aconsejara a desprenderse de todos sus bienes, sin excepción, en circunstancias que en un testamento otorgado un mes antes de celebrar el primer contrato, dejaba todos sus bienes a la demandante, su hija legítima, y que sólo revocó estas disposiciones por otro testamento, otorgado el mismo día en que celebró el último, cabe desprender un sinnúmero de presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes, a juicio del tribunal, para formar el convencimiento legal de que en los tres contratos aludidos no sólo se falseó la naturaleza, sino que no hubo entre las partes contratantes el consentimiento real y efectivo para pactar las prestaciones que mutuamente se imponen, ni motivo lícito determinante para celebrarlos, y que se trata de contratos simulados tendientes a burlar

la prohibición de pactar sobre el derecho a suceder establecida en el artículo 1463 del Código Civil (*R.D.J.*, tomo 57, N°s 1 y 2, sección segunda, pág. 97).

b.2.6) Don César Sumar demandó en juicio ordinario a don Luis Karque y don David Willumsen, personalmente y como representantes de la Sociedad Agrícola Industrial Castilla Limitada, pidiendo la nulidad de la venta de la estancia Castilla que hizo a la mencionada sociedad por escritura pública de 8 de septiembre de 1971.

El precio de la compraventa fue E^q1.364.000 de la época, que se pagaría en la siguiente forma: con un cincuenta por ciento de las utilidades líquidas anuales que arrojaran los balances de la sociedad compradora; y, si en el año respectivo no hubiese utilidades, se dispuso que no se haría al precio ningún pago o abono. Aun más, si la sociedad compradora estimase necesario dejar el todo o parte de las utilidades para la mejor explotación del predio o capitalización, no se haría amortización al precio o sólo una amortización correspondiente al cincuenta por ciento de la parte de “las utilidades a repartir”.

Esta sociedad había sido formada poco antes, el 23 de junio de ese año, por tres personas, Luis Karque, Sergio Saavedra y David Willumsen. El objeto de ella fue dedicarse a la explotación de la agricultura, de la industria agropecuaria u otra actividad agrícola o industrial derivada de la agricultura, conexas o similares, y a la comercialización de dichos productos.

Casi dos años más tarde, el 12 de noviembre de 1973, se hizo una modificación de la escritura social, pues don Sergio Saavedra, de común acuerdo con los otros socios, se retiró de la compañía y cedió sus derechos a don César Sumar; el precio de esta cesión fue la misma cantidad de E^q 30.000 que había sido su aporte.

Al año siguiente, el 14 de febrero de 1974, don Sergio Saavedra y don César Sumar hicieron una declaración por escritura pública, en relación con la cesión de derechos ya mencionada. Se dijo: “por el presente instrumento, el señor Sumar libera al señor Saavedra de toda responsabilidad por las actuaciones que en la referida sociedad éste tuvo, ya que en el hecho el Sr. Sergio Saavedra cumplió un encargo de confianza que le hizo el señor Sumar, razón por la cual se constituyó la Sociedad Agrícola e Industrial Castilla Ltda. Los señores Saavedra y Sumar se otorgan el más amplio y completo finiquito y renuncian, recíprocamente, a cualquier acción judicial o administrativa que pudiere ejercitarse con motivo de los actos que realizó el señor Saavedra como mandatario de confianza”.

En 1975 pretendió el señor Sumar recuperar el dominio de todo el predio y, ante la oposición de los señores Karque y Willumsen, se promovió la litis ante uno de los juzgados civiles de Santiago. Sostuvo el actor que jamás tuvo la intención de desprenderse del dominio de la estancia Castilla; que la constitución de la sociedad sólo tuvo por objeto llevar a la práctica un encargo fiduciario o mandato de confianza para los efectos de que dicha empresa adquiriese la estancia y le fuere restituida una vez que desapareciera el gobierno de la Unidad Popular, el cual se había caracterizado por la persecución a ciertos miembros de la colonia árabe y, en especial, a él mismo.

En primera instancia se rechazó la demanda, pero la Corte de Apelaciones declaró de oficio la nulidad de la compraventa.

La sentencia estableció que tanto el convenio sobre la formación de la Sociedad Castilla Limitada, como la compra que ésta aparece haciendo al señor Sumar de su estancia, son contratos simulados, ya que lo único que verdaderamente se quiso pactar y que existe es el acuerdo de entregar en administración –mandato de administración– ese bien a los señores Karque, Willumsen y Saavedra, simulación que calificó como relativa, pues en ella existió ese mandato de administración oculto, pero real.

En cuanto a la validez de la compraventa de la estancia por la Sociedad Castilla Limitada, la sentencia formuló diversas consideraciones, para concluir que, en realidad, en el contrato de compraventa no se estipuló un precio que debiera pagarse, puesto que no existió obligación de parte de los compradores de cancelar las anualidades a que se refiere el instrumento, en el evento de que la sociedad no tuviese utilidades o que los socios acordaran capitalizarlas, pago, entonces, que quedó entregado a la sola voluntad de los compradores; que, por ende, el contrato de compraventa careció de objeto, y también de causa respecto del vendedor. Se decidió que estos defectos acarrearán la nulidad absoluta del contrato, pero no se acogió la petición de la demanda sobre este punto, por estimar que el señor Sumar no pudo alegarla en razón de haber celebrado el acto a sabiendas de la simulación; mas se declaró de oficio esa nulidad, por considerar que aparecía de manifiesto en el contrato, dada la forma en que se pactó el precio.¹⁸

¹⁸ Paillás, Enrique, op. cit., págs. 21 a 23 y 65 a 67. Causa 9975, César Sumar con Luis Karque y otros, iniciada el 27 de marzo de 1974, ante el Segundo Juzgado Civil de Santiago. Don Enrique Paillás piensa que no se trataba de una simulación relativa, sino de simulación absoluta.

c) Simulación por interposición de personas.

c.1) Doctrina

c.1.1) Hay interposición de personas cuando, al celebrarse un negocio jurídico, se interpone (incorpora) una persona extraña con el fin de ocultar el verdadero interesado. Pero esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica, a saber: personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas.

El intermediario puede intervenir en el contrato como contratante efectivo, entablado la relación jurídica en su propio nombre y convirtiéndose de este modo en titular de los derechos y obligaciones que derivan de la misma para inmediatamente volverlos a transferir al dueño del negocio, que se ha mantenido apartado de éste. Es el caso del mandatario en nombre propio. También puede darse la modalidad del encargo fiduciario, en que se otorga un poder jurídico ilimitado a la persona interpuesta, aunque con la inteligencia secreta de que no usará del mismo en beneficio propio, sino que lo traspasará a otros; con lo cual, de verdadero propietario o acreedor se reduce a mero conducto transmisor.¹⁹

En nuestro derecho, esta figura se observa en el albacea fiduciario.

La interposición de persona es ficticia cuando deben ser titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración.²⁰

Para que se produzca la interposición real, se necesita el concurso de tres personas: la interponente, la interpuesta y el tercero. En la interposición simulada basta el concurso de dos, esto es, el interponente y el tercero, pues el intermediario no interviene jurídicamente en el acto y presta su nombre o coopera de un modo puramente material.²¹

En la interposición real se debe considerar la capacidad y los vicios del consentimiento desde el punto de vista de la persona interpuesta. En la interposición ficticia o simulada hay que estarse a la capacidad y los vicios del consentimiento desde la perspectiva del contratante secreto. A su vez, en la interposición real se necesita y basta el acuerdo entre el interponente y la persona interpuesta, mientras que en la interposición ficticia se necesita además la inteligencia del tercero. Por último, la persona interpuesta

¹⁹ Ferrara, Francesco, op. cit., págs. 134 y ss.

²⁰ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 139, quien cita esta definición de Unger.

²¹ *Ibíd.*, pág. 143.

real adquiere los derechos y contrae las obligaciones para sí, sin perjuicio de transferirlos al que le hizo el encargo o a terceros. En la interposición ficticia o fingida se trata de un contratante imaginario que nada adquiere, y todo se radica en el patrimonio del contratante secreto.²²

c.1.2) En la simulación por interposición de personas, las partes se conciertan, saben quién es el verdadero contratante, pero lo ocultan por interposición de un tercero, quien es simple testaferro.²³

c.2) Jurisprudencia

c.2.1) Se ha fallado que no es suficiente que aparezca un tercero comprando la propiedad o uno de los cónyuges y transfiriéndola al otro para tenerlo como interpuesta persona, sino que es menester establecer además que tuvo el móvil, la intención o voluntad de servir de intermediario entre aquellos para que uno pudiera radicar en el otro el dominio del bien. En consecuencia, si el tercero tuvo la intención de adquirir el dominio del inmueble para sí, no puede considerársele como interpósita persona, aunque lo venda al otro cónyuge poco tiempo después.²⁴

c.2.2) Otra sentencia dice que guarda estricta correspondencia con el texto suficientemente claro y explícito del art. 2144 del Código Civil y se conforma con el sentido natural y obvio de la frase “interpuesta o interpósita persona” que se emplea en dicho artículo y que según el Diccionario de la Real Academia Española se aplica al “que interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro, aparentando obrar por cuenta propia”, la doctrina según la cual para que exista la interposición de personas a que se refiere dicha disposición legal es de rigor que esa tercera persona, en el momento de celebrarse el contrato de compraventa, haya tenido la intención de servir en tal carácter, esto es, interviniendo con el solo propósito de llevar a efecto posteriormente un segundo contrato que transfiriese al mandatario el dominio de la misma cosa que le había vendido.

Dentro del referido concepto y de las razones que ha tenido la ley –que no son otras que las de prevenir los abusos o fraudes que, en el ejercicio del mandato, pudiera cometer el mandatario para favorecer sus propios intereses en perjuicio de los de su mandante–, es manifiestamente errada y está en pugna con el referido art. 2144 del Código Civil la tesis conforme a la cual esta disposición se refiere únicamente a la existencia de una tercera persona y que basta, por tanto, que el mandatario compre para sí lo que recibió como encargo de ven-

²² *Ibíd.*, pág. 143.

²³ Santa Cruz Serrano, Víctor, “El Instrumento Público”, *R.D.J.*, tomo 39, primera parte, N° 90, pág. 48.

²⁴ *R.D.J.*, tomo 41, marzo a diciembre de 1944, pág. 466.

der, ya sea que lo compre directamente o por interpósita persona sin entrar a calificar la intención con que éste obra en los contratos en que es parte.²⁵

5. Simulaciones no permitidas por el derecho

Se consideran contrarias a derecho las simulaciones que: a) perjudican a terceros, y b) las destinadas a burlar una incapacidad legal o infringir una norma prohibitiva.

a) Las simulaciones que perjudican a terceros.

a.1) Doctrina

a.1.1) La simulación ilícita es aquella que se celebra con la intención de perjudicar a terceros. Es ilícita, no por el hecho de la simulación, sino porque en ella incide el dolo.²⁶

a.1.2) Si entre la víctima y el autor del daño no existe vínculo obligatorio alguno, la responsabilidad de este último será delictual o cuasidelictual, según que el hecho de donde emana sea doloso o culpable. Es lo que sucede cuando se celebra un contrato simulado en perjuicio de terceros, o en fraude de los derechos de un acreedor: en tales casos, la responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación contractual, sino del hecho ilícito consistente en la celebración misma del contrato simulado o fraudulento.²⁷

a.1.3) En la simulación ilícita se dan cuatro elementos: i) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; ii) esta disconformidad debe ser consciente y deliberada, de lo contrario habrá error; iii) ha de existir acuerdo de las partes, lo que excluye la fuerza y la reserva mental; y iv) la intención de perjudicar a terceros.²⁸

a.1.4) La simulación sólo será ilícita cuando, adicionalmente al engaño de terceros que le es consubstancial, pretenda el perjuicio de aquéllos, en cuyo evento reviste también la naturaleza de un delito civil. En la simu-

²⁵ R.D.J., tomo 27, marzo a diciembre de 1930, pág. 656. En nota a esta sentencia, don Gonzalo Barriga Errázuriz comenta que la doctrina de la Excelentísima Corte Suprema está de acuerdo con la opinión unánime de los autores.

²⁶ Díez Duarte Raúl, op. cit., pág. 105.

²⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, Nº 32, pág. 59, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

²⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*, Nº 141, pág. 101, Editores López-Viñancos, Santiago, 1971.

lación ilícita más que sancionarse el engaño o la disconformidad entre voluntad y declaración, lo realmente punible y que justifica la intervención judicial es la mala fe o la intención fraudulenta que representa el hecho de ejecutar una conducta destinada a perjudicar a terceros. No basta que la simulación cause daños a terceros para estimarla ilícita. Es preciso que los contratantes hayan actuado con la intención positiva de perjudicar a terceros, es decir, se les debe imputar –y acreditar– haber obrado con dolo. No basta para estimar ilícita la simulación cuando las partes han ocasionado con ella daños a terceros por negligencia.²⁹

a.2) Jurisprudencia

a.2.1) Si los jueces del fondo no infringieron las leyes reguladoras de la prueba, no cabe someter a revisión el fallo en cuanto da por establecido una serie de hechos, con cuyo mérito, los dichos jueces, en ejercicio de su facultad privativa, dan por demostrada o establecida la existencia de la simulación de diversos contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, por aparecer de manifiesto, según el mérito de dichos antecedentes, que carecen de causa real y lícita, porque bajo las apariencias de contratos onerosos, sólo tuvieron por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas, colocando a las personas llamadas a suceder al cónyuge difunto, la mujer en el caso, en la imposibilidad de reclamar sus derechos hereditarios, lo que equivale a establecer que tales contratos tiene una causa ilícita. La sentencia recurrida que declara la nulidad de los expresados contratos por carecer de causa real y lícita y por ser ilícita la que indujo a celebrarlos no infringe los artículos 1749 y 1750 del Código Civil, ya que no contiene declaración alguna contraria a dichos preceptos.³⁰

a.2.2) El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo, para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores o impedir su satisfacción.³¹

La simulación ilícita es aquella que se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros y adolece de causa ilícita.³²

b) Las simulaciones destinadas a eludir incapacidades legales o normas prohibitivas.

²⁹ Alcalde Rodríguez, Enrique, "La Simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales", pág. 267, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 27, N° 2 (2000), Sección Estudios.

³⁰ *R.D.J.*, tomo 23, sección primera, pág. 175.

³¹ *R.D.J.*, tomo 55, N°s 1 y 2, año 1958, sección 1ª, págs. 188 y ss.

³² *Ibíd.*, pág. 189.

b.1) Doctrina

Hay diversos artículos del Código Civil que se ocupan de las simulaciones destinadas a eludir incapacidades legales o normas prohibitivas.

Así sucede, por vía ejemplar, en los siguientes casos:

- Art. 966: Será nula la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona.
- Art. 1314, inc. 1º: El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, o invertirla en un objeto ilícito.
- Art. 2144: No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.
- Art. 1796: Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.³³

b.2) Jurisprudencia

b.2.1) Compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (hoy, no separados judicialmente).

Es nulo de nulidad absoluta el contrato de venta de una propiedad perteneciente a una comunidad formada por el marido y un tercero, hecho a otra comunidad formada por la mujer y el mismo tercero, si no se trata de cónyuges divorciados perpetuamente.³⁴

b.2.2) Estipulación con el padre de familia a favor del hijo de familia (hoy, bajo patria potestad).

Es nula la compraventa estipulada con el padre de familia a favor del hijo (no emancipado), aun cuando al aceptarla éste haya dejado de tener esta calidad y, por tanto, el fallo que la declara válida es nulo porque infringe el artículo 1796 del Código Civil.³⁵

³³ Texto vigente conforme a modificación introducida por el artículo tercero, número 33 de la Ley 19.947, que "Establece nueva ley de matrimonio civil", publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004.

³⁴ *R.D.J.*, tomo 19, sección 1ª, pág. 128.

³⁵ *R.D.J.*, tomo 31, sección 1ª, pág. 43. Hay comentario de don Leopoldo Ortega N.

6. Acción de simulación

a) Doctrina

a.1) La acción de simulación es declarativa; tiende no a la condena del obligado a una prestación, sino a hacer reconocer la inexistencia de una relación jurídica o la existencia de otra distinta.³⁶

Es consecuencia de la naturaleza declarativa de la acción de simulación su imprescriptibilidad. El contrato simulado es inexistente, y lo que no existe no adquiere vida por el solo transcurso del tiempo, la acción para el reconocimiento de esa inexistencia es siempre admisible.³⁷⁻³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰

a.2) Dentro de la clasificación de las acciones que las leyes procesales hacen, se aceptan dos grandes divisiones: acciones reales y personales. La acción de simulación sigue la regla general de ser una acción personal porque no existen más acciones reales que las que emanan de los derechos reales.⁴¹⁻⁴²

b) Jurisprudencia

b.1) Si los jueces del fondo no infringieron las leyes reguladoras de la prueba, no cabe someter a revisión el fallo en cuanto da por esta-

³⁶ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 205.

³⁷ *Ibíd.*, pág. 207. En el mismo sentido: Parra Labarca, Ricardo A., *La Simulación (Doctrina y Jurisprudencia)*, tomo I, págs. 505 y 601. Ediciones Jurídicas La Ley, 1994.

³⁸ León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 118, págs. 193 y 194, expresa que la adquisición de la cosa objeto del contrato por medio de la prescripción adquisitiva o la acción de nulidad que debe deducirse con la simulación se rigen por las reglas generales. De este modo, la acción de simulación será inoperante si han prescrito esas acciones. Cfr. Díez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 225.

³⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Tomo II, N° 1505, pág. 365, Editorial Jurídica de Chile, Colombia, 1998, afirman que la acción de simulación prescribe porque el principio general es el de la prescriptibilidad de las acciones salvo las que la ley declara imprescriptibles en forma expresa.

⁴⁰ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, pág. 154, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Este tratadista piensa que el tiempo de prescripción de la acción de simulación es el lapso general de 5 años que la ley establece para las acciones personales, a menos que la acción de simulación emane de un delito civil, en cuyo caso la prescripción será de cuatro años, contados desde la fecha del contrato simulado.

⁴¹ Parra Labarca, Ricardo A., op. cit., pág. 502. Sin embargo, en estricto sentido, este autor señala que la acción de simulación no es personal ni real, sino simplemente declarativa o de reconocimiento (págs. 501 a 503).

⁴² Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, op. cit., tomo II, N° 1504, pág. 364, afirman que la acción de simulación es una acción personal y declarativa.

blecidos una serie de hechos, con cuyo mérito los dichos jueces, en ejercicio de su facultad privativa, dan por demostrada o establecida la existencia de la simulación de diversos contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, por aparecer de manifiesto, según el mérito de dichos antecedentes, que carecen de causa real y lícita, porque bajo las apariencias de contratos onerosos, sólo tuvieron por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas, colocando a las personas llamadas a suceder al cónyuge difunto, la mujer en el caso, en la imposibilidad de reclamar sus derechos hereditarios, lo que equivale a establecer que tales contratos tienen una causa ilícita.⁴³

b.2) Aunque el contrato de trabajo dé testimonio de que el empleado u obrero desempeñaría un determinado trabajo, ello no obsta a que pueda ser invalidado o modificado por consentimiento mutuo de los contratantes, y, por tanto, reconocido por el empleador que ambos de hecho modificaron el contrato, procede tomar en cuenta la prueba producida por el empleado sobre la naturaleza y duración de sus nuevas funciones, prevaleciendo sobre el contrato escrito de trabajo.⁴⁴

b.3) En la simulación hay un elemento de ficción y la acción respectiva se endereza a establecer que, bajo el disfraz de un acto aparente, o no hay ningún acto o existe otro diverso y que se persigue mantener ignorado: luego se trata de establecer la voluntad real y verídica de los pactantes y hacerla primar sobre la voluntad que falsamente expresaron.⁴⁵

b.4) La simulación tiene causa y es la que se denomina causa *simulandi*, entendiéndose por tal el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que le corresponde; es el porqué del engaño.⁴⁶

⁴³ R.D.J., tomo 23, sección 1ª, pág. 176. Año 1926.

⁴⁴ R.D.J., tomo 31, sección 1ª, pág. 65. Año 1934.

⁴⁵ R.D.J., tomo 31, sección segunda, pág. 65. Año 1934.

⁴⁶ R.D.J., tomo 58, sección segunda, pág. 21. Año 1961.

7. ¿Quién puede invocar la simulación?

a) Doctrina

a.1) ¿Pueden hacerla valer las partes y los terceros, o sólo los terceros?

La doctrina está dividida:

a.1.1) Es antigua la creencia de que no se da entre partes la prueba de la simulación. Los contratantes, se dice, no pueden llamarse a engaño, no pueden intentar descubrir la ficción frente al público para mejorar su posición jurídica: *nemo auditur turpitudinem propriam allegans* (no será oído quien alega su propia torpeza). Hoy no se toma en serio esta teoría, porque en el derecho intermedio tenía cabida sólo en el caso de violación de una ley prohibitiva o en la ofensa a las buenas costumbres, y no se aplica a la simulación que, en sí misma, no está prohibida ni ofende la moral pública. El contratante que impugna la simulación no se funda en su propia torpeza, sino en la falta de consentimiento.⁴⁷

La presunción de sinceridad de las declaraciones dispositivas puede ser impugnada por las partes, probando que no son sinceras, que en todo o en parte son simuladas.⁴⁸

a.1.2) En contrario al parecer anterior de Ferrara, se expresa que la simulación es un engaño que urden las partes con el propósito de perjudicar a terceros. Es obvio, se sostiene, que las partes no pretenden engañarse a sí mismas, pues bien saben lo que realmente quieren. Por eso, en las relaciones recíprocas de las partes el acto simulado no existe, rigiéndose éstas por su voluntad real.⁴⁹ La acción de simulación la ejercen los terceros a quienes la simulación perjudica para que el juez declare la voluntad real de las partes.⁵⁰

b) Jurisprudencia

Se ha referido a tres disposiciones legales para resolver materias relacionadas con la simulación, esto es, los artículos 1700, 1707 y 1876, inc. 2º, todos del Código Civil:

⁴⁷ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 183.

⁴⁸ Santa Cruz Serrano, Víctor, artículo citado, N° 80, pág. 44.

⁴⁹ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, pág. 147, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 153.

b.1) Artículo 1700 C.C.

b.1.1) Las partes

La fe de los instrumentos públicos no obsta a su impugnación. Si bien es cierto que el instrumento público hace plena fe en cuanto a las declaraciones que las partes hagan en ellos y que este mérito probatorio es bastante para dispensar de toda prueba a quien aduce el hecho jurídico de que da constancia el instrumento, tal mérito se destruye cuando la contraparte o el tercero rinde la prueba contraria al hecho allí constatado. El artículo 1700 nada contiene que se oponga a esta impugnación.⁵¹

El instrumento público, en la parte dispositiva de su contenido, sólo hace fe en cuanto al hecho de haberse formulado las declaraciones de los interesados que lo suscriben, pero no hace fe respecto de la verdad o sinceridad de las mismas, no obstante presumirse su veracidad de acuerdo con las reglas del *onus probandi*. Y tal presunción de verdad dura mientras no se pruebe lo contrario; en consecuencia, esas declaraciones pueden ser impugnadas por las partes o por terceros.⁵²

En contrario, se ha fallado que como ampliación del principio contenido en el art. 1700 del Código Civil el inc. 2º del art. 1876 del mismo Código no admite prueba alguna en contrario de la aseveración hecha por las partes en la escritura, de haberse pagado el precio, salvo la encaminada a probar que la escritura es nula o falsificada.⁵³

b.1.2) Los terceros

Es propio de los instrumentos públicos o auténticos hacer fe contra todo el mundo y no sólo respecto de los declarantes, en cuanto a lo que en él han dicho los interesados. Tal presunción de verdad debe subsistir mien-

⁵¹ R.D.J., tomo 22, sección 1ª, pág. 272. En contrario, no admite la confesión de los otorgantes para probar la simulación la jurisprudencia publicada en R.D.J., tomo 41, sección 1ª, pág. 466. Véase tomo 52, sección 2ª, pág. 62.

⁵² R.D.J., tomo 54, sección 1ª, pág. 19.

⁵³ R.D.J., tomo 33, sección 2ª, pág. 65. Manuel Somarriva Undurraga en su libro *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, N° 155, págs. 113 y 114, Editorial Nascimento, 1939, dice que tales ideas son erróneas, porque la mejor confirmación de que por regla general las partes pueden probar contra las declaraciones que hagan en un instrumento público es precisamente el inciso 2º del artículo 1876, porque si el legislador en este caso necesitó decir, y lo dijo, que las partes no podían probar contra la declaración contenida en la escritura de haberse pagado el precio, es porque por regla general las partes son admitidas a probar en contra de lo declarado en un instrumento. De lo contrario, la citada disposición sería inútil, carecería de objeto, y no es dable presumir que el sabio legislador coloque una disposición innecesaria. Cita en su apoyo: R.D.J., tomo 29, sección 1ª, pág. 148; y tomo 10, sección 1ª, pág. 434.

tras no se pruebe lo contrario. El artículo 1700 sólo previene que los instrumentos públicos no constituyen plena prueba frente a terceros; éstos pueden probar que no son verdaderas las declaraciones de las partes contratantes. En consecuencia los terceros que desean desvirtuar el valor probatorio de tales documentos deben producir la correspondiente prueba en contrario.⁵⁴

La escritura pública no hace fe contra terceros respecto de las declaraciones que en ella hacen los comparecientes, quienes pueden excepcionarse con la falsedad o simulación de esas declaraciones. Y al efecto, para acreditar los hechos en que se funda la falsedad o simulación, pueden hacerse valer todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, entre los cuales se cuentan las presunciones.⁵⁵

b.2) Artículo 1707 del Código Civil

b.2.1) Las partes

La regla de no poderse alterar por escrituras privadas lo pactado por escritura pública sólo es dictada a favor de terceros y no a favor de los contratantes mismos.⁵⁶

Si bien las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos contra terceros, nada obsta a que puedan surtir efectos contra las mismas partes contratantes. Ninguna disposición legal lo prohíbe y de la disposición legal del artículo 1707 se deduce, a contrario sensu, que las contraescrituras privadas pueden alterar para las partes lo pactado en escritura pública, siempre que la alteración no sea de tal naturaleza que deba, con arreglo a preceptos especiales de la ley, constar por instrumento público.⁵⁷

La contraescritura privada mandada a tener por reconocida por el juez que ha sido aceptada y admitida por la parte en contra de quien se acompañó, que es el apoyo básico de la acción y que contiene la última y verdadera convención de los contratantes, produce pleno efecto contra los que la otorgaron y por lo tanto modifica, con sujeción a sus cláusulas, la que antes habían acordado por una escritura pública ficticia. Por aplicación del artículo 1545 del Código Civil, las verdaderas convenciones deben primar sobre las simuladas, ya que no existe razón para hacer prevalecer la ficción

⁵⁴ *R.D.J.*, tomo 38, sección 1ª, pág. 283. *R.D.J.*, tomo 40, sección 2ª, pág. 65.

⁵⁵ *R.D.J.*, tomo 17, sección 1ª, pág. 279.

⁵⁶ *Gaceta de los Tribunales*, 1875, N° 3133, pág. 1503.

⁵⁷ *Gaceta de los Tribunales*, 1904, tomo 2º, N° 1652, pág. 789 (Considerando 10º, pág. 790).

sobre la realidad. La única limitación que impone el legislador en el artículo 1707 de ese Código dice relación con el resguardo que toma respecto de los terceros; para éstos no produce efectos, pero en cuanto a los otorgantes su eficacia es total.⁵⁸

En un contrato solemne, como el de compraventa de un bien raíz, debe diferenciarse entre las solemnidades que la ley requiere para su celebración y las obligaciones que derivan de ese contrato y que no se refieren al inmueble en sí mismo. Tiene eficacia legal un documento privado reconocido o tenido como tal que modifica una de las obligaciones personales emanadas de la compraventa de un bien raíz, como es la forma de pagar el saldo de precio de una manera distinta a la acordada en el contrato solemne original.⁵⁹

b.2.2) Los terceros

Los terceros contra los cuales se pretende hacer valer las declaraciones de una escritura pública en cuyo otorgamiento no han intervenido, para excepcionarse con la simulación, pueden acreditar los hechos en que la fundan con todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, incluso las presunciones.⁶⁰

Si el deudor, después de estar declarado en quiebra, reconoce la autenticidad de un instrumento privado, en el cual se altera lo declarado en una escritura pública anterior, el reconocimiento no afecta los derechos de los acreedores. Estos son terceros que pueden hacer valer sus derechos en cuanto pueden ser perjudicados por la convención.⁶¹

b.3) Artículo 1876 inc. 2º del Código Civil

b.3.1) Las partes

La disposición del inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil, que prescribe: "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".

⁵⁸ *R.D.J.*, tomo 79, sección 1ª, pág. 40.

⁵⁹ *Fallos del Mes*, N° 209, sentencia 3, pág. 37 (Considerandos 5º y 6º, págs. 39 y 40).

⁶⁰ *Gaceta de los Tribunales*, 1918, tomo 2, N° 270, pág. 857, *R.D.J.*, tomo 17, sec. 1ª, pág. 279; *R.D.J.*, tomo 22, sec. 1ª, pág. 272.

⁶¹ *R.D.J.*, tomo 10, sec. 1ª, pág. 239.

La inadmisibilidad de la prueba se refiere directamente a los contratantes y se corrobora si se advierte que la única parte que podría ofrecerla para destruir la afirmación de haberse pagado el precio sería el vendedor en juicio promovido en contra del comprador, ya que sólo a esta parte afectaría esa falta de cumplimiento del contrato, prueba que no interesaría producir a terceros, aparte de que carecerían de elementos para justificarlo.⁶²

La sentencia recurrida ha infringido el art. 1876 del Código Civil al declarar resuelto el contrato de compraventa por falta de pago del precio, aceptando como prueba contraria a lo establecido en dicho contrato, la confesión prestada por el demandado, error de derecho que ha influido de manera substancial en lo dispositivo, pues, de hacer respetado lo prescrito en aquella norma, no podría haber aceptado tal prueba ni ninguna otra que no fuera la de nulidad o falsificación de la escritura, cuyo no es el caso sublite, debiendo, consecuentemente, haber rechazado la acción resolutoria interpuesta.

Expresándose en la escritura pública que se recibió el precio en dinero efectivo, no procede la resolución del contrato de compraventa aunque el comprador haya confesado en otro juicio que el pago se verificó en forma distinta a la indicada en la escritura.

El reconocimiento hecho por el comprador dentro del juicio de resolución del contrato, de no haberse pagado el precio, no puede cambiar el alcance jurídico que los contratantes dieron a la estipulación consignada en la escritura pública de venta, de considerar en este acto completamente pagado y recibido el precio de la compraventa celebrada entre ellos, agregando que la circunstancia de que el comprador no entregara realmente la suma que representaba el valor de la cosa vendida y la retuviera en su poder, sin estipulación previa, da origen a otras acciones a favor del vendedor, pero no la resolución por falta de pago del precio.

La inadmisibilidad de cualquier clase de prueba respecto de la declaración de haberse pagado el precio se refiere directamente a los contratantes, según se desprende del tenor literal del art. 1876 del Código Civil.

La sentencia que bajo los supuestos anteriores acoge la resolución del contrato de compraventa infringe el art. 1876 del señalado Código.⁶³

⁶² R. D. J. tomo 33, sec. 1ª, pág. 237.

⁶³ Corte Suprema, 29 de mayo 2000. *Fallos del Mes* Nº 498, pág. 833.

b.3.2) Los terceros

La declaración de haberse pagado el precio puede ser impugnada por los terceros. Sólo se refiere a las partes contratantes la disposición del artículo 1876 en cuanto dice 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 dicha escritura. Contra los terceros que no han intervenido en la escritura no hacen fe las declaraciones de los otorgantes.⁶⁴

b.3.3) Las partes y los terceros

El artículo 1876 rige respecto de las partes y de los terceros.⁶⁵

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 el comprador, porque la prohibición establecida en la referida norma legal no permite hacer distinción entre las partes directamente contratantes y los terceros.⁶⁶

8. Debe invocarse un interés legítimo

a) Doctrina

Para poder ejercitar una acción de simulación se necesita: ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente; y probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.⁶⁷

b) Jurisprudencia

El único requisito necesario para ejercitar la acción de simulación es la existencia de un interés jurídico en el actor, o sea, tener interés en interponer una demanda para que se declare o afirme la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas, y que ha surgido, con su violación o amenaza, la necesidad de la tutela jurídica. Para ejercitar

⁶⁴ R.D.J., tomo 17, sec. 1ª, pág. 279 (Consid. 11, pág. 287), R.D.J., tomo 23, sec. 1ª, p. 175 (Consid. 5º, pág. 182).

⁶⁵ *Repertorio Código Civil*, tomo VII, pág. 380, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁶⁶ Corte Suprema, 11 de junio de 2003. "Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Limitada y Banco Internacional - rol de ingreso Corte Suprema N°1.155-2002.

⁶⁷ Ferrara, Francesco, op. cit., pág. 211; Diez Duarte, Raúl, op. cit., N°s 154 y 155, pág. 209.

una acción de simulación se necesita: 1º) ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente; y 2º) probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.⁶⁸

c) Inhabilidades para ejercitar la acción de simulación o de la nulidad absoluta

c.1) Acción de simulación

c.1.1) El heredero del vendedor no puede desconocer los términos de la escritura pública de venta cuya nulidad demanda, pues esa escritura hace plena fe en su contra, tanto en orden a las declaraciones hechas en ella por los interesados como a las obligaciones y descargos que contiene. Por tanto, la prueba testimonial y documental del actor, encaminada a establecer la simulación del contrato, por falta de precio, es inaceptable e ineficaz y no puede prevalecer a la fuerza probatoria de un documento que debe tenerse, respecto al demandante, por absolutamente veraz e indestructible y en el cual aparece determinado el precio de la cosa vendida.⁶⁹

c.1.2) En cuanto a la verdad de las declaraciones que hayan hecho los interesados en una escritura pública, hace plena fe contra los herederos de los mismos (C. Civil, art. 1700 en relación con el art. 1097). En consecuencia, no pueden alegar ellos que el contrato solemnizado con esa escritura pública era simulado.⁷⁰

c.2) Situación del heredero del contratante que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (Art. 1683 C.C.)

c.2.1) Doctrina

Don Gonzalo Barriga Errázuriz⁷¹ sostiene que la prohibición del artículo 1683 que afectaba al causante no alcanza a los herederos. Se funda en los siguientes argumentos:

a. En la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, conforme

⁶⁸ R.D.J., tomo 55, N°s 1 y 2, sección 1ª, pág. 188, año 1958.

⁶⁹ R.D.J., tomo 25, sección 1ª, pág. 390.

⁷⁰ R.D.J., tomo 82, sección 2ª, pág. 103.

⁷¹ Comentario al fallo publicado en la R.D.J., tomo 32, sección 1ª, pág. 100. Arturo Alessandri Besa adhiere a la tesis del señor Barriga, en *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, segunda edición, N° 654, págs. 598 a 601, Ediar-ConoSur Ltda.

a la cual "nadie podía alegar su propia inmoralidad" (Delvincourt) y los herederos no alegan su propia inmoralidad, sino la ajena (del causante);

b. La prohibición del art. 1683 constituye una inhabilidad que es intransmisible. Se trata de una verdadera incapacidad o inhabilidad, que es excepcional y debe interpretarse restrictivamente. Dentro de los términos literales de la ley no puede extenderse a los herederos tal inhabilidad o incapacidad. Cuando la ley ha querido que la inhabilidad alcance a los herederos lo ha dicho expresamente, como acontece en el art. 1685.

c. El heredero que pide la declaración de nulidad lo hace en virtud de un derecho propio que le confiere la ley, y no como heredero del causante que ejecutó el acto; y

d. La prohibición del artículo 1683 tiende a evitar que quien ejecutó el acto con conocimiento del vicio que lo invalidaba se aproveche de su propia mala fe.

c.2.2) Jurisprudencia

Está dividida:

c.2.2.1) No se acepta que el heredero intente la acción de nulidad absoluta.

El heredero de la persona que compra una propiedad a sabiendas de que estaba sujeta a una prohibición judicial de gravar y enajenar no puede solicitar, en ese carácter, que se declare la nulidad de ese contrato celebrado por su causante, fundándose en que, según el artículo 1464 del Código Civil, hubo objeto ilícito, pues carece de derecho para accionar en este caso.⁷²

Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna, le suceden en todos los derechos y obligaciones contractuales y transmisibles con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cujus, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero.⁷³

⁷² R.D.J., tomo 19, sección 1ª, pág. 325; tomo 25, sección 1ª, pág. 390; tomo 28, sección 1ª, pág. 133; tomo 29, sección 1ª, pág. 250; tomo 32, sección 1ª, pág. 100; y tomo 36, sección 1ª, pág. 289.

⁷³ R.D.J., tomo 32, sección 1ª, pág. 100.

Ello no significa que el heredero sea responsable del dolo o culpa de su antecesor, sino sólo que, como tal, no puede invocar un derecho que no tenía su causante y que, además, no emana del contrato cuya nulidad se pretende obtener.⁷⁴

c.2.2.2) Se acepta que el heredero intente la acción de nulidad absoluta.⁷⁵

La regla del art. 1683 del Código Civil en cuanto prohíbe alegar la nulidad absoluta al que pacta un contrato a sabiendas del vicio de lo invalidaba, o no pudiendo menos de conocerlo, establece una excepción al principio general contenido en el mismo precepto, en virtud del cual la acción de nulidad compete a todo el que tenga interés en ello.

Siendo ésa una excepción, la incapacidad o inhabilidad especial que establece no puede aplicarse a otras personas sino a aquellas que señala determinadamente el texto de la ley; de lo que se sigue que, como el tenor del art. 1683 del Código Civil no priva de un modo expreso y categórico de ejercitar la acción de nulidad de un contrato al heredero de quien lo celebró conociendo o debiendo conocer el vicio que lo anulaba, todo intento de extender a él la mencionada inhabilidad o incapacidad significa una extralimitación de la norma especial, cuyo alcance, por ser de excepción, no puede ampliarse más allá del radio precisado por su tenor literal.

Tal conclusión se concilia con el objetivo de la mencionada regla excepción, que se funda en el propósito de impedir que el que contrató a sabiendas de que lo pactado era nulo pueda favorecerse con su propia culpa, es decir, se establece una sanción contra el contratante doloso, mediante la prohibición de alegar su propia inmoralidad en su propio beneficio.

La inmoralidad anexa a esa culpa deriva de un estado de conciencia de que lo que va a ejecutar pugna con la moralidad, a la vez que de la voluntad o intención positiva de dañar a otro en su persona o en sus bienes; y sin infringir con ello la más elemental noción de equidad ese fenómeno subjetivo e interno, propio del que pactó en tales condiciones, no puede ser imputado a quien no participó en la celebración del contrato ni, para anularla, alega su propia inmoralidad, sino la ajena.

⁷⁴ R.D.J., tomo 36, sección 1ª, pág. 289.

⁷⁵ R.D.J., tomo 33, sección 2ª, N°s 9 y 10, pág. 65; tomo 34, sección 2ª, pág. 33; y tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

El heredero, aun a sabiendas de la proyectada inmoralidad de su causante, no estaría en situación de impedir su realización, por no disponer de una acción tendiente a ese objeto.

El heredero no ejercita una acción que haya adquirido de su causante, sino que acciona con un derecho propio, apoyándose en la ley que lo confiere a todo el que tenga interés en ejercitarlo.

No empece a esta aseveración la circunstancia de que el heredero para justificar su interés en obtener la nulidad absoluta la justifique con su calidad de tal respecto de un causante impedido por la ley de ejercitar el mismo derecho, porque en realidad todo tercero que no haya sido parte en el contrato y que pretenda anularlo alegando tener interés en ello, deberá derivar ese interés del nexo jurídico que lo vincula a alguna de las partes de la convención, sea como heredero, legatario, cesionario o adquirente.

De esta consideración, surge nítida la diferencia entre el interés para alegar la nulidad absoluta, que es el requisito exigido por la ley, y el origen de aquel interés, que no es lo que se invoca como fundamento preciso del derecho conferido por el art. 1683 del Código Civil.

De otro modo, habría que concluir que no sólo el heredero, sino que todo otro tercero que arranque su interés del vínculo jurídico que lo une a un causante que pactó con la inmoralidad que se sanciona con la mencionada disposición, quedaría afecto tácitamente a la regla prohibitiva que ella contiene; y para rechazar esta interpretación, basta considerar que ella conduciría a hacer prácticamente imposible, en la mayoría de los casos, el ejercicio de la nulidad absoluta.

Si el tercero vinculado a un contratante sancionado con la incapacidad o inhabilidad que señala el art. 1683 puede ejercitar la acción de nulidad absoluta, en razón del interés que arraiga en aquel vínculo, no se divisa la razón para que el heredero del mismo contratante sea privado del ejercicio de esa acción, no obstante tener también interés en ello.

No es aplicable en dicho caso lo dispuesto por los arts. 951 y 1097 del Código Civil.

Si se pretende que la prohibición del art. 1683 de dicho Código pesa sobre el heredero en razón de constituir una consecuencia o efecto civil de la actitud culpable o dolosa del causante, habría que aceptar la contradicción de que el legislador, procurando tal objetivo, habría escogido para

realizarlo un medio inconducente, como sería la aludida inhabilidad o incapacidad, que no se hereda ni se transmite de conformidad con los principios generales.

La nulidad absoluta no se ha establecido como sanción contra la actitud dolosa de quien pactó a sabiendas o debiendo saber que el contrato era nulo, sino que es un vicio del pacto, que la afecta de modo directo, sin consideración a determinada persona; de manera que, si se demanda esa nulidad contra el heredero de quien lo pactó en conocimiento de que era nulo o debiendo saberlo, éste responde, como tal heredero, como sucesor de los derechos y obligaciones transmisibles de su causante con sus calidades y vicios. La inhabilidad o incapacidad del art. 1683 ha sido impuesta a determinada persona, al que contrató inmoralmente, y esa inhabilidad no se transmite ni hereda.

No existe precepto legal alguno que disponga expresamente que la acción de nulidad sólo puede ejercitarse contra la persona que celebró una convención sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba y que, por tanto, no proceda contra el heredero de esa persona.

No hay, en consecuencia, similitud entre las situaciones propuestas y el derecho del heredero para ejercitar la nulidad absoluta, no obstante de estar su causante inhabilitado de ejercerla; no es obstáculo para que el mismo heredero sea demandado con la misma acción por la contraparte de su causante en el contrato que se trata de invalidar.

Mientras el fundamento de la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil radica en la circunstancia de haber contratado la parte afecta a tal inhabilidad sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el contrato, la del art. 1685 se establece en razón del dolo, esto es, de la maquinación fraudulenta utilizada para inducir con engaño a alguien a contratar; en el primer caso la ley contempla un fenómeno subjetivo, un estado pasivo; en el segundo exige no sólo intención de engañar, sino acción encaminada a tal fin. De modo que ambas situaciones no son equivalentes y no siéndolo, no puede entenderse que la sanción que se aplica en una, en razón de un fundamento preciso, haya de igualarse en sus efectos a la otra, que deriva de un fundamento distinto. En tal evento la ley deseó ser más severa y al efecto hubo de consignar expresamente que la prohibición impuesta al autor del dolo se extendería a sus herederos y cesionarios, lo que no se habría necesitado si en la mente del legislador hubiera existido idéntico propósito al establecer la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil.

Si la prohibición de este artículo se extendiera al heredero, habría que aceptar el contrasentido de que la ley a la vez que sanciona ciertos vicios con la nulidad absoluta y extiende el ejercicio de la acción a todo el que tenga interés en ello, simultáneamente y en el mismo precepto, impondría trabas a ese ejercicio que lo haría imposible en la mayoría de los casos. En efecto, el art. 1682 dispone que es absoluta la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen; y si se examinan las correspondientes disposiciones del Código Civil se comprueba que hay objeto ilícito en lo que contraviene al Derecho Público chileno, en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y de los derechos y privilegios intransmisibles y que es causa ilícita la prohibida por las leyes o contraria al orden público o las buenas costumbres. De modo que los contratantes que han pactado con alguno de tales vicios, por cuanto la ley se presume conocida de todos, han conocido el vicio que invalidaba el contrato al tiempo de celebrarlo; y por la misma razón, debe suponerse que han conocido los requisitos o solemnidades a que hace mención el inciso 1º del art. 1683; de todo lo cual se evidencia que en tales casos, los dos contratantes se encuentran afectados a la inhabilidad del art. 1683. Ahora bien, si se conceptúa que tal incapacidad se amplía al heredero del causante que pactó en tal estado de ánimo doloso o culpable, resultaría el absurdo antes indicado, pues, por una parte, la ley establece la sanción de la nulidad absoluta y por la otra impide el ejercicio de la acción a todos los que posteriormente puedan tener interés en ejercitarla en razón del vínculo jurídico que justifique tal interés.

En consecuencia, el heredero de uno de los contratantes tiene derecho para ejercitar la acción de nulidad en razón del interés emanado de su calidad de heredero, sin que obste a ello la circunstancia de que pueda afectar a su causante la inhabilidad prevenida en el art. 1683 del Código Civil.

9. Prueba de la simulación

a) Doctrina

a.1) Prueba de la simulación por las partes

Doctrina:

La simulación es, respecto de las partes, una forma de manifestar el consentimiento, lo cual hace concluir que su reglamentación quedará sujeta a las normas de la responsabilidad contractual, como obligatoriedad, capacidad y prueba, del título XXI, del Libro IV del Código Civil. Contra la admisibilidad de todo medio de prueba se alzarán el principio que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, así como el que deberán constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Y su corolario en virtud del cual no es admisible prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo, o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas ediciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma (artículos 1707, 1708 y 1709).⁷⁶

La carencia de la contraescritura sólo se podrá justificar, conforme al artículo 1711, por la existencia de un principio de prueba por escrito, por la imposibilidad de obtener una prueba escrita, o, por último, en los casos especialmente exceptuados por el propio legislador. Esta última excepción tendrá cabida, en un caso de simulación relativa, siempre que la convención realmente celebrada haya sido el contrato de comodato (artículo 2175).⁷⁷

En caso que las partes no hayan otorgado contraescritura, ni puedan justificar su carencia por alguna de las tres excepciones que señala el artículo 1711, quedará como último recurso valerse de la confesión de la parte y se tendrá probada la simulación absoluta o relativa de la convención, salvo que, tratándose de la simulación relativa, el contrato o convención realmente celebrado requiera como solemnidad un instrumento escrito, sea privado, como en la promesa de contrato, o un instrumento público, como en el artículo 1701.⁷⁸

⁷⁶ Díez Duarte, Raúl, op. cit., N° 132, págs. 174 y 175.

⁷⁷ Díez Duarte, Raúl, op. cit., pág. 176.

⁷⁸ *Ibíd.*, págs. 176 y 177.

Jurisprudencia:

– Los artículos 1708 y 1709 del Código Civil proscriben la prueba de testigos para acreditar obligaciones que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Se aplican a las relaciones jurídicas gobernadas por el Código Civil, pero no a las que tienen su fuente en los pagarés y las que pertenecen al ámbito del Código de Comercio.⁷⁹

– El artículo 1709 del Código no se refiere a aquellos actos o contratos solemnes, en que la solemnidad consiste generalmente en la escritura pública que debe otorgarse para su perfeccionamiento, de los cuales trata el artículo 1701, sino que rige aquellos actos o contratos que no requieren tal solemnidad, y que si versan sobre la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos (hoy más de dos unidades tributarias), no se admite a su respecto la prueba de testigos, ya que deberán constar por escrito. En este caso la escritura no es exigida como solemnidad, sino únicamente para los efectos de la prueba, *ad probationem*. La falta de la escritura no acarrea la nulidad del acto o contrato, sino que no admite que se pruebe por testigos. Faltando la escritura, el acto es válido y puede establecerse por la confesión de la parte a quien se opone o por otros medios de prueba, a excepción de la testimonial.⁸⁰

– No se admite la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (art.1708), y deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (art.1709, inc. 1º).

Como observa un autor, la ley, en el principio restrictivo de la admisibilidad de la prueba testimonial, comprende todos los actos jurídicos cuyo objeto verse sobre una cosa de valor superior al señalado, sea que el objeto consista en dar, hacer o no hacer una cosa que exceda al antedicho valor; comprende –agregan otros autores– todos los actos jurídicos cuyo resultado directo y necesario es crear, transferir, modificar, confirmar, reconocer o, en fin, extinguir un derecho o una obligación. Es aplicable a los actos jurídicos unilaterales o bilaterales y engloba, por lo tanto, la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el depósito, la transacción, el pago –que, precisamente, contiene la entrega de la cosa pagada–, la novación, la remisión, etc.⁸¹

⁷⁹ *Gaceta Jurídica* N° 100, sent. 2, pág. 57.

⁸⁰ *R.D.J.*, tomo 40, sec. 2ª, pág. 75.

⁸¹ *R.D.J.*, tomo 82, sección 1ª, pág. 46.

– Admisión de otros medios probatorios cuando se excluye el de testigos:

a) La ley al prohibir la prueba de testigos cuando se demanda una cosa que vale más de doscientos pesos (hoy más de dos unidades tributarias), no impide que se acrediten los hechos en que se funda la petición por otros medios probatorios, incluso las presunciones judiciales; una de éstas puede constituir plena prueba si a juicio del tribunal tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, circunstancias que los jueces del fondo aprecian con facultad privativa.

En consecuencia, la sentencia recurrida que acoge la demanda en que se pide la entrega de una cantidad superior a doscientos pesos (hoy superior a dos unidades tributarias), dando por probados los hechos en que se funda con una presunción judicial que el tribunal deduce, entre otros antecedentes, de la declaración de un testigo, no infringe los artículos 1709, 1710 y 1711 del Código Civil, 384 (antiguo 374) y 426 (antiguo 428) del Código de Procedimiento Civil.⁸²

a.2) Prueba de la simulación por terceros

Doctrina:

– Para los terceros, la prueba de la simulación ilícita no es la demostración de la celebración de un acto jurídico bilateral, ya sea convención propiamente tal o contrato, como lo es para las partes. Para el tercero perjudicado, la simulación ilícita es un delito civil, es decir, un hecho jurídico cuya prueba no puede regirse por el título XXI del Libro IV del Código Civil, que sólo se refiere a la prueba de la responsabilidad contractual. La simulación ilícita, respecto del tercero o terceros perjudicados, es un delito civil, que se rige por el Título XXXV, “De los delitos y cuasidelitos”, del mismo Libro IV. En consecuencia, la capacidad de los simuladores, respecto del tercero perjudicado, no se regirá por el artículo 1447, sino por el artículo 2319; la responsabilidad de los simuladores no será la señalada por el artículo 1511, sino en todo caso la solidaridad que señala el artículo 2317 y, por último, respecto a su prueba, no habrá ninguna limitación como ocurre con la responsabilidad contractual.⁸³

⁸² R.D.J., tomo 23, sección 1ª, pág. 58.

⁸³ Diez Duarte, Raúl, op. cit., págs. 185 y 186.

– Respecto del tercero, cabe recurrir a la prueba de testigos y a las presunciones.⁸⁴

– Verdaderamente eficaz, y de resultado, sólo tenemos la prueba por presunciones, que es el auxilio a que normalmente acuden los terceros al impugnar la simulación.⁸⁵

El punto de partida de la simulación es la causa *simulandi*, esto es, el porqué del engaño, la cual ha de ser suficiente e idónea para justificar el contrato falso u oculto y además debe ser contemporánea del acto que se intenta impugnar. De allí caben las inducciones que habrá de admitir el juez cuando sean graves, precisas y concordantes, decidiendo, según el número (aunque una sola puede ser decisiva) e importancia de las mismas a su prudente arbitrio.⁸⁶

Jurisprudencia:

– La simulación, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substraerá a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno.⁸⁷

– Tal como los actos sinceros, los simulados o insinceros obedecen a una causa o razón suficiente que explica el acto o contrato simulado, y comprobada su existencia, cabe probar la simulación misma. Esta prueba no puede ser directa, porque las partes se han cuidado de rodear al acto simulado (o mentiroso) de todas las apariencias de realidad, por lo cual no queda sino recurrir a la prueba de presunciones para establecer la no existencia real del acto o contrato simulado.⁸⁸

– Para acreditar los hechos en que se funda la falsedad o simulación pueden hacerse valer todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, entre los cuales se cuentan las presunciones.⁸⁹

⁸⁴ Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Séptimo, Las Obligaciones (Segunda Parte), N° 973, pág. 286, Cultural S.A., Habana, 1945.

⁸⁵ Ferrara, Francesco, op. cit., N° 7121, pág. 192.

⁸⁶ Ferrara, Francesco, op. cit., N° 7122, págs. 192 y 193.

⁸⁷ R.D.J., tomo 55, N° 1 y 2, sección 1ª, pág. 188. (Consid. 8º, pág. 194); tomo 58, sección 2ª, pág. 21.

⁸⁸ *Gaceta Jurídica*, N° 124, sent. 4ª, pág. 45.

⁸⁹ R.D.J., tomo 17, sección 1ª, pág. 279; tomo 22, sección 1ª, pág. 272.

10. La determinación de la simulación es una cuestión de hecho

Doctrina

Sean cualesquiera las personas que promuevan la impugnación o los medios de prueba para ello empleados, el fallo del magistrado que declara la simulación absoluta o relativa de un negocio jurídico constituye un juicio de hecho, la expresión de un convencimiento formado sobre la base de elementos materiales, pero no la solución de un problema jurídico, y no es recurrible, por tanto, en casación.⁹⁰

Jurisprudencia

La determinación de quienes tiene el carácter de interpósitas personas constituye un hecho de la causa sobre cuya existencia o inexistencia deben pronunciarse los jueces sentenciadores, en términos definitivos, apreciando, con sus facultades privativas, los diversos antecedentes probatorios allegados al proceso.⁹¹

11. Conflictos entre terceros

Doctrina

a) Se establece un principio, según el cual considera indigno de la protección del derecho, así por su fin como por las circunstancias que lo rodean, un contenido de voluntad que se mantiene en secreto en oposición a lo públicamente declarado, y entiende que nadie puede fundarse en un acto de tal naturaleza para obtener consecuencias jurídicas en perjuicio de terceros de buena fe y con causa onerosa.⁹²

b) Si hay conflicto entre terceros, porque mientras unos invocan el acto aparente otros hacen valer el secreto, debe estarse al acto aparente, pues, se protege en primer término a los terceros de buena fe que obran confiados en los actos ostensibles.⁹³

⁹⁰ Ferrara, Francesco, op. cit., título 7, N° 7126, págs. 197 y 198.

⁹¹ R.D.J., tomo 27, sección 1ª, pág. 656, con comentario favorable de don Gonzalo Barriga Errázuriz.

⁹² Ferrara, Francesco, op. cit., título 6, N° 626, pág. 177.

⁹³ León Hurtado, Avelino, op. cit., N° 115, pág. 191. En el mismo sentido, Planiol y Ripert, op. cit., tomo VI, N° 339, pág. 473. En contra, Santa Cruz Serrano, Víctor, artículo citado, pág. 53, sostiene que frente a dos personas que son por igual inocentes de la simulación, hay que preferir la verdad, o sea, que debe estarse a la voluntad real y no a la declaración engañosa. Niega, sí, la acción de simulación de un tercero de mala fe contra un tercero de buena fe.

c) La respuesta al conflicto entre terceros ha de buscarse en los principios generales del derecho y en la equidad natural. En lo tocante a los principios generales de derecho, sin duda la buena fe es un pilar del ordenamiento nacional, y la equidad es un principio de integración del sistema legal.⁹⁴⁻⁹⁵

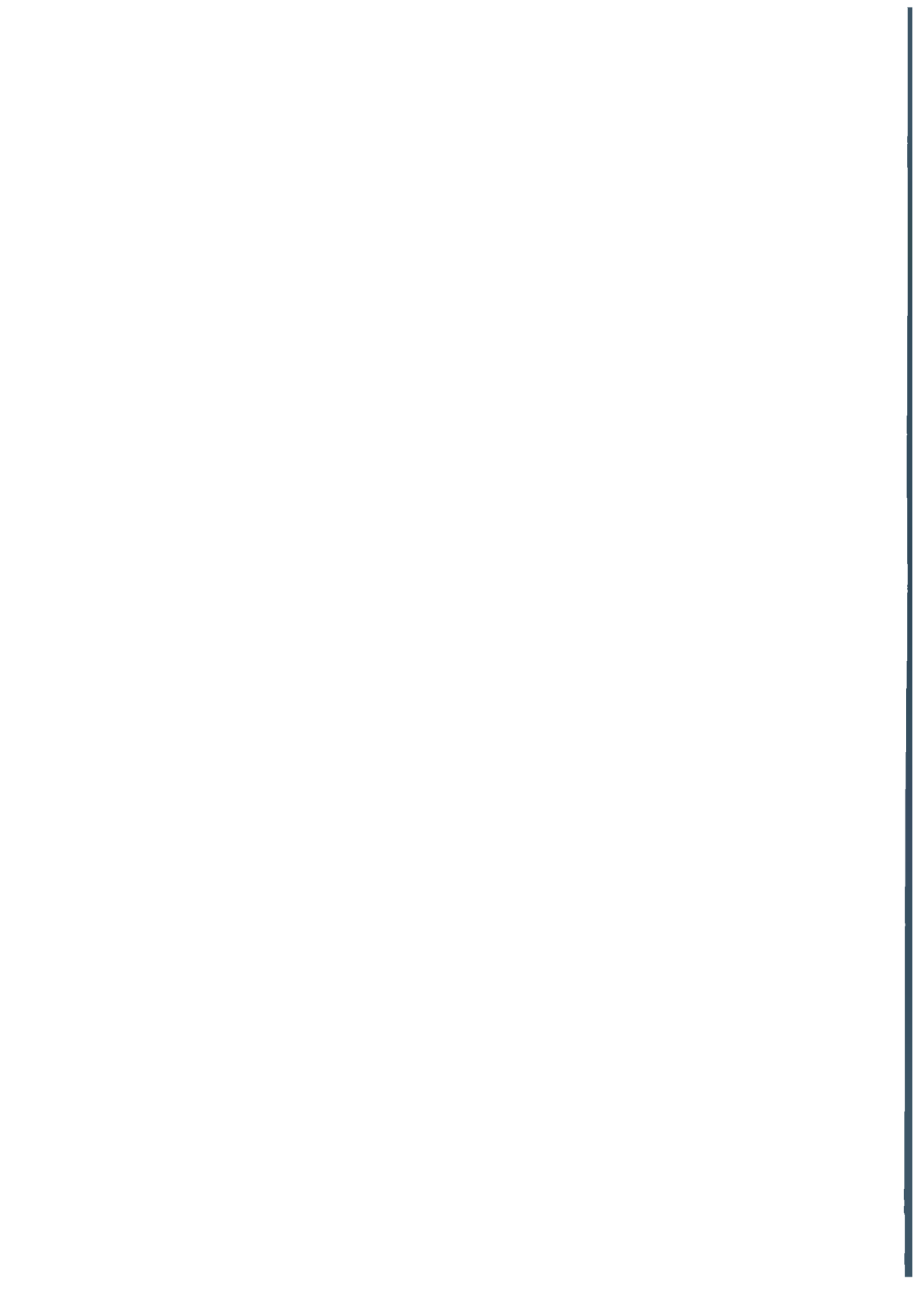
Jurisprudencia:

En nuestro derecho positivo predomina el criterio jurídico de proteger la buena fe engañada por las apariencias, como sucede en el matrimonio putativo (artículo 122), del heredero aparente (artículo 1267), del poseedor (artículo 700), de la expiración del mandato (artículo 2173), etc.⁹⁶

⁹⁴ Alcalde Rodríguez, Enrique, artículo citado, pág. 277.

⁹⁵ Mujica Bezanilla, Fernando, "La Integración de las lagunas legales", *R.D.J.*, tomo 56, primera parte, págs. 168 a 176. A su juicio, para integrar una laguna legal debe procederse recurriendo a: la analogía, después a los principios generales de derecho, y por último a la equidad natural.

⁹⁶ *R.D.J.*, 36, sección 1ª, pág. 416. Cabe hacer notar que el matrimonio putativo fue derogado por el artículo tercero, N° 2 de la Ley N° 19.947, que "Establece nueva ley de matrimonio civil", publicada en el diario oficial de 17 de mayo de 2004.



Delito permanente, amnistía y prescripción

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Marcelo Torres Duffau

Profesor de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION¹

I. Texto de apuntes de clases de Derecho Procesal Penal del profesor Rojas²

La doctrina sostiene que "... si se trata de un delito permanente, no puede decirse que él sea cometido en un día preciso, sino que mientras se prolonga la actividad delictiva el delito se está cometiendo y por consiguiente el día que marca el comienzo de la prescripción será el día en que se termine la actividad delictiva..."³

También es importante la categoría del delito permanente a efectos de operación de la amnistía, que igualmente implica la extinción de responsabilidad –3° del artículo 93 del CP– conduciendo al sobreseimiento definitivo –5° del artículo 408 del CPP–, puesto que, promulgada la ley de olvido, ésta debe aplicarse a los ilícitos respectivos que se hayan cometido durante el período que cubra la norma legal extintiva, surgiendo de ello mismo la relevancia de la fijación de la oportunidad o momento de comisión, que presenta las pertinentes dudas, tratándose, por cierto, de delitos permanentes.

La cuestión se ha debatido seriamente entre nosotros respecto de las situaciones de los llamados "detenidos desaparecidos", es decir, de aquellas

¹ Los autores son socios en Alvarez, Rojas & Torres Abogados.

² El texto corresponde a la versión del año 2000.

³ Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, página 257; en el mismo sentido, Politoff, *Derecho Penal*, página 2.

personas aprehendidas por agentes de órganos estatales de seguridad en los primeros años del Gobierno Militar, cuyos restos físicos no han sido ubicados, en relación con la norma legal de amnistía contenida en el DL N° 2.191 de 1978 y con la normativa legal de prescripción.

No es serio obviar que el debate de derecho acerca de esta materia se encuentra afectado, lamentablemente, por las particulares posiciones políticas de magistrados y abogados, en lo que hace a los hechos políticos ocurridos en Chile en septiembre de 1973 y en los años sucesivos, entendimientos que varían, por lo demás, en tanto que transcurre el tiempo y el poder cambia de titulares. Ello se advierte de la simple observación del agrupamiento de magistrados más cercanos a una u otra sensibilidad política precisamente en una u otra línea jurisprudencial. A guisa de ejemplo, puede citarse un párrafo del Informe evacuado por el Fiscal de la ECS, don Enrique Paillás, con fecha 25 de julio de 1996:⁴ “No existe ningún interés social en que estos luctuosos acontecimientos queden en la penumbra, ya que la sociedad necesita conocer la verdad y que se haga justicia y se sancionen los delitos; sólo así se puede llegar a la verdadera paz social”. Se trata, obviamente, de una consideración subjetiva del señor Fiscal.

Se ha sostenido⁵ que tales hechos deben tipificarse como delitos de secuestro o de detención ilegal, esto es, ilícitos permanentes, de manera que no puede aplicarse la regla de amnistía, en la medida que, por no haber aparecido los restos, ha de concluirse que la ejecución delictiva perseveraba al día de vigencia del DL N° 2.191, que consagró la amnistía, aplicable sólo a ilícitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Por la misma razón, se ha planteado que no puede computarse el término de prescripción de la acción penal, desde que, en tanto no aparezcan los cuerpos en cuestión, no es posible concluir que ha cesado la ejecución delictiva.

Originalmente, la ECS⁶ desechó esta tesis, entendiendo que “...si bien los delitos... pudieren ser de tipo permanente, para todos los efectos de carácter procesal debe considerarse cometido el hecho delictivo en el mo-

⁴ *Gaceta Jurídica* N° 213, página 148, N° 1°, párrafo final.

⁵ Como uno de los primeros fallos de ICA en que se recoge este planteamiento, puede verse el publicado en *Gaceta Jurídica* N° 171, página 126. Seguidamente, la tesis es acogida en un voto disidente del ministro señor Pérez Zañartu, contra la mayoría formada por los ministros señores Navas, Chaigneau, Cury, integrante señor Bullemore y auditor señor Torres, en fallo de 6 de octubre de 1998, *Gaceta Jurídica* N° 220, página 99. Finalmente la tesis es acogida en fallo de 7 de enero de 1999 por los ministros señores Chaigneau, Cury y Pérez, e integrantes señores Bullemore y Castro, contra el voto del auditor señor Torres, en fallo de 7 de enero de 1999, publicado en *Gaceta Jurídica* N° 223, página 138.

⁶ Por ejemplo, *R.D.J.* T. 86, sección cuarta, página 42.

mento en que se dio comienzo a su ejecución ...”, esto es, en el instante de la aprehensión de los sujetos cuyos cuerpos no han sido posteriormente ubicados, afincándose en la aplicación analógica del artículo 157 del COT, que, a efectos de competencia judicial territorial entre tribunales de igual jerarquía, así lo previene; aplicación analógica que se asienta en que “...en materias de tanta relevancia como son las situaciones de exención de responsabilidad penal, necesariamente debe quedar fijado de forma precisa el momento de la comisión del delito, el cual no puede ser otro que el del comienzo de su ejecución...”.

Nosotros discrepamos de esta opinión, que ha sido más tarde abandonada,⁷ porque la aplicación analógica no encuentra sustento en nuestro ordenamiento jurídico, desde que éste no presenta vacío legal; de contrario, la creación de una presunta causa de extinción de responsabilidad penal, allí donde la ley consagra esta última, se opone, claramente, al ordenamiento jurídico chileno.

De consiguiente, nosotros entendemos que, tratándose de delitos permanentes, no es posible computar el lapso de prescripción mientras subsista la acción delictiva, ni es posible, tampoco, tornar operativa la amnistía, si la misma conducta ilícita subsiste con posterioridad al fin del período que aquélla cubre.

Debe anotarse, en este entendimiento, que incluso algunos jueces que han aplicado rigurosamente el DL N° 2.191, sobre amnistía, tales como los ministros señores Germán Valenzuela y Efrén Araya, y, todavía, el entonces Auditor General del Ejército señor Torres, al votar por la confirmatoria de un sobreseimiento definitivo,⁸ o al rechazar un recurso de queja contra la resolución de una Corte Marcial⁹ que ha confirmado un sobreseimiento definitivo,¹⁰ han dicho expresamente que éste no rige respecto de “la prolongación de algún supuesto delito de secuestro más allá del 10 de marzo de 1978, fecha de término del período de amnistía, pues tratándose de un delito permanente, la conducta que lo tipifica podría mantenerse después de esa fecha”.

⁷ Incluso por ministros de la ECS que, en general, optaron por aplicar la amnistía en estos casos. Véase *Caceta Jurídica* N° 185, página 120, consideración 16^a, ministros señores Dávila, Bañados, Navas, Ortiz, e integrante señor Pfeffer.

⁸ *R.D.J.* T. 90, sección cuarta, página 94. Consideración II de prevención.

⁹ Curiosamente integrada por don Juan Guzmán Tapia, Ministro de la ICA de Santiago, que, más tarde, ha cambiado absolutamente su criterio jurídico, al conocer de diversas acciones penales instauradas contra el senador señor Pinochet Ugarte.

¹⁰ *R.D.J.* T. 90, sección cuarta, página 201. A este fallo concurre también, como integrante de la ECS, el destacado penalista don Luis Cousiño Mac Iver.

De modo que compartimos la tesis del delito permanente, en relación con la operatoria propia de la prescripción y de la amnistía.

Empero, la subsistencia ulterior del estado delictivo o, lo que es lo mismo, de la acción típica, debe acreditarse, por los medios legales, desde que, si así no se entiende, quedan categóricamente violados tanto la presunción de inocencia del imputado, como el principio pro reo. Puede considerarse como un fallo paradigmático en esta línea, uno dictado por la ECS con fecha 26 de octubre de 1995,¹¹ consideraciones 16^a a 18^a.

Es por esto que, en cuanto concierne al caso de los llamados “detenidos desaparecidos”, no compartimos la tesis que se ha planteado, pese a que ésta viene siendo recogida por la Sala Penal de la ECS desde 1998 y ha sido aceptada por la mayoría de once Ministros en fallo del Pleno de la ECS,¹² que confirmó una decisión previa, también de mayoría de trece ministros de la ICA de Santiago,¹³ que hizo lugar a una solicitud de desafuero del Senador don Augusto Pinochet.

Entendemos nosotros que el referido entendimiento mayoritario se aleja de mínimas exigencias de razón jurídica. En efecto, la tesis judicial deja de analizar cuestiones fundamentales. La acción típica del secuestro, similar a la detención ilegal, consiste en encerrar o detener a una persona, privándola de libertad; no es discutible, en nuestro concepto, que el ilícito es de ejecución permanente –en la medida que subsiste el momento consumativo– mientras se mantiene la acción de encerrar o detener, privando de libertad.

Pero la doctrina que criticamos ha resuelto una cuestión intelectualmente distinta: sostiene que mientras no aparece el cuerpo de la víctima, hay que entender que la actividad delictiva, consistente en el hecho de encerrar o detener, privando de libertad, subsiste, manteniéndose, así, la ejecución de la ilicitud. Se trata, entonces, de la deducción judicial de un hecho del que se deriva una consecuencia jurídica. Más precisamente, de una presunción, meramente judicial, porque no resulta de la ley: a partir del hecho de la falta de aparición física de la

¹¹ *Gaceta Jurídica* N° 185, página 120, ministros señores Dávila, Bañados, Ortiz, Navas, e integrante señor Pfeffer. Debe tenerse en cuenta que el ministro señor Navas ha variado su criterio con posterioridad, sumándose a los jueces que han optado por debilitar la institución de la amnistía.

¹² Fallo de 8 de agosto de 2000 publicado en diario electrónico El Mostrador.

¹³ Sentencia de 5 de junio de 2000 publicada íntegramente en el diario La Segunda de la misma fecha.

persona antes secuestrada, entonces el juez deduce otro hecho, esto es, que el agente mantiene a su víctima encerrada o detenida y privada de libertad. En esto último consiste la permanencia en la ejecución delictiva. Empero: ¿puede sostenerse esta deducción fáctica como un hecho actualmente existente, si la detención o encierro han ocurrido casi treinta años antes, en circunstancias que no hay antecedente alguno que permita plantear con sustento que el agente ha persistido en la acción durante el tiempo posterior?

En realidad, los magistrados han mutado un tipo de razonamiento judicial –extremadamente discutible– en una especie de presunción de derecho, que opera sobre una base y conexión deductiva fijas y de imposible cuestionamiento lógico. Las presunciones judiciales, en cambio, han de estar gobernadas por principios lógicos estrictos, recogidos claramente en el artículo 488 del CPP. La deducción fáctica anotada no cumple con éstos. Del desaparecimiento no se deriva, en lógica, la subsistencia, hasta casi treinta años a posteriori, ni tampoco después del 10 de marzo de 1978, de la actividad delictiva, y es este último hecho de mantención de conducta criminosa –categóricamente contrario a los datos empíricos– el que interesa a la consecuencia jurídica analizada.

En la consideración 54^a del fallo de la ECS de 8 de agosto de 2000, citado supra, se sostiene que en el proceso seguido contra el senador señor Pinochet "...no se ha probado que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas, y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL N° 2.191 sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última...". Pero el fallo comete un grave error: constituyendo el estado normal de las cosas el deceso anterior a la fecha de vigencia de la norma de amnistía y siendo claro, por añadidura, que la acción delictiva de los agentes no ha subsistido hasta esa fecha, considerando además la presunción de inocencia, la cuestión es exactamente la inversa, desde que la mantención ulterior de la conducta ilícita debe probarse en contra del imputado. La ECS, inversamente, ha exigido al imputado que acredite el estado normal de las cosas. De modo que la conclusión judicial que se viene imponiendo por los votos de mayoría de nuestros magistrados es, en nuestro concepto, evidentemente errónea.

II. Extracto de sentencia de casación en el fondo de la ECS, de 17 de noviembre de 2004¹⁴

15º) Que de lo expuesto hasta ahora no se advierte en la sentencia recurrida transgresión de las leyes reguladoras de la prueba, por lo que a esta corte le está vedado entrar a alterar los hechos de la causa, que han de tenerse por inamovibles de acuerdo a la atribución exclusiva que en esta materia corresponde a los jueces del fondo y, por ende, cabe examinar exclusivamente si se ha incurrido en error de derecho al calificar los hechos que se han dado por establecidos en el proceso como descritos en el artículo 141 del código punitivo, sin lugar a la argumentación del recurrente tendiente a modificarlos.

Tales hechos son los siguientes, según se lee en el segundo motivo de la sentencia de primera instancia y vigésimo quinto de la de segunda: a) en la mañana del 7 de enero de 1975, Miguel Angel Sandoval Rodríguez, sastre, de veintiséis años de edad, apodado "Pablito", militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, salió desde su casa ubicada en Avenida Grecia 1159 A, sin regresar a ella, perdiendo sus padres, hermanos y cónyuge todo contacto con él; b) aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción; c) este cuartel que oficialmente se decía que era para detenidos "en tránsito", en la mayoría de los casos fueron muy prolongadas las estadías en los mismos y estaba a cargo de oficiales del Ejército y de Carabineros de Chile, quienes ejercían mando sobre los miembros de agrupaciones operativas denominadas Brigadas y respondían a las órdenes del oficial que ejercía el cargo de Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), institución militar según lo establecido en el DL N° 521 de 1974, por lo tanto, jerarquizada, de manera que todos sus miembros se encontraban supeditados a la autoridad del Director, sin perjuicio de sus personales responsabilidades; en efecto, las prolongadas estadías de los detenidos, que desvirtúan la aseveración de todos los acusados, en el sentido que se trataba de un lugar de "tránsito", están reseñadas en los

¹⁴ Sólo se incluyen las consideraciones pertinentes a la materia del artículo.

dichos de fojas 124 de María Isabel Matamala, correspondiente a quince días, de fojas 131 de María Eugenia Ruiz-Tagle Ortiz, un mes y medio, de fojas 154 de Hugo Ernesto Salinas Farfán, diecisiete días, y de fojas 212 de Silvia Durán Orellana, un mes; d) en este lugar Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue metódicamente torturado y obligado a participar en actividades planificadas por oficiales de Ejército y de Carabineros, interviniendo en "careos" con otros privados de libertad de su misma filiación política y saliendo a la calle con el propósito de revelar el paradero de otros miembros del MIR para que fueran, a su vez, también privados de libertad.

27°) Que el último capítulo de casación de Krassnoff denuncia conculcado el N° 5° del artículo 546 del código procesal criminal, en relación a la omisión de las reglas de extinción de la responsabilidad penal contempladas en el DL N° 2.191 de 1978, sobre amnistía, y las de la prescripción de la acción penal consagradas en los artículos 93 y siguientes del código del ramo. Además de reiterar que su defendido es completamente inocente de los cargos que se le inculpan, su asistencia letrada reprocha a los sentenciadores del grado haber dejado de acoger la excepción que oportunamente fue opuesta y consistente en la excusa legal absoluta del referido DL 2.191 y de la prescripción de la acción penal alegadas, procediendo con abuso de derecho al no asignar valor a los reseñados textos legales. La defensa de Krassnoff explica que el DL 2.191 se halla plenamente vigente y que en su artículo 1° se establecieron con precisión cuáles eran las personas favorecidas, de cuyo análisis, adaptado al caso en concreto, resulta inamovible que el delito de secuestro tipificado en el inciso 3° del artículo 141 del código punitivo, vigente a la data de la perpetración del ilícito que se averigua, queda comprendido dentro de aquél, además que el mismo se habría cometido entre los días siete y veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cinco, lo cual significa que estaba dentro del lapso que cubre la ley de amnistía, que corre desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, con mayor razón cuando se considera que al 19 de abril de 1978 ni siquiera estaba sometido a proceso, pues ello recién aconteció el 10 de junio de 2002, según se lee a fs. 656, y por ende, veintisiete años después de la fecha fijada como comisión del delito. De acuerdo con lo dispuesto en el número tercero del artículo 93 del código criminal, la amnistía extingue la responsabilidad penal y su colofón jurídico consiste exactamente en poner fin a la pena y sus efectos; y para que opere es indispensable que se encuentren acreditados el hecho punible, la responsabilidad criminal atribuida a los procesados y los presupuestos de procedencia de aplicación y cumplimiento de la ley de amnistía, la que en la sentencia impugnada ha sido ignorada por los sentenciadores de la instancia, con desconocimien-

to de ley y bajo pretensiones inaceptables, como meros pretextos ideológicos fundados en una interpretación libre y arbitraria de un derecho internacional donde se han incluido, con abuso, ciertas reglas sin vigencia actual en Chile y de tenerla, no podrían aplicarse, debido a que ello afecta gravemente el axioma de irretroactividad de la ley penal, consistente en que ningún delito puede ser reprimido con otra sanción que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, omitiéndose en el actual caso el adagio que indica que si se ha cometido un delito y antes de la sentencia de término se promulgan otras leyes que eximan el hecho indagado de toda pena o le asignen una menos rigurosa, debe ajustarse el juzgamiento a este nuevo precepto, tal como lo estatuyen los incisos 1º y 2º del artículo 18 del código sancionatorio, agravando dicha situación lo preceptuado en el artículo 456 bis del Código Penal (sic), que ordena que nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él le ha correspondido al enjuiciado una participación culpable y penada por la ley. Afirma el recurrente que si se consideran las circunstancias de 1975, de acuerdo a las normas de derecho imperantes al momento de la perpetración del delito pesquisado, el país se hallaba en estado de sitio y la Constitución Política suspendida, por lo que se encontraba alterado gravemente el estado de derecho sin siquiera poder determinar con certeza el verdadero estatuto jurídico aplicable en ese instante, situación que se extendió hasta el año mil novecientos ochenta. En atención a lo anterior, resulta indispensable recurrir al cúmulo de máximas legales ya invocadas y que en este caso han sido gravemente atropelladas por los sentenciadores, olvidando los hechos y circunstancias en medio de los cuales el ilícito de autos pudo haberse llevado a cabo, dado que la ley de amnistía se inspiró precisamente en la necesidad de conceder solución legal a un problema extraordinario que se produjo, entre muchos otros, en circunstancias que la sociedad se desenvolvía excepcionalmente en un completo régimen de extra legalidad. Expone que los sentenciadores de la instancia igualmente dejaron de aplicar en este caso la normativa atinente a la prescripción de la acción penal consagrada perentoriamente y con carácter de derecho público en los artículos 93 y siguientes del código criminal, incurriendo así en contravención de ley y procuraron establecer que, con arreglo a la aplicación de ciertos tratados internacionales que invocan, casi todos ellos de data posterior al delito y uno incluso que aún no se ha incorporado a la legislación chilena, el hecho de marras constituye delito, lo que envuelve una errada y falsa calificación, ya que sería equivalente al denominado tipo de desaparición forzada de personas, que se cataloga como de lesa humanidad y como tal, sería imprescriptible. También discurren acerca de una figura delictiva que nuestro Código Penal no contempla, como

aquella del secuestro permanente, que por ser tal y presentar características de extensión indefinida en el tiempo, no permitiría jamás determinar el momento exacto desde el cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción alegada. Entonces los juzgadores del fondo se han negado a cursar la prescripción contenida en nuestro ordenamiento, pretextando meras interpretaciones ideológicas a las cuales se refieren la mayor parte de las reflexiones del veredicto atacado para llegar a la conclusión que veintinueve años más tarde de la verificación del hecho juzgado o veintisiete años después del mismo ilícito, si se considera la fecha del procesamiento, que fue en el año 2002, el plazo de prescripción ordinaria no se habría cumplido y acorde con el mismo discurso, jamás se cumplirá, así transcurran cincuenta, cien o más años, colocando en la más severa duda el sentido y naturaleza jurídica de la prescripción, que no tiene otro designio más importante que el de conceder protección jurídica a la certeza y estabilidad de los derechos de las personas, siendo una piedra angular de nuestro estado de derecho y de la sociedad. Al negarse su aplicación, se ha privado ilegítimamente a los justiciables y a la sociedad toda de la estabilidad jurídica en que se apoya la certeza de los derechos, sometiénolos a una situación permanentemente sísmica respecto a nuestra institucionalidad, ya que ha introducido la más grave falla estructural en el subsuelo del estado de derecho patrio. Así también advierte las contradicciones de la misma sentencia, al declarar, por una parte y conforme a ciertos fundamentos de hecho relativos al ilícito que establecen, la prescripción de la acción civil; pero simultáneamente y con los mismos antecedentes, la imprescriptibilidad de la acción criminal, ignorando el antiguo apotegma que a una misma razón debe existir siempre una misma disposición, porque, o bien la acción penal no está prescrita y por ende tampoco lo está la responsabilidad criminal que con ella puede perseguirse y como corolario lógico, tampoco la acción de reparación de daños, o están prescritas todas, cuestión en la cual yerran los falladores de segundo grado, debido a que en un mismo acto declaran la imprescriptibilidad de la acción punitiva, que sirve de fuente primaria a la acción reparatoria subsecuente y la prescripción de esta última, dejando de manifiesto la arbitrariedad en que incurrén.

28º) Que lo propio realiza la asistencia jurídica del condenado Laureani Maturana basada en que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se ha incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva las que se hayan alegado en conformidad al inciso 2º del artículo 434. Apoya su alegato en que el fallo en alzada no hizo lugar al fondo de su defensa, consistente en la extinción de su responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93,

Nº 3º, de nuestro compendio punitivo, referente a la amnistía, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, reiterando, en lo que toca a las defensas esenciales pertinentes, lo expresado a este propósito por el recurrente Krassnoff, pero con el aditamento que en dicho fallo se dio por establecido que la víctima fue detenida el 7 de enero de 1975 y desde el 21 del mismo mes no se supo más de ella, concluyendo que desapareció forzosamente y al no saberse de él hasta la fecha, no sería procedente aplicar la ley de amnistía, porque ella sólo se emplea en los ilícitos consumados entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1978. Reitera asimismo lo ya expresado en lo que atañe a la imposibilidad de la aplicación en el territorio nacional de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, fundado en la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, único vigente al momento que acaecieron los hechos materia de la instrucción, pero inaplicable en nuestro país debido a que no cumplieron las disposiciones contenidas en los artículos 3º y 4º del citado Tratado y que estatuyen: Artículo 3º En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. Artículo 4º A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas

armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; 4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto; 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patronos, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra. B. Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra: 1) las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento; 2) las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles, exceptuando las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, párra-

fo quinto, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la Potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la Potencia neutral o no beligerante interesada haya relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que en el presente Convenio se asignan a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas Partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares. C. El presente artículo no afecta al estatuto del personal sanitario y religioso, como se estipula en el artículo 33 del presente Convenio. El recurrente afirma que la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 ya ha sido recogida por la jurisprudencia de esta corte, que ha resuelto que no son aplicables a situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, que la declaración de Estado de Guerra del Decreto Ley N° 5 de 1973 se hizo para dar valor a lo prevenido en el artículo 418 del Código de Justicia Militar, atendidas las circunstancias históricas que vivía el país en ese momento y además que en parte alguna de los mencionados Convenios se propugna que los delitos cometidos no serán amnistiabiles. En lo que se refiere a los otros tratados acogidos por los juzgadores en la apelación, indica que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue ratificada por nuestro país recién en 1981, sin perjuicio que en su mismo artículo 28 señala que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, por lo que, en su opinión, en lo que a su defendido concierne, se quebrantó la ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, por lo que pide se la invalide y se dicte fallo de reemplazo, acogiendo los argumentos expuestos.

29°) Que, a su vez, la asistencia del encausado Contreras Sepúlveda solicita la anulación del fallo por expresa aplicación del mentado DL 2.191, de 1978, reiterando lo ya alegado por la defensa de Krassnoff y de Laureani, misma situación que se observa por la defensa de Moren Brito, quien asila sus alegaciones en idéntico motivo y por similares consideraciones, agregando que tampoco se ha observado por parte de los falladores lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, pues ha transcurrido con largueza un periodo superior a quince años desde que acaeció el suceso de autos, el 7 de enero de 1975, data de su perpetración y desde la cual debe contarse el tiempo de prescripción de la acción penal y como se dijo en el primer acápite del razonamiento decimoséptimo de esta resolución, la defensa de Godoy García repite también tales argumentos. Por consiguiente, puede apreciarse que dentro de esta causal, los recurrentes coinciden en alegar dos situaciones en forma conjunta,

consistente la primera de ellas en que el injusto habría ocurrido durante la vigencia de la llamada ley de amnistía del Decreto Ley N° 2.191 de 1978, y también impetran la aplicación de la prescripción de la acción penal.

30°) Que en lo que guarda relación con el primero de estos tópicos, es del caso expresar que la amnistía se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, el que prescribe que la responsabilidad criminal termina: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que ésta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado (Rafael Fontecilla, ob. cit., pág. 133), no es posible, al parecer de esta corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

31°) Que, en el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, como se ha señalado en el considerando decimoquinto de la presente resolución, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de segundo grado en sus motivaciones 26° a 33° porque se dan estrictamente los requisitos de: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho, y d) prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

32°) Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Miguel Angel Sandoval Rodríguez, y que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional el 29 de marzo de 1996, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

33°) Que se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto. Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aun más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL 2.191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última. En otras palabras, si bien el DL en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el delito de autos comenzó a perpetrarse el 7 de enero de 1975 y desde el 21 de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al 10 de marzo de 1978, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del DL 2.191, Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

36°) Que estando este tribunal en concordancia con el de segundo grado, estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario, pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del CP, 11, 18, 77 N° 1°, y 263 del CPP y 165 del COT, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio CP, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así

como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes se afina en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo. Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa descripción contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado, ha de tenerse el delito por instantáneo. Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro CP con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuare antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio" (Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, págs. 259 a 261). Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a qué es lo que debe entenderse por delito permanente y cuál es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G., *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 165; y Luis Cousiño Mac-Iver, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975, Tomo I, págs. 316 a 319).

37°) Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que: "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo". La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca: "La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo" (Eduardo Novoa, ob. cit., pág. 260; Gustavo Labatut, ob. cit., pág. 298; Cousiño Mac-Iver, ob. cit., pág. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U., *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, edic. 1992, tomo II, pág. 433; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, Carlos Gibbs Editor, Tomo II, págs. 282 y 283; y Hugo Ortiz de Filippi, *De la Extinción de la Responsabilidad Penal*, Ediar Conosur Ltda., 1990, pág. 92). También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, págs. 166 y 167, considerando 6°).

39°) Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma que en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, pág. 167, recién mencionada en el basamento trigésimo séptimo). Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de

su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido. Y, por consiguiente, no han incurrido en error de derecho los jueces recurridos al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal alegadas en sus descargos.

Por todas estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del CC, 141 del CP; artículos 6º y 334 del CJM, 535, 541, N°s 9º y 10º, 546, N°s 2º, 3º, 5º y 7º, y 547 del CPP, 767 del CPC y lo establecido en los DL N° 5 de 1973, N° 521 de 1974, N° 640 y N° 641 de 1974, se decide que **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma y en el fondo criminales intentados por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el abogado Sr. Gustavo Promis Baeza, en lo principal de su libelo de fs. 1898 a 1955; la casación en el fondo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Manns Giglio, en asistencia de Fernando Laureani Maturana y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en sus presentaciones de fs. 1956 a 1971 y 1972 a 1992; las casaciones en la forma y fondo alegadas por el Sr. Luis Fernando Bravo Ibarra, mandatario de Gerardo Godoy García, que se lee de fs. 1993 a 2006; la casación en el fondo del Sr. Francisco Javier Piffaut Passicot, patrocinante de Marcelo Moren Brito, de fs. 2007 a 2013; y la casación en el fondo civil deducida por el Sr. Nelson Caucoto Pereira, apoderado de la demandante civil doña Pabla Segura Soto, que se encuentra de fs. 2014 a 2017, en contra de la sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fs. 1841 a 1891, complementada el ocho de enero del mismo año, que se lee de fs. 1892 a 1895, la que en consecuencia no es nula.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 517-2004.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Sr. Fernando Castro A. y Sra. Luz María Jordán A.

III. Opinión del profesor Rojas respecto de la sentencia de casación en el fondo de la ECS de 17 de noviembre de 2004

La opinión que expresaré acerca del pronunciamiento judicial bajo examen exige recordar que se trata de una sentencia que decide acerca de recursos de casación en el fondo, en que es preciso y exigible distinguir la cuestión de hecho de la cuestión de derecho.

La ECS resolvió desechar los capítulos de impugnación que denunciaban infracciones a las leyes reguladoras de la prueba, de modo que los hechos de la causa quedaron irrevocablemente establecidos de la manera en que los fijó la ICA de Santiago y son aquellos que el fallo de casación en el fondo transcribe en la consideración 15ª.

Así entendido, los hechos del caso juzgado se circunscriben y limitan a los siguientes:

“a) en la mañana del 7 de enero de 1975, Miguel Angel Sandoval Rodríguez, sastre, de veintiséis años de edad, apodado “Pablito”, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, salió desde su casa ubicada en Avenida Grecia 1159 A, sin regresar a ella, perdiendo sus padres, hermanos y cónyuge todo contacto con él; b) aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción; c) este cuartel que oficialmente se decía que era para detenidos “en tránsito”, en la mayoría de los casos fueron muy prolongadas las estadías en los mismos y estaba a cargo de oficiales del Ejército y de Carabineros de Chile, quienes ejercían mando sobre los miembros de agrupaciones operativas denominadas Brigadas y respondían a las órdenes del oficial que ejercía el cargo de Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), institución militar según lo establecido en el DL N° 521 de 1974, por lo tanto, jerarquizada, de manera que todos sus miembros se encontraban supeditados a la autoridad del Director, sin perjuicio de sus personales responsabilidades; en efecto, las prolongadas estadías de los detenidos, que desvirtúan la aseveración de todos los acusados, en el sentido que se trataba de un lugar de “tránsito”, están reseñadas en los di-

chos de fojas 124 de María Isabel Matamala, correspondiente a quince días, de fojas 131 de María Eugenia Ruiz-Tagle Ortiz, un mes y medio, de fojas 154 de Hugo Ernesto Salinas Farfán, diecisiete días y de fojas 212 de Silvia Durán Orellana, un mes; **d)** en este lugar Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue metódicamente torturado y obligado a participar en actividades planificadas por oficiales de Ejército y de Carabineros, interviniendo en “careos” con otros privados de libertad de su misma filiación política y saliendo a la calle con el propósito de revelar el paradero de otros miembros del MIR para que fueran, a su vez, también privados de libertad.”

La ECS, al resolver acerca de los recursos de casación en el fondo, esto es, al decidir en torno a las cuestiones de derecho que aquellos planteaban, no pudo exceder la circunscripción de los hechos establecidos por los jueces de las instancias, puesto que la descripción fáctica de éstos delimita y encierra el marco de la competencia casacional.

Esto, que resulta en Chile de lo dispuesto en el artículo 535 del CPP en relación con lo previsto en el artículo 785 del CPC y que ha sido decidido en múltiples oportunidades por la ECS¹⁵ –al menos en el verbo, porque no siempre el respeto al principio legal ha sido íntegro–, es común en los sistemas jurídicos europeos continentales de los que el nuestro proviene. Dice Roxin: “El legislador ha entregado la cuestión de hecho al juicio exclusivo del juez de instancia como juez de hecho (mérito) y ha limitado al tribunal de casación las lesiones de la ley y con ello al control de la cuestión de derecho” (*Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2003, pág. 469).

En consecuencia, como expreso aquí opinión acerca de un fallo de casación concreto y no en torno a un asunto de academia pura, la interrogante a despejar requiere resolver, antes que nada, si la ECS, al desechar la aplicación a los hechos del caso de las normas legales sobre amnistía y prescripción, ha razonado sobre la base de los hechos establecidos por los jueces de las instancias –tal como éstos los fijaron en sus expresiones verbales– ; o si, por el contrario, sus razonamientos y consecuente decisión excedieron esa circunscripción fáctica y por lo mismo extralimitaron la competencia casacional.

Esta consideración es particularmente relevante en un proceso que es penal.

El artículo 5° de la CPE obliga a tener en cuenta y aplicar con preeminencia los tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁵ Por ejemplo, roles 3300/02 y 1437/03.

De acuerdo a la letra B del N° 2 del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, todo inculpado tiene derecho a que durante el proceso se le comunique en forma previa y detallada la acusación formulada en su contra. Por otra parte, con arreglo a la letra A del N° 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

De estas reglas fundamentales surge el principio –que circunscribe competencias judiciales– de congruencia, del que fluye que la sentencia penal no puede exceder –de ninguna manera– el marco de los hechos descritos en la imputación.

El CPP de 1906, modificado por la Ley N° 18.857, es estricto en este orden. Con arreglo al inciso 2° del artículo 275, el auto de procesamiento debe contener la descripción sucinta “de los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas”. Al tenor del artículo 403, la elevación a plenario por medio de la acusación exige el procesamiento previo de las personas acusadas, cuyas descripciones de hechos han de ser por cierto coincidentes. Y en conformidad al artículo 541 N° 10°, las sentencias de las instancias tampoco pueden extralimitar esas descripciones fácticas coincidentes. Los excesos de los jueces de las instancias, respecto de estos particulares, pueden ser subsanados por medio de los recursos procesales ordinarios y extraordinarios.

La cautela garantística del ordenamiento jurídico –que veda que el juicio jurisdiccional de derecho exceda los hechos imputados al incriminar– se proyecta, obviamente, a la Corte Suprema que juzga en casación de fondo acerca de lesión de leyes, puesto que ésta, como ha quedado dicho, al razonar acerca de si concurre o no infracción de ley, debe estar en todo a los hechos establecidos por los jueces de las instancias, o, dicho en otros términos –concretos y aplicables al caso juzgado–, le es prohibido fundar la conclusión que es de estricto derecho –acerca de concurrencia o inconcurrencia de infracción de ley– en bases fácticas que los jueces del fondo no incluyeron en la descripción de hechos que dieron por establecidos.

El tribunal de casación en el fondo no puede incurrir en exceso en este orden, porque los jueces de las instancias, a su vez, al fijar los hechos, no pudieron ir más allá de los hechos descritos coincidentemente en el procesamiento y en la acusación de que el imputado se defendió en el juicio, de manera que si la hipótesis fáctica incriminatoria pudiere ser excedida en

casación en el fondo, se violarían las reglas convencionales internacionales de derechos humanos que exigen que el imputado sea juzgado sobre la base de la acusación de que fue previamente informado en detalle, única respecto de la que pudo oponer defensa jurídica eficaz.

Desde esta perspectiva: ¿hay exceso de competencia en el fallo de la ECS de 17 de noviembre de 2004?

Los razonamientos que utilizó el tribunal de casación para sostener la inconcurrencia de lesión de ley en el rechazo de la amnistía y de la prescripción son, en síntesis, los siguientes:

A. "A pesar que ... la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, ... no es posible, al parecer de esta corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de ello al no haberse determinado la fecha en la cual **concluyó el injusto en estudio**. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando **en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración**" (consideración 30^a);

B. "El hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, ... sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del CP, ... sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto **no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados**; ... por lo que **no es posible concluir la muerte del ofendido**. Teniendo presente que ... se estableció el hecho del secuestro y que **éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Angel Sandoval Rodríguez**, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que **la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado**" (consideración 31^a);

C. "Si bien el DL en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el delito de autos **comenzó a perpetrarse el 7 de enero de 1975 y desde el 21 de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima**, existiendo certeza de que **al 10 de marzo de 1978**, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1º del DL 2.191, **Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noti-**

cias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal” (consideración 33ª);

D. “Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración” (consideración 36ª);

E. “Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina...: ‘En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo’. La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca: ‘La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo’...” (consideración 37ª); y,

F. “La prescripción... es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, ... en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva ... Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido...” (consideración 39ª).

Lo que me interesa subrayar, con los textos destacados precedentemente, es que la ECS –en su fallo de casación en el fondo– **razona sobre la base de una hipótesis que es de hecho**, esto es, la subsistencia de las conductas atribuidas a los agentes imputados más allá del 10 de marzo de 1978 y hasta el día de la sentencia, esto es, el tribunal de casación, para concluir en la inexistencia de lesión de ley, **sostiene el hecho que los encartados han continuado realizando la conducta típica de secuestro**, puesto que, dicen, privaron de libertad y encerraron a la víctima y han omitido liberarla, de modo que **han mantenido la voluntad de realización de una conducta tipificada por la ley penal y han continuado realizándola hasta el día de la sentencia**.

Hay pues la aseveración –en el fallo de casación en el fondo– de una cuestión que es de hecho, toda vez que corresponde a la descripción de conductas humanas atribuidas a los imputados –manutención de encierro y omisión de liberación que presupone la posibilidad fáctica de la liberación– . La existencia o inexistencia de una conducta humana es una cuestión que es, clásicamente, de hecho, toda vez que tiene que ver con la realidad fenomenológica y no con cuestiones normativas.

Sin embargo, la fijación de estos hechos, sobre cuya base razona el fallo de casación, es decir, la subsistencia de la voluntad y conducta calificada como criminal, que habrían continuado realizando los encartados hasta más tarde que el 10 de marzo de 1978 –a efectos de amnistía– y hasta la fecha de la sentencia –a efectos de prescripción– , no se encuentra en el establecimiento fáctico de los jueces de las instancias –transcrito por la ECS en su consideración 17^a–, puesto que ese establecimiento, imperativo para el tribunal de casación, que debe entenderse coincidente con la hipótesis fáctica dada a conocer a los imputados en los procesamientos y en las acusaciones, única de que pudieron defenderse en el proceso, se limita a expresar lo siguiente: “aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, **ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción**”.

En síntesis, los hechos establecidos por los jueces del fondo –únicos que el tribunal de casación pudo tomar en consideración para resolver acerca de

conurrencia o inconurrencia de lesión de ley–, se limitan a expresar que desde el 21 de enero de 1975 se ignora el paradero de la víctima y la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad, **pero la descripción de hechos no establece de manera alguna que los agentes imputados hayan desplegado conducta alguna** –ni siquiera de omisión de liberación, la cual presupone la posibilidad fáctica de la liberación, en el sentido que ésta dependa de la voluntad del imputado– **a partir del 21 de enero de 1975.**

¿Cómo entonces ha podido jurídicamente la ECS desechar las infracciones de leyes denunciadas en materias de amnistía y prescripción **sobre la base de la invocación de hechos que no están establecidos por los jueces del fondo conforme a lo que el propio fallo de casación transcribe?**

La ECS ha podido resolverlo así –todo se puede de hecho–, pero no ha debido en derecho, puesto que ha incurrido en exceso en el marco de su competencia legal, desde que ha agregado hechos a los establecidos por los jueces del fondo y a la acusación dada a conocer en detalle a los imputados y de que éstos pudieron defenderse.

El exceso competencial del tribunal de casación constituye una conducta judicial que adolece de nulidad de derecho público por infracción al principio de juridicidad establecido en los artículos 5º, 6º y 7º de la CPE. Ha sido el Pleno de la propia ECS el que ha dicho en recientes fallos: “la competencia del tribunal es condición de la legitimidad de las decisiones que se emitan en toda tramitación judicial, según lo prescribe el artículo 108 del COT, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 7º de la CPE”.¹⁶ Y en una prevención los ministros señores Libedinsky, Tapia, Gálvez, Álvarez Hernández, Marín, Yurac, Espejo y Oyarzún, han dicho: “al tribunal le está vedado examinar asuntos ajenos al otorgamiento o rechazo de la autorización que le es requerida, porque la competencia de todo órgano jurisdiccional es condición esencial de la legitimidad de sus actuaciones, con arreglo a lo que previenen los artículos 7º, 10 y 108 del COT, en armonía con el primer inciso del artículo 7º de la CPE; serían inválidas las resoluciones que pudieran adoptarse acerca de materias que no consistan específicamente en la decisión legalmente facultada.”¹⁷

En estos pronunciamientos se ha admitido en la sede suprema que sus propios fallos pueden adolecer de nulidad constitucional de derecho público, sanción jurídica que, ha dicho ella misma, no puede sanearse: “Puede admitirse que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradicien-

¹⁶ Rol 4783/02.

¹⁷ Rol 1969/03.

do el principio de juridicidad, básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre: la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido el tiempo que fuere”.¹⁸

¿Cómo puede alegarse la nulidad de derecho público de un fallo judicial? Refiriéndose en términos genéricos –no a pronunciamientos judiciales– la ECS ha dicho: “La nulidad constitucional y de derecho público puede hacerse valer tanto como acción para impetrar la destrucción retroactiva del acto ilegítimo, cuanto como defensa para enervar la demanda que persiga el reconocimiento de un derecho derivado del acto o contrato defectuoso, o bien, el cumplimiento forzado de las obligaciones nacidas de tales actos o convenciones; y, en ambos casos, en el procedimiento judicial ordinario aplicable en la materia, en ausencia de uno especial para invocar esa nulidad de origen constitucional”.¹⁹ El más alto tribunal admite la amplitud en la facultad y forma de alegación.

En un ordenamiento como el chileno, en el que, inversamente a como ocurre, por ejemplo, en España, contra los fallos de la ECS no hay recurso por infracción constitucional a un tribunal de garantías constitucionales, nosotros estimamos que, tratándose de un pronunciamiento de la ECS, la nulidad de derecho público constituye una cuestión accesoria del juicio, que debe alegarse dentro de éste por la vía incidental. No obsta a ello la regla del artículo 98 del COT, porque el incidente de nulidad de derecho público no es un recurso procesal. Al respecto, hay al menos un precedente. En los autos Rol 3084/01, la parte recurrida dedujo incidente de nulidad de derecho público, por exceso competencial, respecto de un fallo de casación de la Tercera Sala, presentación que fue conocida por el Pleno de la ECS, que, en resolución de 11 de junio de 2003,²⁰ en voto de mayoría, entendió que no correspondía a su competencia de conocimiento, pero dispuso pasarla al Presidente para que fuere objeto de la tramitación debida, contra el voto de los ministros señores Cury, Medina, Kokisch y Juica, quienes, sin expresar fundamentos, estuvieron por desestimarla de plano; pero el voto minoritario no primó. En definitiva, el Presidente ordenó dar cuenta del incidente en la misma Tercera Sala, la cual rechazó la incidencia, integrada por los mismos ministros que habían dictado el fallo objetado de nulidad de derecho público, circunstancia procesal que pudo ocurrir porque el incidentista no reclamó la inhabilidad pertinente por prejuzgamiento, que parecía a todas luces concurrente.

¹⁸ Rol 1458/03.

¹⁹ Rol 3598/02.

²⁰ Folio 9307.

Finalmente, cabe referirse al fondo del asunto, haciendo ahora tabla rasa de las restricciones procesales que se han analizado detalladamente en lo precedente. Sobre este particular, nos parece claro que la ECS ha incurrido en yerros básicos al desear la lesión de ley en materias de amnistía y prescripción, por las mismas razones explicadas en nuestros apuntes de clases del año 2000, transcritos al inicio.

La conducta criminal subsiste en la medida que se prolongue la acción del agente, esto es, en la medida que éste mantenga privada de libertad y encerrada a la víctima u omita liberarla pese a encontrarse en la posibilidad de liberarla. La ECS ha concluido que la conducta imputada debe darse por subsistente después del 10 de marzo de 1978 –a efectos de amnistía– y hasta el día de la sentencia –a efectos de prescripción–, esto es, ha de entenderse que “han persistido la acción y el resultado” (consideración 31^a); y esto, por las solas circunstancias que “no es posible concluir la muerte del ofendido” (consideración 31^a), que “aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Angel Sandoval Rodríguez” (consideración 31^a), manteniéndose un “estado delictuoso” (consideración 31^a), que “Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos” (consideración 33^a) y que “no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta” (consideración 39^a).

Estos razonamientos merecen, en mi concepto, dos clases de críticas.

En primer lugar, la ECS ha deducido un hecho –persiste la acción de los agentes imputados, hecho que, si se quiere respetar el principio de tipicidad, sólo puede consistir en que mantienen desde 1975 privada de libertad y encerrada a su víctima omitiendo liberarla– a partir de otros hechos de base –no está probada la muerte de la víctima, no hay noticias ciertas suyas, no se conoce el lugar de sus restos si estuviere muerto–, de manera que, en síntesis, al tenor del artículo 485 del CPP, el tribunal de casación ha presumido judicialmente un hecho sobre la base de otros conocidos o manifestados en el proceso.

Pero ocurre que –al así proceder– ha infringido los principios lógicos más elementales, puesto que el hecho deducido –la subsistencia de la acción de encierro y omisión de liberación de los imputados– no se encuentran conectados con gravedad y precisión con los hechos de base de la deduc-

ción, toda vez que, como ha dicho con suficiente claridad el Presidente de la ECS, la referida conclusión de hecho “desafía el sentido común” y una conclusión fáctica debe, ante todo, estarse al más elemental de los sentidos. La subsistencia de una conducta criminal es –como está ya varias veces dicho– una cuestión de hecho: no es una abstracción jurídica en que pueda razonarse sobre la base de ficciones.

En segundo lugar, recuérdese que la ECS, en la consideración 39^a, dijo: “Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, **desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse**, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido...”.

Está aquí probablemente la más censurable de todas las secciones del fallo de casación. Como ha dicho el profesor Bascuñan²¹ –mencionado en el fallo a otros fines–: “Ahora la Corte sostiene que el carácter de delito permanente justifica la condena aplicando la ley posterior al 10 de marzo de 1978, aunque el secuestro se haya comenzado a cometer el 7 de enero de 1975. Esto es incorrecto. **No basta con que el secuestro haya podido permanecer todo ese tiempo. Es necesario que se pruebe que efectivamente permaneció hasta ese entonces. La Corte sostiene que a los acusados corresponde probar que no permaneció. Eso no es correcto. Es al Estado al que le corresponde probar que el delito se cometió, en este caso, que permaneció.** Presumir que el delito ha permanecido mientras no se pruebe lo contrario, y hacer depender de esa presunción la condena, implica infringir garantías constitucionales e internacionales de los derechos humanos”. El profesor Bascuñan está en lo cierto: la presunción de inocencia pone sobre los órganos estatales la carga de la acreditación del delito y de la participación; la alteración de esta regla básica y elemental implica la infracción de aquello mismo que se imputa a los encartados, el respeto de los derechos humanos, aunque con una diferencia importante, porque el 17 de noviembre de 2004 tienen vigor reglas constitucionales y de derecho internacional incorporado al derecho interno que no regían en 1975 y que obligan a toda persona y por cierto al más alto tribunal republicano.

Queda pendiente otra cuestión: ¿pueden revisarse esta misma clase de cuestiones por vías procesales ulteriores o se opone a ello la institución de la cosa juzgada? En concreto, ¿puede plantearse ante el juez de primer

²¹ *El Mercurio*, domingo 21 de noviembre de 2004.

grado la amnistía impropia –en la tesis recientemente planteada por el CDE en cuanto extingue la pena impuesta en la condena respecto de personas determinadas– en incidencia de sobreseimiento definitivo como excepción al cumplimiento de la condena y revisarse el fallo en apelación y en casación? No vemos obstáculo procesal. En efecto, la jurisprudencia tiene resuelto desde mucho tiempo que la cosa juzgada tiene requisitos propios y específicos en lo penal, que son básicamente la identidad de imputado y de hecho punible, pero ha agregado otro: para que opere la cosa juzgada penal como impedimento al nuevo juzgamiento es menester que en el juicio previo haya sido juzgado el mismo asunto y en su propio contexto,²² y ocurre que la amnistía impropia, en los términos restringidos que han quedado aludidos, como obstáculo al cumplimiento de la pena impuesta en la condena, no ha sido antes alegada, conforme a los antecedentes procesales publicados.

De manera que una incidencia de sobreseimiento definitivo puede constituir, en otra perspectiva procesal y en relación una petición jurídica distinta de la amnistía propia, el mecanismo de revisión de cuestiones que han sido comentadas en esta opinión.

²² Por ejemplo, *R.D.J.* T. 83, sección cuarta, página 217; T. 90, sección cuarta, página 26, consideración 3ª.

IV. Opinión del profesor Torres respecto de la sentencia de casación en el fondo de la ECS de 17 de noviembre de 2004

Formulamos en los párrafos siguientes algunas consideraciones después de la primera lectura de la sentencia ECS recaída en los autos sobre recursos de casación Rol N° 517-2004.

Se extienden estas consideraciones a cuanto hay en la citada sentencia sobre la problemática que surge en torno a los delitos permanentes y a la aplicación a su respecto de la amnistía, especialmente la contemplada en el DL 2.191, de 1978, y de la prescripción.

En nuestro concepto, la sentencia de la ECS aborda de manera adecuada y resuelve correctamente la citada problemática. La aborda adecuadamente por cuanto al fundar su decisión, casi a modo introductorio, según lo percibimos, en el considerando 36°, se hace cargo de un tópico relativo a la noción de delito permanente –que tantas páginas ha ocupado en los últimos años–, tópico que de seguro será de utilidad especialmente para quien se dé a la lectura del fallo sin ser experto en la materia, para dejar en claro algo que no debe ser olvidado, ni pasado por alto, cual es que si bien el origen de la noción de delito permanente es doctrinario, no se trata de una mera creación teórica, sino de una elaboración dogmática, vale decir, realizada por la doctrina jurídico penal a partir y sobre la base del ordenamiento jurídico penal vigente, con especial consideración de la estructura que presentan determinados tipos penales –los de los llamados delitos permanentes– y el correspondiente bien jurídico tutelado, de modo que no cabe duda, ni puede caberla, de que la categoría de los delitos permanentes ha estado y está receptada en nuestro ordenamiento penal desde sus orígenes, especialmente entre el catálogo de delitos contenidos en nuestro más que centenario Código Penal.

Adecuadas nos parecen también las líneas que la sentencia dedica a evidenciar que si bien suele vincularse la noción de delito permanente con el delito de secuestro, son muchos otros los delitos que también pertenecen a la categoría de permanente, y comparten con aquel la problemática que de dicho carácter se deriva. A modo de ejemplo, la sentencia menciona los delitos previstos en los artículos 135, 217, 219, 224 N° 5, 225 N° 5 y 457 del Código Penal.

Que sean estas dos las primeras consideraciones que el lector encuentre en la sentencia que comentamos, en las materias sobre las que reflexionamos, nos parece interesante, pues ellas evidencian que el tema y la problemática sobre que se formulan, y que es aquel sobre que la sentencia poste-

riormente resuelve –delito permanente, amnistía, prescripción–, no son puramente teóricos ni exclusivos de estos tiempos, sino que ellos son temas y problemáticas de alto interés práctico, de dogmática penal, que la doctrina penal nacional lleva más de medio siglo tratando de manera uniforme, lo cual deja en claro que es posible tratarlos con fundamento y objetividad.

Compartimos las consideraciones de la sentencia en torno a la conceptualización del delito permanente. Recoge en este aspecto el fallo una uniforme doctrina penal nacional. Entendemos, entonces, que son de esta clase de delitos aquellos cuyo momento consumativo no se cierra en un solo instante –como ocurre en los delitos instantáneos–, sino que dicho momento se prolonga en el tiempo, permanece en él por voluntad del sujeto activo, siendo de destacar que durante el lapso de permanencia del momento consumativo el sujeto activo está en situación de hacerlo cesar. Esto último nos parece relevante y decisivo a la hora de determinar acerca de la temporalidad del delito permanente, y en particular del delito de secuestro sobre que versa la sentencia, y de resolver acerca de la aplicación de la amnistía y de la prescripción de la acción penal a tales casos.

Conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro –uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal– el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción, que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, pues afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito –objeto material del mismo– y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión.

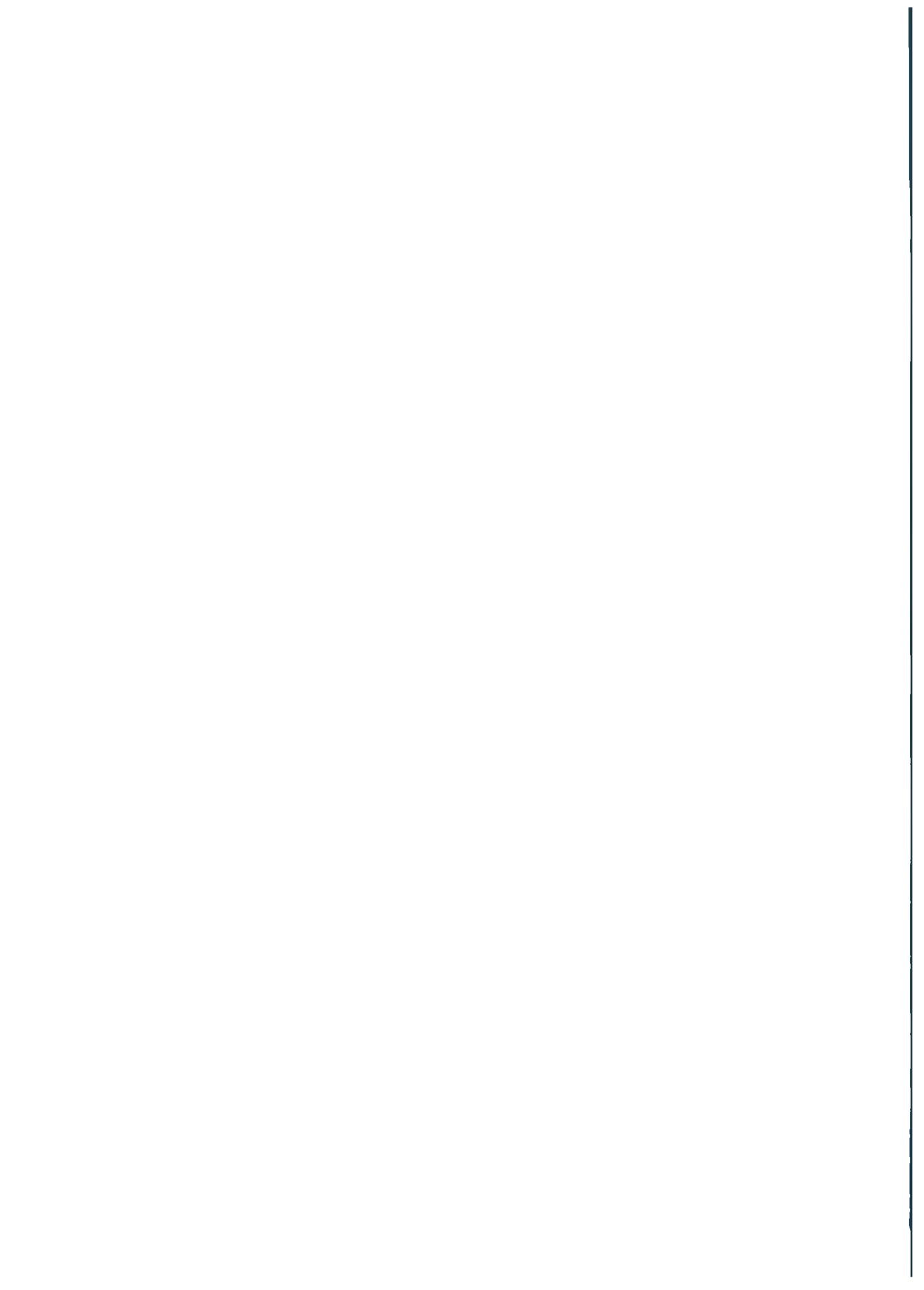
De este modo, comete secuestro quien sin derecho encierra o detiene a otro, privándolo de su libertad ambulatoria, y permanece en la realización del delito mientras pudiendo con su actuar hacer cesar la privación de libertad, no lo hace. A los efectos de establecer temporalmente la comisión del delito de secuestro, es decisiva, entonces, la posibilidad concreta del sujeto activo en orden de actuar para hacer cesar la privación de libertad. Está en dicha posibilidad de actuación quien se halla en situación de

alcanzar la liberación que no ejecuta. Quien actúa en el sentido señalado –realizando la acción de liberación– deja de incurrir en el delito de secuestro, desde el momento en que actúa. Así también cesa en el secuestro quien no actúa por carecer de poder para ello, desde que esto último acontece. Por el contrario, quien después de encerrar o detener en los términos de artículo 141 del Código Penal tiene la posibilidad concreta de hacer cesar la detención o encierro y no obstante mantiene ociosa la correspondiente finalidad de realización, omite, y, por ende, permanece en la realización del delito de secuestro.

Tratándose de delitos permanentes, amnistía y prescripción requieren, para su aplicación, de la cesación de la realización del delito, esto es, de la cesación de la permanencia o perduración de su momento consumativo por voluntad del sujeto activo, de modo que lógicamente mientras ello no ocurra, no podrá ser aplicada ni una ni otra. En palabras del fallo que comentamos, "... en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido".

Según entendemos, en el caso sometido al juzgamiento que comentamos, son hechos comprobados que se detuvo al ofendido, privándosele de su libertad, sin derecho, por más de noventa días, sin que hasta ahora se tengan noticias ciertas de su paradero, sin que obre en autos ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal distinta de la de secuestro prevista en el artículo 141 del Código Penal, sin que sea posible concluir la muerte del ofendido, de modo que, entonces, la omisión en la cesación del estado indeseado creado con la detención sin derecho del ofendido, que integra junto a la acción de detener o encerrar el hecho típico, está comprobada y no ha cesado, o, por lo menos, no está comprobado que esto último haya ocurrido, por lo que no pueden aplicarse ni la amnistía ni la prescripción, por estar ausentes los presupuestos indispensables para ello.

Las razones expuestas nos hacen concluir que el fallo de la ECS resuelve correctamente lo relativo al delito permanente y la aplicación a su respecto de la amnistía prevista en el DL 2.191, de 1978, y de la prescripción de la acción penal.



El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal

Carlos Pecchi Croce

Director Departamento Derecho Procesal

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Entre los diversos principios que orientan e inspiran el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio que nos rige actualmente, dos de ellos están estrechamente relacionados con la institución que nos ha correspondido desarrollar. Ellos son: los principios del derecho al juicio previo y el de la pluralidad.

El primero, consagrado como una verdadera piedra angular del sistema en el artículo 1º del nuevo Código, prescribe que “toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”. A su vez, el inciso 2º del artículo 116 agrega que una vez ejercida la acción penal, no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal.

Sin embargo, el nuevo sistema, junto con consagrar esta manifestación del principio de legalidad, reconoce también el principio de la pluralidad o de la selectividad, cuya finalidad es contemplar la posibilidad de evitar el juicio oral respecto de todo delito, salvo los de mayor gravedad.

Por ello, el nuevo Código Procesal Penal ha consagrado variados mecanismos procesales para descongestionar el flujo de causas, con la finali-

dad de liberar a los tribunales para permitirles tratar sólo los casos más importantes y dar respuesta penal rápida a los casos menores.

Al respecto, en la doctrina hay consenso en afirmar que si se desea que un sistema acusatorio funcione con eficacia y prontitud, es indispensable que se contemplen respecto de todo delito, salvo los de mayor gravedad, diversas salidas alternativas y mecanismos de aceleración procesal o llamados también de simplificación procesal que conlleven a que no más allá del 10% al 15% de los casos ingresados al sistema requieran que se acuda al juicio oral. Es el porcentaje que se considera ideal tanto en Estados Unidos como en algunos países europeos, y que para nosotros no nos debe parecer como una cifra utópica de alcanzar.

En efecto, estudios empíricos efectuados en Chile sólo algunos años antes que empezara a aplicarse el nuevo sistema, demostraron que del total de causas criminales que ingresaron a los tribunales, sólo el 30,7% de ellas terminó en sentencia (30% condenatorias y 0,7% absolutorias), el 56,7% lo hizo en sobreseimiento y un 12,6% concluyó por otros motivos. Contribuyó en gran medida al porcentaje de sentencias definitivas las recaídas en procesos por faltas, en que se llegó al 88%, y en procesos por leyes especiales, en que dicho porcentaje alcanzó al 56%. Por ello, concluyó dicho estudio, si se excluyen las causas por faltas y leyes especiales, el promedio de juicios finalizados en sentencias alcanzó sólo a un 6% y los sobreseimientos se elevaron al 79%.

Todos estos mecanismos que contempla el nuevo Código importan, por consiguiente, excepciones al principio del derecho al juicio previo y sus consagraciones obedecen a la aplicación del principio de la pluralidad.

¿Y cuáles son? En total, son nueve. Nos limitaremos a enumerarlas y a dar un muy somero concepto de cada uno de ellos.

El actual sistema procesal penal cuenta con tres grupos de mecanismos procesales para descongestionar el flujo de causas criminales: en primer término, las atribuciones o facultades discrecionales del Ministerio Público; en segundo lugar, las salidas alternativas, y, por último, las formas de aceleración procesal. En la obra *Evolución de la Reforma Procesal Penal Chilena*, cuyo redactor es don Andrés Baytelman, se concluye que todos estos medios de selección de casos, después de diez meses de haber entrado en vigencia el nuevo Código en la IV y en la IX Región, estaban subutilizados en comparación con las proyecciones hechas por los estudios preparativos de la reforma.

Respecto del primer grupo, el nuevo Código ofrece al Ministerio Público tres atribuciones discrecionales para desestimar nuevos casos al sistema:

a) La facultad del fiscal para archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Art. 167.

b) La facultad del fiscal para abstenerse de la investigación cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Art. 168.

c) El principio de oportunidad, en cuya virtud el fiscal podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, salvo las excepciones que contempla el art. 170.

En cuanto a las salidas alternativas incorporadas al sistema, ellas son dos:

a) La suspensión condicional del procedimiento, que faculta al fiscal para pedir al juez de garantía que suspenda la investigación y someta al imputado al cumplimiento de determinadas condiciones, siempre que la pena que pudiere imponerse no excediere de tres años de privación de libertad y el imputado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Arts. 237 al 240 y arts. 245 y 246.

b) Los acuerdos reparatorios que pueden convenir el imputado y la víctima, tratándose de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o lesiones menos graves o delitos culposos. Arts. 241 al 246.

Finalmente, respecto de las formas de aceleración procesal o llamadas también de simplificación procesal, podemos señalar las siguientes:

a) El procedimiento simplificado reglamentado en los arts. 388 y siguientes, que se aplicará tratándose de las faltas y respecto de los simples delitos en que el fiscal requiere una pena que no excede de 540 días de privación de libertad. Conoce de él el juez de garantía con un procedimiento que conlleva un menor grado de oralidad y contradicción.

b) El procedimiento monitorio, por medio del cual el imputado puede optar por ser condenado a una pena de multa sin audiencia de juicio. Arts. 392 y siguientes.

c) El procedimiento abreviado, reglamentado en los arts. 406 al 415.

Pero además debemos recordar que el nuevo Código contempla también la institución del sobreseimiento que puede dictar el juez de garantía, señalándose en el art. 250 las causales de sobreseimiento definitivo y en el art. 252 las de sobreseimiento temporal. En ambos casos, lógicamente, no se llegará al juicio oral.

Todas estas salidas persiguen racionalizar la carga de trabajo que deberá enfrentar el nuevo sistema procesal penal, permitiendo que un porcentaje considerable de investigaciones criminales logren soluciones anteriores al juicio oral. En otros términos, son instrumentos que permiten el empleo razonable de los recursos destinados a la persecución criminal, seleccionando aquellos que ameriten realmente llegar al juicio oral y público. Se logra así uno de los principios que inspiran el nuevo sistema procesal penal, cual es, la administración eficaz de los recursos públicos en la persecución penal.

En muchos países estas finalidades se han cumplido plenamente. Pero en otros ello no ha sucedido, como, por ejemplo, en Italia. En efecto, el Magistrado Giovanni Salvi, al exponer en el Senado chileno, precisó que en su país los mecanismos alternativos prácticamente no se han aplicado, debido a incoherencias sistemáticas en las disposiciones del Código. En consecuencia, señaló, el juicio oral, que en teoría debiera aplicarse a un porcentaje reducido de casos, se ha transformado en el procedimiento habitual (Informe de la Comisión de Constitución del Senado, página 4).

Efectuada esta introducción, entremos al análisis del tema objeto de este estudio, esto es, el procedimiento abreviado.

Concepto

El procedimiento abreviado se encuentra regulado en el Título III del Libro IV, vale decir, entre los procedimientos especiales, en los artículos 406 al 415. Para el profesor argentino Pedro Juan Bertolino importa o constituye la vedette del proceso penal actual.

En términos generales, el procedimiento abreviado elimina el debate oral, público y contradictorio, cuando la pena que se espera, conforme a la importancia del ilícito investigado, es relativamente leve, siempre que el inculpado manifieste su acuerdo con los hechos que se contienen en la acusación y con los antecedentes de investigación que los acreditan y que estén de acuerdo en su aplicación todos los sujetos esenciales del procedi-

miento penal, esto es, el Ministerio Público, el imputado y su defensor y también el tribunal. En otras palabras, se podrá proceder mediante estas normas cuando no exista controversia sobre los resultados de la investigación y se traduce en que la causa se conocerá y fallará en una audiencia ante el juez de garantía.

Esto es, el procedimiento abreviado obedece a dos razones fundamentales: a) la necesidad de racionalizar los recursos fiscales en la persecución penal, y b) evitar la congestión de causas ante el tribunal oral.

¿Y qué antecedentes legislativos más inmediatos tiene esta regulación?

Nadie puede desconocer la gran influencia que ha ejercido el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en nuestro nuevo Código Procesal Penal y específicamente en la incorporación del procedimiento abreviado.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados se consigna expresamente que dicho cuerpo legal "ha sido de extraordinaria utilidad".

Y esta decisiva influencia no sólo ha alcanzado a nuestro país, ya que recientes Códigos del área han incorporado a su preceptiva el procedimiento abreviado, como ha sucedido, por ejemplo, con el Código Procesal Penal de Guatemala del año 1992, en sus arts. 464 a 466; el de Costa Rica del año 1996, en sus arts. 379 a 380, y el de Bolivia del año 1997.

En todos ellos se pretende, aunque las normativas no son ni iguales ni uniformes, lograr la llamada por la doctrina "conformidad en el proceso penal", esto es, la posibilidad de obtener "la solución negociada" del conflicto que constituye la materia de enjuiciamiento criminal. Y eso es, en definitiva, el procedimiento abreviado: una justicia penal negociada o consensuada o convenida.

¿Y qué es este Código Procesal Penal para Iberoamérica que tanta influencia ha ejercido en el área?

La idea de redactar estos Códigos Procesales Tipos, tanto Civil como Penal, perteneció al recordado Profesor Don Aniceto Alcalá-Zamora y Castillo, primer presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, quien en las IV Jornadas del Instituto, llevadas a cabo en las ciudades de Caracas y Valencia (Venezuela), en los meses de marzo y abril del año 1967, propuso la formulación de bases para uniformar la legislación procesal de los países americanos.

Respecto del Código Procesal Penal tipo, se designó a los juristas argentinos Alfredo Velez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo para que cumplieran la tarea de desarrollar las bases políticas de un Código Modelo, las que fueron presentadas, discutidas y aprobadas en las V Jornadas del Instituto, realizadas en Colombia, en las ciudades de Bogotá y Cartagena, en el año 1970.

En jornadas sucesivas del Instituto Iberoamericano y con la incorporación de nuevos miembros a las comisiones de estudio, se fue estructurando este Código, y, en definitiva, en las XV Jornadas de Derecho Procesal, celebradas en Brasil, en Río de Janeiro, en el año 1988, se aprobó el Código Procesal Penal para Iberoamérica, correspondiéndoles realizar las últimas correcciones a los profesores Jaime Bernal Cuellar, de Colombia, Ada Pellegrini, de Brasil, y Fernando de la Rúa y Julio Maier, de Argentina.

Cabe destacar que este Código Procesal Penal Modelo, al igual que el Código Civil Modelo, que fue aprobado también en el año 1988, no tiene la pretensión de regir como tal en ningún país. Es solamente un modelo, un Código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países de nuestra área y que, además, persigue dos finalidades fundamentales: constituirse en un aporte importante en la tarea de integración de los pueblos iberoamericanos y contribuir al mejoramiento de la justicia de los mismos. Además, como se consigna en la exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo, con el fin de integrar a Latinoamérica a la corriente universal en materia de Derecho Procesal Penal, se tomaron como fuentes las leyes procesales de Francia, Italia, España y especialmente la Ordenanza Procesal Penal de la entonces Alemania Federal.

Estos antecedentes han determinado que en Europa siempre se esté destacando el importante esfuerzo realizado en América Latina tendiente a lograr una efectiva armonización de la legislación procesal, tanto penal como civil, mediante la aprobación de estos dos Códigos Modelo.

Requisitos de procedencia

Se encuentran mencionados en los artículos 406 y 407.

Por constituir el procedimiento abreviado una manifestación de la justicia penal consensuada, negociada o de acuerdo, requiere que el imputado reconozca los hechos que sirven de base para la acusación y que, por ende, renuncie a su derecho a exigir un juicio oral.

De esta consigna básica se derivan los presupuestos de procedencia, que son:

a) En primer lugar, la pena privativa de libertad que requiera el Ministerio Público no debe ser superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, u otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, exceptuado la de muerte, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas.

Como se señaló en el informe de la Comisión del Senado, el fiscal tiene una posibilidad amplia para ofrecer penas, incluyendo el balance de las circunstancias atenuantes y agravantes. Esto es, la pena que debe considerar el fiscal es la concreta del caso y no la abstracta contemplada en la ley.

En el Código Procesal Penal modelo, la pena requerida por el Ministerio Público no debe ser mayor a dos años de privación de libertad o una pena no privativa de libertad (art. 371).

b) El segundo requisito es que el imputado, en conocimiento "de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren", debe aceptarlos expresamente y manifestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado.

Se estimó necesario que el imputado acepte expresamente someterse a este procedimiento especial, como se señaló en el informe de la Comisión del Senado, "atendido que este procedimiento no contempla recepción de pruebas y afectaría su derecho al debido proceso. Por ello, se le exige que renuncie al juicio oral a que tiene derecho".

¿Importa esta aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes que la fundaren la confesión del imputado?

Al respecto, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados el jefe de la unidad coordinadora de la reforma procesal penal del Ministerio de Justicia, don Rafael Blanco Suárez, señaló que "el presupuesto requerido para que se produzca el procedimiento abreviado no es la declaración de culpabilidad del imputado. Lo que persigue el procedimiento abreviado, agregó, es un reconocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes en los cuales se funda la instrucción hecha por el fiscal. Parece indispensable que ello exista, puesto que es el procedimiento a partir del cual el fiscal tendrá la voluntad de negociar, porque de otro modo, nada habrá que negociar" (Informe, pág. 139).

No compartimos la opinión del distinguido colega, ya que si el acuerdo conlleva la aceptación de los hechos materia de la acusación, ello implica, evidentemente, que el imputado reconoce su participación en los hechos que se dan por establecidos en la acusación y que la fundamentan. Consecuencialmente, debemos concluir que el inculpado está confesando haber tenido participación en el delito objeto de la investigación.

Como lo reconociera el profesor argentino Alberto Binder, al exponer su ponencia sobre el procedimiento abreviado en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en octubre de 2000 en San José de Costa Rica, "con el procedimiento abreviado se logra la finalidad del proceso penal con el mínimo de actuaciones, pero requiere –digámoslo sin eufemismos– la confesión del imputado".

¿Por qué se eligió esta fórmula?

Al respecto, señalemos que en la Comisión de Constitución del Senado se precisó que el imputado puede mostrarse más proclive a esta aceptación de los hechos materia de la acusación que a confesar directamente su participación, y ello facilitará el que se recurra más masivamente a este procedimiento, descongestionando los tribunales orales.

Como el imputado acepta como veraces los antecedentes reunidos por la fiscalía, al juez sólo le queda indagar dentro de esos antecedentes y con los medios de convicción que ellos le aportaron, podrá, en definitiva, y para el evento que acepte este procedimiento, dictar sentencia condenatoria o absolutoria.

En caso de que existan varios acusados o que se le atribuyan varios delitos a un mismo acusado, no hay impedimento alguno para la aplicación de las normas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurren los requisitos de procedencia expresados anteriormente.

c) El fiscal debe solicitar al juez de garantía que se proceda de conformidad al procedimiento abreviado.

Esta última exigencia tiene su fundamento en la necesidad de regular, con claridad y precisión, un posible concurso real de delitos y la eventual existencia de más de un responsable en la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito.

Titular de la solicitud

De los arts. 259 letra h), 406, 407, 409 y 410 del Código Procesal Penal, se concluye que el titular exclusivo para solicitar que se proceda de conformidad al procedimiento abreviado es el fiscal. En consecuencia, nunca podrá pedirlo el imputado, el defensor del imputado ni el querellante.

En el Instructivo General N° 57 del Fiscal Nacional (págs. 1 y 2), se resalta que el titular exclusivo de la petición de procedimiento abreviado es el fiscal y que nunca lo podrá solicitar unilateralmente un imputado o su defensor y menos aún el querellante, salvo el caso de forzamiento de la acusación, previsto en el art. 258 del Código.

Agrega el Instructivo que no es procedente que la solicitud de este procedimiento se haga por el fiscal, de común acuerdo con el imputado, porque los arts. 409 y 410 le exigen al juez de garantía que antes de resolver consulte al acusado si acepta libre y voluntariamente someterse a este procedimiento y renunciar a la exigencia de un juicio oral. Por último, instruye el Fiscal Nacional a los fiscales que en caso alguno soliciten la aplicación del procedimiento abreviado, de común acuerdo con el acusado, antes de la audiencia de preparación del juicio oral.

Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado

El Código contempla, en su artículo 407, dos oportunidades válidas para solicitarlo. Estas son:

1) El fiscal podrá solicitarlo al juez de garantía “en el escrito” de acusación dentro de los diez días siguientes de declarar cerrada la investigación. Art. 248 del Código, en relación con la letra h) del artículo 259, y

2) El fiscal podrá solicitarlo también “verbalmente” en la audiencia de preparación del juicio oral. En este caso, el fiscal y el acusador particular o querellante, si lo hay, podrán modificar su acusación así como la pena requerida, a fin de permitir la procedencia del procedimiento abreviado.

Esto es, el procedimiento abreviado queda inserto en la audiencia que estimamos fundamental en el nuevo sistema procesal. Recordemos que sus finalidades son, entre otras, la fijación de la litis y su depuración a que se refieren los artículos 263 y 264; los propósitos probatorios señalados en el artículo 276 del Código y, además, en dicha audiencia de preparación del juicio oral se persigue la búsqueda de consensos de justicia consentida, como los son las salidas alternativas y la aplicación del procedimiento abre-

viado. Finalmente, recordemos que en ella precluye la oportunidad para alegar la nulidad procesal de actos irregulares verificados durante la etapa de la investigación (art. 98).

Oposición del querellante a la solicitud del fiscal de proceder de conformidad al procedimiento abreviado

El Código consagra en su artículo 408, para el evento que intervenga el querellante en la causa, el siguiente procedimiento:

Dicho interviniente puede formular oposición, siempre que se den las dos siguientes condiciones:

a) Cuando en su acusación particular (art. 261 letra a) hubiere efectuado una distinta calificación jurídica de los hechos o atribuido una forma especial de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad diferentes a las consignadas por el fiscal, y

b) Como consecuencia de concurrir algunas de estas situaciones, solicite la aplicación de una pena que exceda al límite de cinco años de presidio o reclusión.

¿Puede oponerse el actor civil?

En la discusión en el Senado se eliminó la referencia que hacía el texto aprobado por la Cámara de Diputados en el sentido que si hay actor civil, éste por motivo alguno puede oponerse a la tramitación abreviada del procedimiento.

La posición mayoritaria de la doctrina estima que el actor civil no puede oponerse y conforme lo señalado en el inciso final del art. 412, la sentencia que recaiga en el procedimiento abreviado no se pronuncia sobre la demanda civil. Por ello, el actor debe accionar en sede civil.

Pronunciamiento que recae en la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado

Una vez que el fiscal ha solicitado la prosecución del juicio de manera abreviada, el juez de garantía deberá, antes de resolver, constatar si el imputado ha prestado el consentimiento para aplicar el procedimiento abreviado. En efecto, el artículo 409 del Código dispone que "antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abre-

viado en forma libre y voluntaria, de que conoce su derecho a exigir un juicio oral, que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pueda significarle, y, especialmente, de que no ha sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros”.

Sólo una vez que el juez de garantía se ha asegurado que se han cumplido las circunstancias antes indicadas, queda en condiciones de resolver la petición del fiscal de tramitación en forma abreviada, y lo podrá hacer en alguna de las dos siguientes formas:

a) Rechazar la solicitud si estima que no se han cumplido todos los requisitos legales o si considera fundada la oposición del querellante, en su caso.

Si así procede, dictará al auto de apertura del juicio oral.

Si se da esta primera hipótesis, deben tenerse por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes de la instrucción que la fundaron, como también las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Así se señala en el art. 410 inciso 2º y se reitera este principio en el art. 335 del Código.

b) La segunda forma en que puede resolver el juez de garantía la petición del fiscal es acoger su solicitud y disponer la tramitación conforme al procedimiento abreviado, lo que implica que se va a omitir el juicio oral.

Adoptará esta actitud siempre que concurren todas las exigencias legales que hemos analizado y, reitera una vez más el artículo 410 del Código, cuando considere que el acuerdo ha sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

Tramitación del procedimiento abreviado

La contempla el artículo 411 del Código.

Una vez que el procedimiento abreviado ha sido declarado procedente, en la audiencia respectiva el juez de garantía debe abrir el debate, para lo cual otorgará, primeramente, la palabra al fiscal del Ministerio Público, quien deberá efectuar una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la instrucción que la fundamentaron.

Una vez finalizada la exposición del fiscal, se dará la palabra a los demás intervinientes, como el acusador particular, si lo hay, finalizando siempre

el acusado, quien, seguramente, planteará lo que en derecho le parezca de acuerdo a la estrategia asumida por su defensor.

Una vez concluido el debate, el juez de garantía queda en condiciones de dictar sentencia.

Fallo recaído en el procedimiento abreviado

El Código se encarga de regular, en el artículo 412, las clases de sentencia que puede dictar el juez de garantía y los efectos que ella produce. Posteriormente, en el artículo 413, se refiere a las menciones que ella debe contener.

Señala el artículo 412, textualmente:

Terminado el debate, el juez dictará sentencia. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso.

Esto es, la sentencia que dicte el juez de garantía puede ser absolutoria o condenatoria.

En el informe de la Comisión de Constitución del Senado se precisó que el juez podrá absolver al acusado si llega a la convicción que los hechos invocados por las partes no corresponden a los antecedentes de la investigación o que éstos no son suficientes para acreditar la participación del imputado.

En caso de ser condenatoria, el Código precisa, a su respecto, diversos efectos:

a) La primera, como ya señalamos, es que no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante particular, en su caso;

b) La segunda, que no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado. Art. 412 inciso segundo.

En el informe de la Comisión de Constitución del Senado se señaló que la exigencia mínima que el legislador debe contemplar para que se dicte sentencia condenatoria es la concurrencia de antecedentes adicionales a la sola aceptación de los hechos por parte del imputado. Este mismo principio se consagró en el artículo 340 inciso final, para el proceso oral.

c) Un tercer aspecto es que, en ningún caso, el procedimiento abreviado obstará a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la Ley N° 18.216, cuando correspondiere. Art. 412 inciso tercero, y

d) En cuarto lugar, en el evento de haberse interpuesto una demanda civil (arts. 59 y 60, en relación con el art. 261 letra d), la sentencia condenatoria no se pronunciará sobre ésta, la que se podrá deducir nuevamente ante el tribunal civil competente. Art. 412, inciso cuarto.

Contenido de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado

El artículo 413 del Código dispone que la resolución que resuelva el procedimiento abreviado, sea absolutoria o condenatoria, debe contener una parte positiva, una considerativa y una dispositiva o resolutive.

Las dos primeras exigencias señaladas en las letras a) y b) constituyen la parte positiva de la sentencia.

Los dos siguientes requisitos, contemplados en las letras c) y d), configuran la parte considerativa.

Finalmente, la letra e) prescribe que la sentencia debe contener la resolución que condene o absuelva al acusado, y, lógicamente, concluye el artículo 413 señalando en la letra g) que deberá ser firmada por el juez que la hubiere dictado.

En el Senado se agregó una letra f) que prescribe que la sentencia debe contener un pronunciamiento sobre las costas.

Recursos que proceden en contra de la sentencia, sea absolutoria o condenatoria

Al tenor de lo previsto en el artículo 414 del Código, dicha resolución es impugnabile sólo por el recurso de apelación, el que deberá concederse en ambos efectos.

Al respecto, es de interés recordar que el artículo 364 del Código prescribe, como principio general, que serán siempre inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. Si se permite en este caso la apelación en contra del fallo del juez de garantía, se debe a que estamos frente a una resolución dictada por un juez unipersonal y en un procedimiento en que no ha habido rendición de pruebas.

En el Instructivo General N° 57 de la Fiscalía Nacional (página 11) se reitera que sólo es procedente el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva y, en consecuencia, no lo son los recursos de reposición ni de nulidad.

Este recurso de apelación se tramitará conforme a las reglas generales contenidas en los títulos I y III del Libro III del Código Procesal Penal, por aplicación del artículo 415.

Comentarios que nos merece la regulación del procedimiento abreviado

No nos referiremos, por no correspondernos, a las críticas que se formulan en general a la denominada justicia penal consensuada o negociada, entre cuyas manifestaciones tenemos al procedimiento abreviado que hemos revisado.

En efecto, en el procedimiento abreviado el acuerdo debe existir entre el acusado y su defensor con el fiscal. Pero este convenio requiere, en definitiva, la autorización o aprobación del juez de garantía, esto es, del órgano jurisdiccional.

Estimo de importancia precisar que este mecanismo que revisamos difiere sustancialmente de un tipo o especie de procedimiento abreviado que en la legislación comparada ha alcanzado especial renombre. Me refiero al "*plea bargaining*" norteamericano, o, en español, "las alegaciones preacordadas", que constituye una forma de solución negociada del caso penal, básicamente entre el fiscal y el abogado defensor. En el *plea bargaining* aparece de manifiesto el estímulo que lo hace atractivo, ya que se traduce en un trato mediante el cual la acusación se aviene a pedir una sentencia más benigna o abandonar algunos de los cargos o dar alguna otra ventaja al acusado a cambio de que éste se declare culpable y evitar tener así que ir a juicio oral por jurado.

Como señala el profesor Pedro Juan Bertolino en su interesante estudio "Para un encuadre del proceso penal abreviado" (pág. 4) "el *plea bargaining*", respecto a sus alegadas bondades, no está exento de opiniones encontradas: a su favor se ha aducido que beneficia a todos los intervinientes en el proceso, ayuda al logro de la economía procesal y hace más rápida y mejor la administración de justicia; en su contra, en cambio, se ha argumentado que adultera el papel de las partes, quiebra los principios del proceso penal, desvirtúa la determinación de la pena y, en ocasiones, posibilita que personas inocentes por diversas razones se declaren culpables".

Por nuestra parte, no nos agradan estos incentivos del *plea bargaining*, porque atenta abiertamente con el principio de la legalidad y su aplicación queda entregada a la libre voluntad del fiscal y sin control alguno de parte de un órgano jurisdiccional.

Pero ¿cuáles son las principales observaciones o comentarios que nos merece la regulación de esta institución en el nuevo Código Procesal Penal?

1. En primer lugar, estimamos que la procedencia del procedimiento abreviado queda entregada, en parte importante, a la discrecionalidad del fiscal. Esto es, no se atiende a la mayor o menor pena que la ley asigna a un determinado delito, sino a la voluntad del fiscal para estimar suficiente la imposición de una sanción no mayor a 5 años de privación de libertad.

En otros términos, el presupuesto de su aplicación no descansa sobre bases objetivas, sino que sobre una base subjetiva, puesto que él no dice relación con una determinada categoría de delitos, sino que con la pena que se solicita por el fiscal respecto de un ilícito penal.

Lo anterior puede conducir a situaciones de desigualdad en la aplicación de la ley, ya que su procedencia va a depender de la voluntad de cada fiscal, y, así las cosas, va a ser difícil lograr una relativa uniformidad entre los numerosos fiscales existentes a lo largo del país.

2. Una segunda observación o comentario dice relación con las oportunidades válidas para solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, que ya señalamos que son dos: a) en el escrito de acusación y, b) verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral.

Ahora bien, no comprendemos por qué el legislador no usó el mismo criterio seguido respecto de las salidas alternativas. En efecto, de acuerdo con el art. 245 del Código del ramo, tanto la suspensión condicional del procedimiento como el acuerdo reparatorio pueden solicitarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación y hasta la audiencia de preparación del juicio oral.

No vemos razón alguna para no hacer aplicable el mismo principio al procedimiento abreviado y permitirle al fiscal la misma norma que rige respecto de las dos salidas alternativas. No observamos inconveniente alguno para ello.

3. Para la aplicación del procedimiento abreviado, el Código no hace referencia alguna a que ello será procedente siempre que se encuentre sufi-

cientemente acreditado el hecho punible y por otros medios que no sea el reconocimiento de participación que hace el imputado.

Creemos que no se puede vulnerar el principio que el cuerpo del delito no puede ser probado por la confesión del imputado. Este reconocimiento del acusado sólo podrá acreditar su participación, pero nunca el hecho delictuoso.

Recordemos que el inciso 2º del art. 412 del nuevo Código consagra que la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.

Pero aun así es valedera la objeción, ya que estos antecedentes adicionales a la sola aceptación de los hechos por parte del imputado pueden referirse exclusivamente a su participación en el ilícito, pero no a la comprobación del hecho delictuoso.

Como se señaló en la discusión parlamentaria respecto del procedimiento abreviado: ¿qué pasa si se ponen de acuerdo el acusado y el Ministerio Público, por conveniencia mutua por distintas razones, para llevar adelante el procedimiento abreviado y el hecho punible no está establecido?

Por estas razones, consideramos que estos acuerdos de la denominada justicia penal consensuada o negociada, sólo podrán ser aceptados cuando, entre otros requisitos, en concepto del juez de garantía se encuentre acreditado el hecho punible por algún medio que no sea la confesión del acusado.

4. Una cuarta observación o comentario: en aquellas situaciones en que se requiere como requisito de procedencia, que el imputado reconozca su participación en el delito, estimamos que no basta que el cuerpo del delito esté acreditado y que el imputado reconozca su participación en él, sino que debe exigirse que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendidos los demás antecedentes de la investigación. Como lo señaló el senador don Enrique Zurita Camps en la discusión parlamentaria, "la confesión debe guardar armonía con otros hechos para ser creíble". Es peligroso, agregó, llegar al endoso de los delitos.

Y en verdad, sin esta exigencia puede suceder que en diversas ocasiones se va a estar juzgando a inocentes que asumen la responsabilidad de hechos cometidos por otros individuos. Esta posibilidad no debe constituir mayor novedad, ya que todos debemos recordar, seguramente, experiencias profesionales en que se produjo esta situación.

Debe evitarse que esta institución pueda contribuir a ocultar al verdadero culpable.

Corresponderá arbitrar las medidas para evitar que ello suceda al juez de garantía al momento de prestar la autorización o aprobación al correspondiente acuerdo.

Y aquí nos encontramos frente a otro punto que ha sido debatido: ¿cuáles son las facultades del juez de garantía al autorizar o aprobar estos acuerdos de la justicia negociada o consensuada? ¿Debe limitarse solamente a realizar un estudio formal y constatar si en cada caso se cumplen los requisitos de procedencia que el Código enumera para una determinada institución o, por el contrario, está habilitado para pronunciarse sobre el mérito del acuerdo logrado para el procedimiento abreviado?

La observación que acabamos de analizar nos motiva para pronunciarnos por la posición última: no realizar una simple revisión formal, sino que hacer un estudio sobre el fondo del acuerdo y propender a la más estricta observancia del principio de legalidad. Esto es, que la pena solicitada se ajuste plenamente al margen o marco legal.

El juez de garantía debe velar siempre por la estricta observancia del principio de legalidad.

Al respecto, nuestra opinión es que debe primar siempre la decisión de un órgano jurisdiccional, como lo es el juez de garantía, sobre la intención de una autoridad no jurisdiccional, como lo es el fiscal.

5. Otra importante observación es que consideramos que el Código no establece estímulo alguno para que los imputados se sientan atraídos para recurrir a él.

Como muy bien lo señaló el Senador Sergio Diez Urzúa (Informe, pág. 141), "si no se logra que el procedimiento abreviado se aplique a una cantidad suficiente de causas, a la larga deberá ser nuevamente revisado el sistema".

Al respecto, consideramos que era indispensable establecer estímulos para que el imputado quiera llegar a un acuerdo con el Ministerio Público, como ser, una atenuación de la pena.

De no existir estos alicientes, puede suceder que se hagan realidad algunos comentarios que ya se escuchan en el foro, de los eventuales futuros abogados defensores de los imputados.

¿En qué consisten ellos?

Todos sabemos que en el nuevo Código Procesal Penal la prueba aportada durante la fase de investigación a cargo del Ministerio Público no tiene ningún valor en el juicio oral, salvo los casos excepcionales de la prueba anticipada que se regula en los artículos 191 y 280, o de las convenciones probatorias a que se refiere el artículo 275. Por lo tanto, todas las declaraciones y probanzas que se hayan obtenido o realizado en la etapa de investigación van a tener que ser reproducidas íntegramente en el proceso oral.

Como lo advirtió un ex presidente de la Excm. Corte Suprema en la Comisión de Constitución de la Cámara, "diversos abogados me han comentado que será más conveniente ir a juicio oral que al procedimiento abreviado, por las dificultades que se producirían al rendir las pruebas".

Creemos que este peligro podría haber desaparecido si se hubiere hecho más atractivo el procedimiento abreviado, mediante el establecimiento de estímulos que hubieren sido verdaderos incentivos para recurrir a él por parte de la defensa del imputado. Por ejemplo, y así se propuso en sede legislativa por el Instituto Chileno de Derecho Procesal, permitir que el fiscal pueda convenir una pena atenuada hasta en uno a dos grados al mínimo de la que la ley establece para el respectivo delito.

De no consagrarse expresamente esta atenuante, se corre el peligro que en la práctica, como ya ha venido ocurriendo, se invoquen concertadamente entre el fiscal y el defensor, circunstancias atenuantes que no corresponden y que no se encuentran debidamente acreditadas, con el único fin de permitir que sea aplicable el procedimiento abreviado.

6. Finalmente, un alcance a una supuesta crítica u objeción al procedimiento abreviado y que no la compartimos, por considerarla injustificada o improcedente.

Ante la duda que puede plantearse en el sentido si el procedimiento abreviado lesiona o no la garantía del debido proceso, debemos señalar que la renuncia al juicio oral por parte del imputado no puede considerarse que constituye un riesgo de una menor protección a sus derechos e intereses. Por el contrario, la institución establece importantes resguardos para el imputado.

En efecto, como lo señala el profesor argentino José Cafferata Nores, "no se advierte que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido

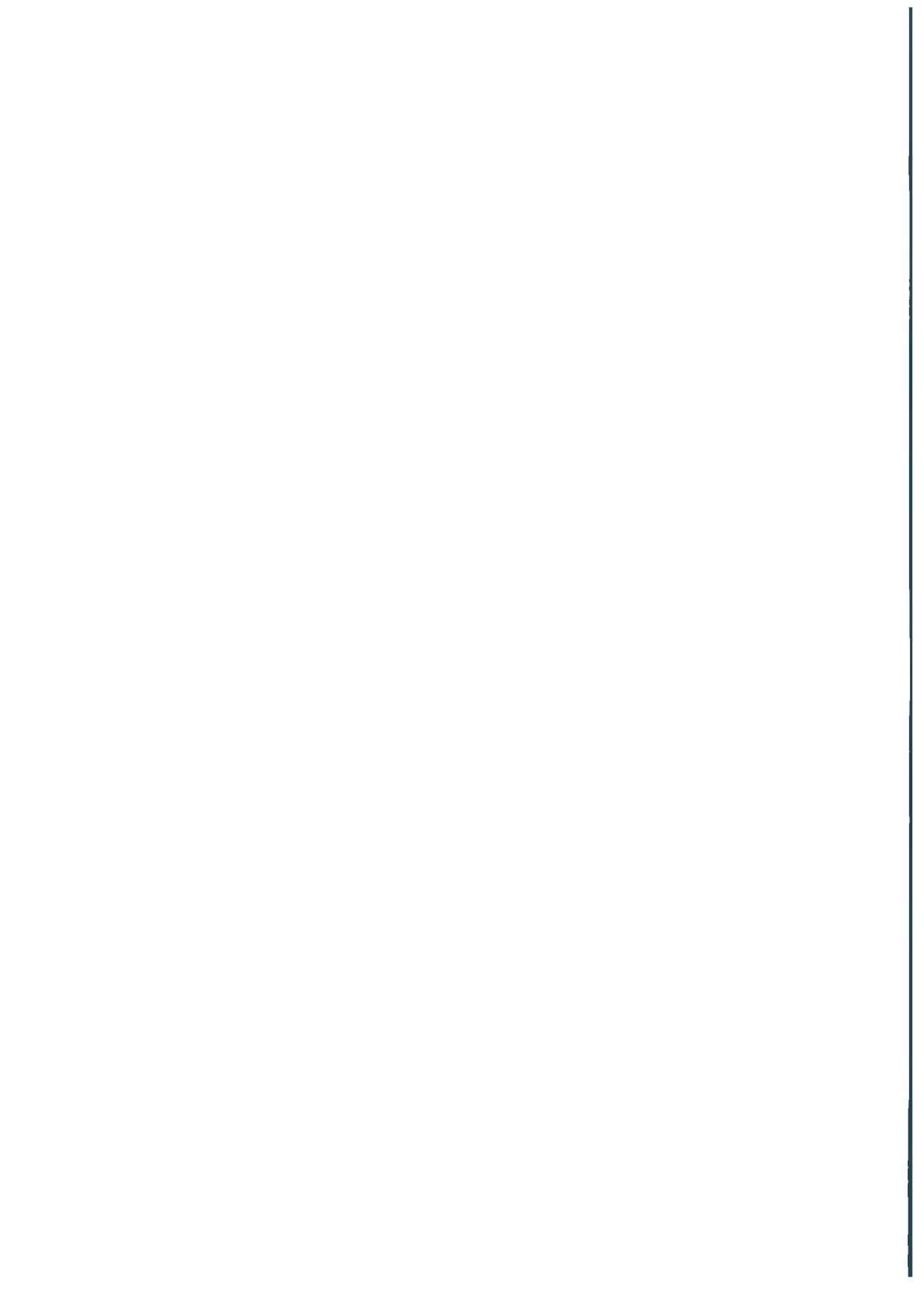
proceso, pues las exigencias de éste se respetan. Hay acusación; hay defensa, la que se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada y estimada conveniente a su interés por el imputado, debidamente asesorado por el defensor; hay prueba, la recibida en la investigación preparatoria estimada idónea por el Ministerio Público, imputado, defensor y tribunal; hay sentencia, la que se fundará en las pruebas de la investigación preparatoria –y en el corroborante reconocimiento de culpabilidad del acusado– y definirá el caso, y hay recursos, los que procederán por las causales comunes” (Citado por Pedro Juan Bertolino. *Para un encuadre del proceso penal abreviado*, página 10).

En conclusión, el procedimiento abreviado importa una forma expedita y eficaz para evitar que se provoque el agobio de juicios orales. Será, al decir del profesor argentino Pedro Juan Bertolino, la válvula de escape del sistema, ya que obviará que un posible número elevado de causas deba ser conocido en juicio oral.

Con esta institución, al igual que con las salidas alternativas, la respuesta penal será rápida, pues se evita el juicio oral a través de mecanismos sencillos y expeditos. Permitirá entonces la economía de tiempo y de recursos fiscales destinados a la persecución penal, eludiendo la discusión lata sobre hechos que el imputado, principal interesado, reconoce en el respectivo acuerdo como de su autoría.

Por ello, estimamos que este mecanismo de aceleración de los procesos penales es fundamental para coadyuvar al éxito del nuevo sistema y en esta misión van a resultar decisivas las actitudes que frente a ellas adopten el fiscal y el juez de garantía.

Por una parte, el fiscal debe propiciar e instar al logro de los acuerdos necesarios para su aplicación y el juez de garantía debe asumir una actitud proclive a su aceptación. En caso contrario, esta institución no desempeñará ningún rol significativo y no contribuirá en forma alguna, junto a los demás mecanismos o salidas ya enunciados, a evitar un eventual colapso del nuevo sistema por el alto número de causas que culminen en el juicio oral.



Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN

Sergio Huidobro Martínez

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. INTRODUCCION

La obligacion estatal de prevenir y sancionar los delitos

Sabido es que el Estado, llamado a satisfacer múltiples necesidades complejas en el quehacer social, focaliza y conceptualiza esta misión en base a la construcción del concepto del *"bien común"*, del que, en el caso chileno, da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política de la República del año 1980.

Es dentro de estos objetivos en que el Estado tiene la necesidad de **dirimir los conflictos penales**, es decir, aquellos casos en los que se han ejecutado ciertos hechos ilícitos, a los que la sociedad ha designado como de mayor gravedad, haciéndose entonces necesaria la aplicación de una pena a aquél que ha realizado dichos comportamientos ilícitos. Así, y sin perjuicio de que es claro que la aplicación de una pena conlleva la afectación de derechos individuales del que ha delinquido, esto se realiza en forma legítima, necesaria y útil para lograr el bien común antes mencionado.

Para lo anterior, el Estado debe dotar a sus órganos del máximo poder y de las más avanzadas herramientas para que éstos puedan esclarecer los delitos y se demuestre así la inocencia o culpabilidad de los involucrados en ellos.

Es entonces en este contexto donde se enmarca el esfuerzo que realiza el Estado chileno al propugnar un Proyecto de Ley para la creación de un **Sistema Nacional de Registros de ADN**, que permita coadyuvar al máximo en el desarrollo de la investigación criminal. En efecto, mediante la realización de exámenes de ADN sobre muestras biológicas tomadas en

un proceso penal, que posteriormente puedan ser cotejadas con las huellas genéticas existentes en el Registro, creemos que sin duda se logrará aumentar la eficacia en el esclarecimiento de los delitos, contribuyendo, de este modo, al logro del bien común.

Además, coincidimos con la opinión de autores nacionales en el sentido que *“la modernización de la justicia penal que se está implementando desde la perspectiva procesal, debe ser complementada con la incorporación de los conocimientos que las diferentes disciplinas científicas van adquiriendo”*.¹ En esta perspectiva, el genoma humano se presenta como un espacio susceptible de aportar conocimientos que abren posibilidades insospechadas en nuestra sociedad.

II. ADN

1. Concepto

El ADN corresponde a la sigla del **Acido Desoxirribonucleico** (también conocido como **DNA**, en la abreviatura inglesa de Deoxyribonucleic Acid), que se encuentra presente en los núcleos de las células del cuerpo humano.

Es un complejo molecular **único para cada persona** –para algunos, la molécula fundamental de la vida–, que lleva en su estructura **toda la información genética de un individuo y toda la información hereditaria que determina las características y funciones esenciales del organismo**. Es una cadena de información genética que detenta todas las particularidades de nuestra personalidad.

En términos un poco más científicos, *“es el material genético conformando el código genético o de la herencia y que determina las características de cada individuo, siendo su secuencia de bases distintas de un individuo a otro”*.² Así, *“las moléculas de ADN constituyen las bases estructurales de los genes encargados de la transmisión hereditaria de los caracteres y que a la vez participan en las biosíntesis celulares a través de la síntesis del ARN. Las cadenas de ADN se autoduplican manteniéndose idénticas a sí mismas, con lo que el patrimonio genético se mantiene constante en las sucesivas generaciones celulares producidas en la mitosis”*.³

¹ *Base de datos genéticos de identificación criminal*, Fernando García Díaz, Hugo Jorquera González, José Antonio Lorente Acosta, Edición CYC Impresores Ltda., abril de 2002.

² “La prueba del ADN en la filiación y en la investigación de ciertos delitos en el Código de Procedimiento Penal y en el Nuevo Código Procesal Penal”. Instituto de Criminología de la Universidad de San Sebastián. *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* N° 3, 2001.

³ Idem.

Cada ser humano es genéticamente diferente de otro; esta diversidad está dada por diferencias en las moléculas de DNA.

2. Clasificación del ADN

En cuanto a los tipos de ADN que hoy se conocen, la distinción se efectúa sobre la base de la información que puede obtenerse a partir del ADN, que varía según el tratamiento que se le dé. Así, se habla de:

a) ADN codificante: Es aquel que entrega toda la información posible sobre la persona. Permite hacer predicciones de enfermedad, caracteres, capacidades, etc.

b) ADN no codificante: Sólo permite identificar personas. Entrega la misma información que una huella dactilar.

Desde ya, vale la pena adelantar que de estas dos especies o tipos de ADN, el Sistema Nacional de Registros que se propone en el Proyecto de Ley chileno se refiere únicamente al **ADN no codificante**, que aporta, como hemos dicho, solamente información identificatoria.

3. Forma de obtención del ADN

En cuanto a la forma de obtener el ADN, hoy en día la tecnología permite que una huella genética pueda elaborarse a partir de cualquier rastro biológico (un cabello, gotas de sangre, semen, tejidos cutáneos, etc.). La **huella genética** (cuyo descubrimiento se hizo en 1985, por el profesor Dr. Alec Jeffreys) es una muestra de algunos eslabones determinados de la cadena de ADN.

Posteriormente, la muestra biológica que se obtenga se cristaliza en forma digital y se incorpora en una base de datos computacional.

La información que así se obtenga permite **identificar** a una persona en forma análoga a la que se realiza a través de una huella dactilar.

De este modo, la huella que se obtenga, al ser contrastada con otra huella **indubitada**, permite, por una parte, **determinar una identidad** (con un 99,9999% de certeza), y, por otra parte, **refutar una identidad** (con un 100% de certeza). Esto en el ámbito procesal penal se traduce en la posibilidad de acreditar una participación criminal o acreditar una inocencia.

4. Tecnología requerida

En cuanto a la tecnología requerida para implementar el sistema que propone el Proyecto de Ley chileno, se señala que son necesarias dos tipos de tecnologías, según la fase de que se trate:

1. Tecnología para la **elaboración** de una huella genética.
2. Tecnología para **identificar** huellas o efectuar **procesos rápidos de cotejo**.

En cuanto a la tecnología necesaria para **elaborar una huella genética**, se requiere tecnología en las áreas química y biológica, con las que nuestro **Servicio Médico Legal** cuenta desde hace más de 5 años (de hecho, actualmente el Servicio Médico Legal realiza exámenes de ADN con mucha frecuencia en distintos procesos judiciales).

En cuanto a la tecnología que se requiere para **identificar** huellas o efectuar **procesos de cotejo** de las mismas, se hace necesario contar con una tecnología informática de punta: bases de datos y software especializado en cotejo de huellas. En el caso de Chile, el **Servicio de Registro Civil e Identificación** cuenta con esta tecnología en la actualidad, así como con profesionales con enorme experiencia en manejo de bases de datos.

5. Bancos de ADN o bancos de datos genéticos

Por **Banco de Datos Genéticos** se entiende un **conjunto organizado y sistematizado de información genética, referido a individuos de la especie humana y obtenida a partir del análisis de ADN**, que en términos generales implica los procesos de **recolección, registro y uso de esa información**.

La finalidad de estos bancos puede ser muy variada, pero la más frecuente dice relación con la investigación científica y la identificación de personas o restos de personas.

Los **Bancos de Personas en Conflicto Jurídico**, a su vez, cubren dos grandes necesidades:

1. Identificación de paternidad.
2. Identificación de delincuentes.

Precisamente la búsqueda y el análisis científico de esas huellas es lo que hoy se conoce como Criminalística (las huellas que los criminales van dejando en los lugares en que han delinquido).

Desde una perspectiva jurídica, la mayor utilidad que presta un **Banco de Datos Genéticos de Delinquentes** dice relación con la **identificación o descarte de delinquentes**. Es decir, se trata de comparar la huella genética obtenida normalmente en el sitio del suceso, y que puede constituir una importante prueba de la presencia de su titular en el lugar del delito, con la que se obtiene de manera indubitada de una determinada persona.

III. Proyecto de ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN

1. Antecedentes

Este Proyecto de Ley tiene su iniciativa en un **Mensaje Presidencial del Presidente Ricardo Lagos**, hecho en noviembre del año 2001, dentro de un conjunto de 20 medidas anunciadas para combatir la delincuencia. Fue promulgado el 29 de septiembre de 2004, publicado en el Diario Oficial del día 06 de octubre de 2004, y comenzaría a regir una vez que se dicte su Reglamento (art. 24 de la Ley).

2. Objetivo

El Proyecto busca **crear un Sistema Nacional de Registro de Huellas Genéticas**, a cargo del **Servicio de Registro Civil e Identificación**.

Se propone la confección de una base de datos que agrupe las diversas huellas genéticas tomadas en el curso de un procedimiento penal, conformando un Registro que permita de manera rápida y certera efectuar los cotejos y comparaciones necesarios. Esto favorecerá las posibilidades de investigación de los crímenes y delitos.

El sistema está concebido para **favorecer el esclarecimiento o la investigación de delitos**, sobre la base de la existencia de una **base de datos (el Registro de ADN Criminal)** que contendrá –en versión alfanumérica y digitalizada– las huellas genéticas de personas imputadas y condenadas por delitos graves (crímenes en general), así como huellas genéticas halladas en el sitio del suceso o cuerpo del delito y que correspondan a personas no identificadas.

De este modo, por ejemplo, cuando en la escena del crimen o sobre la víctima queden rastros de material biológico (presuntamente correspondientes al hechor), una vez que se obtengan las **huellas genéticas** de dichos rastros (huellas genéticas **dubitadas**), ellas se **cotejarán o se contrastarán** con las huellas genéticas que estén almacenadas en el sistema (por regla general, huellas genéticas **indubitadas**) a fin de determinar si corresponden o no a algún condenado o imputado que se encuentre registrado. De este modo, si se produce una **coincidencia o "match"**, ello será un indicio de que la persona a quien corresponde la huella registrada (indubitada) puede haber tenido participación en el hecho que se trata de esclarecer. Por cierto, no será una prueba directa o inmediata de participación (ya que en principio sólo prueba que la persona estuvo en la escena del crimen o que, a lo menos, su huella apareció "en el lugar"), pero sí un antecedente importante a partir del cual el fiscal podrá canalizar o dirigir su investigación en un determinado sentido.

También puede servir esta herramienta **para esclarecer los casos de crímenes en serie**. Por ejemplo, suponiendo que se cometan tres homicidios en distintos puntos del país, una vez ingresadas las respectivas huellas en el **Registro de Evidencias** (que es el Registro en el que se almacenan las huellas encontradas en el cuerpo del delito y que corresponden a personas aún no identificadas), éstas **coincidirán o harán match entre sí**, dando con eso lugar al importante indicio de que el autor de los tres delitos es una misma persona. Sin duda que saber algo como esto resulta muy útil para la investigación, ya que permite descifrar patrones de conductas (relevante para procurar evitar o pesquisar un cuarto crimen), así como aunar los recursos policiales en búsqueda del imputado.

3. Garantía de no vulneración de ciertos derechos

El Proyecto de Ley propone que los análisis de ADN estén limitados al **ADN no codificante**, el cual, como indicamos al comienzo, no revela otros datos que los meramente **identificatorios**.

Se ha estimado que lo anterior **elimina toda vulneración del derecho a la intimidad**, dado que los datos obtenidos no revelan más información sobre el individuo que la que puede ofrecer la huella dactilar.

Confirmando lo anterior, el inciso 2º del Art. 2º del Proyecto de Ley contempla expresamente que el Sistema **en ningún caso podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna**.

Insistimos en que las huellas genéticas a que se refiere este Proyecto sólo aportan **información identificatoria**, es decir, nada distinto de la identificación puede conocerse a partir de su análisis: ni las enfermedades de la persona o su esperanza de vida, ni sus características físicas o psicológicas, ni sus gustos o preferencias, etc. En suma, es igual a una simple huella dactilar (con la diferencia que sus posibilidades de obtención son mayores, pues es mucho más frecuente que en el sitio del suceso aparezcan rastros biológicos a que queden huellas dactilares).

Para que este aspecto quede bien claro en el Proyecto, el artículo 1º del mismo da una compleja definición de **huella genética** en que se establece por tal *"...el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria"*.

Para lograr esta definición se ha contado con la asesoría permanente de profesionales bioquímicos y genetistas, así como con la colaboración de expertos de la Universidad Católica, quienes han podido dar fe ante ambas Cámaras de nuestro Congreso Nacional, que la definición es altamente satisfactoria en lo que a eficacia y salvaguardia del derecho a la intimidad se refiere.

4. Uso cuidadoso de la información

Considerando el estado de avance que ha alcanzado el nivel de los conocimientos científicos hoy en día, es necesario tener especial cuidado con la utilización que se pueda dar a estos antecedentes codificados, especialmente en atención al correcto amparo de derechos individuales que pudieran encontrarse comprometidos. Para estos efectos, se han establecido los siguientes criterios:

a) Obligación de reserva (art. 11):

Se establece la obligación de **mantener la reserva respecto de la información contenida en el Sistema** a todos aquellos que en razón a su función tomen conocimiento de la información contenida en él. Esta misma prohibición se extiende a quienes hayan obtenido antecedentes de dicha información.

b) Acceso restringido (art. 2º):

Se establece que **sólo pueden acceder al Sistema ciertas y determinadas personas: el juez o los fiscales del Ministerio Público** para los efec-

tos de una investigación o procedimiento penal. Además, **la persona que tenga una huella genética en el Sistema**, para los efectos de acreditar su inocencia o para ser acompañada en juicio sobre acciones de filiación.

La información también podrá ser consultada por las **Policías**, previa autorización del Ministerio Público y por los **Defensores Públicos y Privados**, previa autorización del Tribunal respectivo.

c) Establecimiento de delitos (arts. 19 y 20):

El Proyecto sanciona como delito la **divulgación y uso indebido de la información genética**.

Sanciona también como delito **el acceso indebido a la información reservada y la divulgación de la misma**.

Por último, también establece el **delito de obstrucción a la justicia**, al sancionar una serie de conductas encaminadas a impedir que la información entregada por la huella genética de un individuo sea utilizada en toda su magnitud en la investigación criminal.

d) Seguridad (art. 14):

Se establece la **obligación** para el **Servicio Médico Legal** de **destruir las muestras biológicas** que hubieren servido de base para la realización de los exámenes una vez que éstos fueron remitidos al Servicio de Registro Civil e Identificación.

5. Procedimiento para generar el registro

El Proyecto señala que la **obtención de la huella genética** se realizará por profesionales y técnicos que se desempeñen en el **Servicio Médico Legal** o en **instituciones públicas o privadas** que se encuentren **acreditadas** para tal efecto ante dicho Servicio.

En cuanto a los casos y formas en que se procederá a la toma de muestras biológicas, eso se regulará por las disposiciones de la Ley Procesal Penal que sean aplicables. Sin perjuicio de lo anterior, lo normal será que exista una **orden judicial o del Ministerio Público** para su realización. Sólo son éstas las autoridades competentes para que pueda practicarse el examen de ADN.

En cuanto a la pericia de **obtención de la huella genética** (art. 12), el organismo que la hubiere determinado (Servicio Médico Legal o instituciones públicas o privadas acreditadas) **evacuará un informe** que dé cuenta de la pericia y lo remitirá al fiscal del Ministerio Público o al tribunal respectivo, según corresponda. Tratándose de las instituciones públicas o privadas acreditadas, además deberán remitir dicha pericia al Servicio Médico Legal en conjunto con la totalidad del material biológico y el resto del ADN extraído.

En cuanto a la **pericia de cotejo y de remisión de informe** (art. 13), es sola y exclusivamente el **Servicio Médico Legal** quien puede practicar el peritaje de cotejo de la huella genética en cuestión, contrastándola con las demás huellas contenidas en uno o más Registros del Sistema, según se le haya requerido en un procedimiento penal.

Practicado dicho cotejo, el Servicio Médico Legal debe enviar al fiscal del Ministerio Público o al tribunal, según corresponda, el **informe** que dé cuenta de la pericia y de sus resultados.

Según el art. 14, una vez evacuado el informe antes mencionado, el Servicio Médico Legal debe proceder a la destrucción del material biológico que hubiere sido objeto del examen de ADN (sin perjuicio de que en caso que el Servicio Médico Legal califique la obtención de ese material biológico como **técnicamente irrepetible**, el Ministerio Público podrá ordenar la conservación de aquél hasta por 30 años).

En cuanto al **pago o reembolso de los peritajes** antes mencionados, el art. 15 dispone que el Ministerio Público, el querellante, la Defensoría Penal Pública o el defensor, según corresponda, deberán rembolsar el importe del servicio a la institución que hubiere determinado la huella genética o realizado la pericia de cotejo. Esto, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre **costas** y sin perjuicio también de los casos en que, habiéndose dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada, el tribunal ordene que la huella genética del imputado se incluya en el **Registro de Condenados** (en este caso el pago de la pericia será de cargo del Servicio Médico Legal).

En resumen, el procedimiento que se propone es el siguiente:

El **juez del crimen** o el **fiscal del Ministerio Público** (con la autorización del juez de garantía cuando corresponda) **decretan la práctica de la diligencia** conforme a las necesidades de la investigación.

La diligencia contempla la realización de **tres medidas** concretas diferenciadas. **En primer lugar**, debe procederse a la **extracción** de una muestra del cuerpo de una persona (sangre, pelo, etc.) o a la **recolección** de una evidencia (de la misma naturaleza) tomada de un objeto.

En segundo lugar, debe extraerse de dicha muestra una **huella genética** (examen de ADN).

Finalmente, debe procederse a **cotejar** dicha huella de ADN con las demás que consten en el Registro.

Una vez extraída la huella genética, debe ser remitida junto con los antecedentes y muestras al Servicio Médico Legal, y esta institución informará al Servicio de Registro Civil e Identificación del contenido de la huella y sus antecedentes para ser incluidos en el Registro.

6. Contenido del Proyecto

El Proyecto se divide en **6 capítulos** independientes y un **Apartado Final** de **disposiciones transitorias**, cuyo contenido, resumido, pasamos a detallar.

En el **primer capítulo**, denominado *“Disposiciones Generales”*, se crea el Sistema Nacional de Registros de ADN; se indica quiénes obtienen la huella genética; se regula la administración y custodia del Sistema; se señalan los principios centrales y la naturaleza de los datos y su titularidad.

En el **segundo capítulo**, denominado *“De los Registros”*, se indica cuáles son los Registros (de Condenados, de Imputados, de Evidencias y Antecedentes, de Víctimas, de Desaparecidos y sus Familiares).

En el **tercer capítulo**, denominado *“De la toma de muestras, obtención de evidencias, determinación de huellas genéticas y cotejo de las mismas”*, se regulan los casos y formas en que se procederá a la toma de muestras biológicas; la obligación de reserva y custodia de dichas muestras; las reglas que regulan la remisión de los informes y del material biológico; la forma de efectuar la pericia de cotejo y remisión de informe por el Servicio Médico Legal; las reglas relativas a la conservación y destrucción del material biológico; y las reglas relativas a los reembolsos de los gastos por estas pericias.

El **capítulo cuarto**, denominado *“De la administración del Sistema Nacional de Registros de ADN”*, señala en qué casos y en qué formas deben incorporarse las huellas genéticas en los diversos Registros que establece el

sistema, haciéndose especial alusión a la incorporación de las huellas genéticas en el Registro de Condenados, así como a las normas que regulan la eliminación de huellas genéticas y sus datos asociados contenidos en el sistema.

El **capítulo quinto**, denominado *“De las responsabilidades y sanciones”*, establece los delitos que se cometen a través de acceso, divulgación y uso indebido de la información genética, así como los delitos de obstrucción a la justicia que se causen por quien pueda alterar muestras biológicas o falsear los resultados de los exámenes o falte a la verdad en el informe pericial o adultere su contenido. Asimismo, por parte de quien elimine o altere huellas genéticas o sus datos asociados.

El **capítulo sexto**, denominado *“Disposiciones Finales”*, establece la obligación de crear un Reglamento para este Proyecto de Ley; así como las concordancias con la Ley N°19.628 –sobre protección de la vida privada–, y las modificaciones que deben incorporarse al Código Procesal Penal. Asimismo, establece la vigencia de esta ley.

El **capítulo final**, denominado *“Disposiciones Transitorias”*, contiene tres artículos, que se refieren a los siguientes temas:

1. El primero establece la obligatoriedad de determinar la huella genética de las personas que se encuentren, a la época en que se dicte la ley, cumpliendo condena por alguno de los delitos que se señalan en este Proyecto de Ley.
2. El segundo se refiere a la forma en que deben entenderse las normas que contempla este Proyecto de Ley en el proceso penal antiguo de nuestro país.
3. El artículo tercero transitorio, por su parte, se refiere a la fuente para financiar el mayor gasto que esta ley irroque durante el primer año de su aplicación.

7. Algunos aspectos a destacar dentro del Proyecto de Ley

7.1. Tipos de registros (art. 4º)

El Sistema de Registros que contempla el Proyecto de Ley será administrado (almacenamiento, conservación y eliminación) por el Servicio de Registro Civil e Identificación, y contendrá cinco Registros:

a) Registro de Condenados (art. 5º)

Este Registro contendrá las huellas genéticas de las personas que hayan sido **condenadas** en un proceso criminal, por **sentencia ejecutoriada**, en los casos a que se refiere el artículo 17 del Proyecto de Ley: Aborto y homicidio en todas sus formas (parricidio, infanticidio, homicidio calificado, homicidio simple, homicidio en riña); castración, mutilaciones y presiones gravísimas; todos los delitos sexuales (violación, estupro, abusos sexuales, corrupción de menores, pornografía infantil, favorecimiento de la prostitución, trata de blancas); elaboración o tráfico ilícito de estupefacientes; robo con intimidación o violencia con resultado de muerte, lesiones graves o secuestro; robo con intimidación o violencia simples; robo con fuerza en lugar habitado; incendios graves (con resultado de muerte, lesiones, o severas puestas en peligro); sustracción de menores; secuestro; tortura; amenazas; delitos graves contra la salud pública; abandono de menores con resultado de muerte o lesiones; envío de cartas bombas; delitos terroristas.

Además, se pueden guardar en este Registro las huellas genéticas de condenados a pena de crimen, y en la medida que así lo ordene el tribunal competente, en los siguientes casos: la mayoría de los delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; la mayoría de los delitos contra la seguridad interior del Estado; ciertos casos de falsificación de instrumento público; los casos más graves de delitos funcionarios; asociaciones ilícitas para cometer crímenes; ciertos delitos de la Ley de Control de Armas; buena parte de los delitos más graves previstos en el Código de Justicia Militar.

b) Registro de Imputados (art. 6º)

Se contendrán aquí las huellas genéticas de quienes hubieren sido **imputados** de un delito, determinadas sobre la base de muestras biológicas, y siempre que por razones de investigación hubiere sido necesaria la determinación de la huella.

c) Registro de Evidencias y Antecedentes (art. 7º)

Se conservarán aquí las huellas genéticas que hubieren sido obtenidas en el curso de una investigación criminal y que correspondieren a personas no identificadas (huellas dubitadas).

d) Registro de Víctimas (art. 8º)

Contendrá las huellas genéticas de las víctimas de un delito, determinadas

en el curso de un procedimiento criminal. Sirve para cotejarlas con muestras tomadas a imputados o condenados. No se incorporará en este Registro la huella genética de la víctima que expresamente se oponga a ello.

e) Registro de Desaparecidos y sus Familiares (art. 9º)

Contendrá las huellas genéticas de:

- a) Cadáveres o restos humanos no identificados.
- b) Material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas.
- c) Personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

7.2. Incorporación y eliminación de huellas genéticas de los registros

En cuanto al **ingreso de la información** al Sistema (a la base de datos administrada por el Servicio de Registro Civil), hemos señalado que corresponde en general al **Servicio Médico Legal**, así como, previa acreditación especial al efecto y sólo respecto de las huellas que hubieren determinado, a las **instituciones públicas o privadas acreditadas** para determinar huellas genéticas.

En cuanto a la **forma** de incorporar las huellas genéticas en los Registros antes mencionados, se aplican las siguientes reglas: tratándose de huellas genéticas correspondientes a **condenados o imputados**, su incorporación en los respectivos Registros se ejecutará **por orden del tribunal**.

En el caso de las huellas genéticas correspondientes a **víctimas, evidencias, o desaparecidos o sus familiares**, su incorporación en los registros se ejecutará por orden del **fiscal del Ministerio Público**.

Estas incorporaciones las ejecutarán los organismos que hubieren determinado la huella genética.

En cuanto a la **destrucción** de las muestras, el Proyecto propone que se proceda a la **destrucción de todas las muestras** una vez extraída la huella genética, con el objeto de evitar al máximo una eventual manipulación de ellas. Sólo por excepción se habilita su conservación en caso de muestras que puedan ser irrepetibles.

Las huellas genéticas y sus datos asociados contenidos en el **Registro de Imputados** y en el **Registro de Víctimas** serán **eliminados** una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo (art. 18).

En cualquier caso, las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados, de Víctimas y de Evidencias y Antecedentes, serán **eliminadas** una vez transcurridos 30 años desde la fecha de su incorporación en éstos (art. 18 inc. 3º).

Un Reglamento emitido por Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, complementará el sistema de Registros particularmente en lo relativo a los procedimientos técnicos aplicables, a la cadena de custodia de huellas y muestras y administración del Registro.

8. Algunas reflexiones finales

a) El Derecho no puede quedar atrás de la ciencia

Es evidente que los avances de la ciencia constituyen una realidad que el Derecho no puede desconocer, especialmente teniendo en cuenta que aumenta también, vertiginosamente, la interrelación y colaboración entre el mundo científico y el jurídico, con especial énfasis en el ámbito de la investigación criminal. De este modo, se hace ineludible la obligación de los jueces, abogados, fiscales, etc., de entender este lenguaje científico, de forma tal de poder presentarlo correctamente ante los tribunales de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy en día son muchos los países que emplean la técnica del ADN. Sin embargo, son pocos los que han legislado sobre ella (al decir de López Fragoso, *"El análisis del ADN ha entrado en las Salas de Justicia por la puerta de atrás y con las luces apagadas"*⁴). De este modo, el Proyecto de Ley chileno puede servir de modelo a otras legislaciones que se dicten en el futuro.

b) No conveniencia de ensanchar ilimitadamente los Registros

Otra reflexión se refiere a las opiniones que dicen que sería recomendable ensanchar ilimitadamente este Sistema de Registros, sobre la base de ampliar los casos que dan lugar al mismo, o bien, derechamente, mediante la toma y almacenamiento de las huellas de toda la población.

⁴ López-Fragoso, Tomás, *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*.

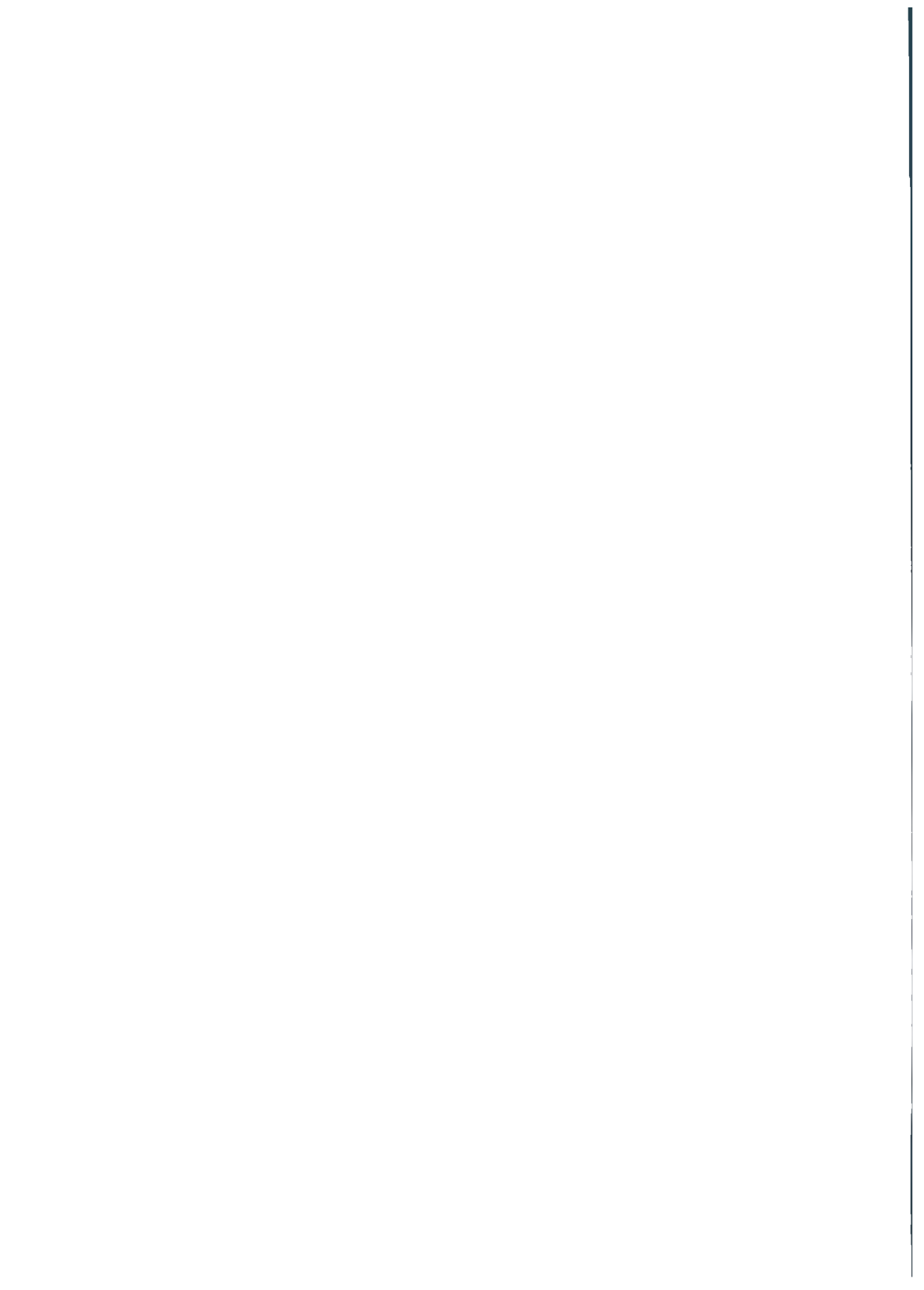
En este sentido, es necesario ser cuidadosos. El hallazgo de muestras biológicas suele ser –al menos en los delitos de sangre– a tal punto abundante, que la existencia de un Registro muy amplio puede terminar por entrampar las investigaciones.

Por ejemplo, en el sitio del suceso (un hospital o una vía pública) se encuentran evidencias de muestras biológicas correspondientes a 20 personas distintas, todas identificadas sobre la base del Registro. En un caso como éste las posibilidades de que la investigación asuma una dirección errónea son considerables. Así, se trata de hacer presente que esta herramienta de investigación no es una panacea y que por lo tanto su uso debe ser criterioso y razonable.

c) Exitos en la persecución penal

Una tercera reflexión es sostener que los éxitos que se puedan lograr en el plano de la persecución penal y la seguridad ciudadana no se basan tanto en el alza de las penas o en la creación de nuevos delitos, sino en la mejora sustancial de los recursos y medidas de investigación y en la seguridad de que las penas realmente se aplican.

Así, mediante la herramienta de investigación que se propone por este Proyecto de Ley, creemos que se favorecen las posibilidades de investigación. En efecto, sostenemos que el incremento en la eficacia de las investigaciones tiene una incidencia preventiva (en los índices de comisión de delitos) muy superior a las simples alzas de la pena. En otras palabras, la probabilidad de condena tiene un efecto disuasivo mayor que la condena misma.



El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea

Raúl F. Campusano

Universiteit Leiden, Nederland

Notre Dame University, USA

Francisco Carvajal

Université de Paris I Pantheon-Sorbonne

Institut d'Etudes Politiques de Paris

1. Génesis de un TLC sin precedentes

El Tratado de Libre Comercio firmado en febrero de 2003 entre Chile y la República de Corea puede ser considerado como un resultado del diálogo en el Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico, APEC, del cual Chile es miembro desde 1994 y anfitrión en 2004. Los términos del acuerdo fueron establecidos el 24 de octubre de 2002, tras seis rondas de negociaciones que se venían extendiendo desde 1999.

El origen de este esfuerzo se remonta a la Cumbre de Líderes en 1998 de APEC en Kuala Lumpur, Malasia, donde el entonces recién electo Presidente Kim Dae-Jung propuso al Primer Mandatario chileno, Eduardo Frei, iniciar negociaciones de un TLC con Chile, con el propósito de contribuir a liberalizar la economía coreana, aliviar los efectos de la crisis asiática financiera y reactivar la actividad económica. Un elemento central de esta estrategia radicaba en la suscripción de acuerdos comerciales y de tratados bilaterales de inversión con países seleccionados, categoría en que fue inserto Chile, elegido por Seúl como su primera experiencia en el mundo en materia de firma de un TLC.

Se trata así no sólo del primer acuerdo comercial que concreta Corea, sino también del primer acuerdo de libre comercio entre una economía asiática y otra extra-asiática. Estamos pues frente a la primera asociación comercial transpacífica que refleja la apuesta estratégica de Chile de constituirse en un puente de comercio e inversión entre Asia Pacífico y el sur de América Latina.

Las razones de la elección de nuestro país por parte de Corea fueron nuestra lejanía, así como la complementariedad de ambas economías y la mayor experiencia negociadora de Chile. Corea ha manifestado por lo demás, más allá de la conclusión de este tratado específico, la voluntad de intensificar su proceso de apertura en el marco de APEC y de flexibilizar su sector agrícola en vista de las negociaciones en la Organización Mundial de Comercio, OMC.

Tras la ratificación del texto por ambos países, el acuerdo entró en vigor el 1 de abril de 2004. Ese mismo mes, según las cifras disponibles,¹ las exportaciones a Corea aumentaron un 59% en relación con igual mes del año anterior. En igual período, el número de productos exportados se elevó de 63 a 72, mientras que las importaciones chilenas se incrementaron en un 51% respecto al mismo mes del año pasado.

2. Corea en la consolidación de la estrategia exportadora chilena

El Tratado de Libre Comercio (TLC) negociado entre Chile y la República de Corea establece entre ambos países una nueva alianza de proyecciones estratégicas en un escenario global y regional en pleno cambio.

La República de Corea (Corea del Sur), con una población cercana a 47 millones de habitantes y un ingreso per cápita de US\$ 9.400, es la 13ª economía mundial, en tamaño, medido de acuerdo a su Producto Geográfico Bruto. Es una de las economías de mayor crecimiento en las últimas décadas, registrando niveles sostenidos de expansión productiva en torno al 9% durante la década de los ochenta, y de 6% en la década de los noventa.

Aunque fue una de las economías más afectadas por la crisis asiática de 1997/98, Corea ha recuperado su dinamismo productivo y ha tomado la delantera en Asia en la implementación de reformas estructurales conducentes a una plena inserción de su economía en los flujos internacionales de bienes, servicios y capitales. La negociación de acuerdos bilaterales de libre comercio, partiendo por el TLC con Chile, es precisamente, la innovación más trascendente de la nueva política comercial coreana, que entre otras cosas incluyó una sustantiva apertura unilateral del comercio y de las inversiones.

Las perspectivas de la economía coreana son auspiciosas. Se proyecta una tasa de crecimiento del PGB del orden del 3,5% para este año, la segunda más alta en el Este de Asia, después de China, y se proyecta una tasa de

¹ Fuente: www.direcon.cl

expansión del producto superior al 5% para los próximos cinco años, también una de las más altas de la región. Corea es uno de los socios más antiguos e importantes de Chile en Asia Pacífico, la principal región de destino de nuestras exportaciones.

En 2002, Corea ocupó el décimo lugar entre nuestros socios comerciales, con un intercambio de bienes y servicios de casi US\$ 1.150 millones. Ese mismo año, fue el tercer destino para las exportaciones chilenas al Asia, detrás de Japón y China, países que tienen un tamaño mucho mayor; y séptimo a nivel mundial.

El intercambio comercial ha crecido desde los US\$ 382 millones registrados en 1990 hasta un máximo de US\$ 1.577 millones, momento en que irrumpe la crisis asiática. Luego de la marcada caída del intercambio comercial en 1998, éste se ha venido recuperando a un ritmo sostenido.

Este TLC es un poderoso instrumento para que las tradicionales complementariedades entre las economías asiáticas y latinoamericanas se proyecten hacia los nuevos ámbitos de las relaciones económicas e involucren a un universo mayor de empresas y agentes económicos, en especial a las pequeñas y medianas empresas.

Por la cobertura y profundidad del Acuerdo, éste es también un aporte significativo a los avances que se logren en las negociaciones multilaterales en la Ronda Doha, en el seno de la OMC, para mejorar sustantivamente el clima de negocios, su transparencia y predictibilidad, profundizando la liberalización comercial multilateral.

Gracias a este acuerdo, Chile mejora sus condiciones para convertirse en un puente efectivo entre Asia y América, sobre la base del megamercado que nuestro país ha venido construyendo a través de la red de acuerdos comerciales a lo largo de la última década y cuyo hitos más relevantes son los TLCs con la Unión Europea, Estados Unidos y este primer acuerdo transpacífico.

La red chilena de acuerdos, en su gran mayoría de última generación, asegura un acceso privilegiado, tanto de bienes como de servicios, a un amplio mercado de más de 1.200 millones de personas. Al concluir exitosamente las negociaciones con la Unión Europea, EFTA, Estados Unidos y Corea del Sur, Chile se ha convertido en un nodo directamente conectado a buena parte de los grandes espacios económicos de la economía global. Sólo estos cuatro acuerdos permiten el acceso preferencial de nuestros productos al 57% del PIB mundial.

El Acuerdo con Corea forma parte de los esfuerzos realizados en la última década por Chile para avanzar en la liberalización e integración comercial y en la creación de un marco claro de normas y disciplinas comerciales, tanto a nivel multilateral y unilateral como en las negociaciones bilaterales y regionales. Con los acuerdos vigentes, Chile está consiguiendo que el 70% de sus exportaciones ingrese con trato preferencial a un mercado equivalente a $\frac{2}{3}$ del PIB mundial. **Se ha logrado de esta manera pasar de tener acceso preferencial de sólo un 7% del PIB mundial en el año 2002, a un 64% del PIB mundial en el 2004.**

En su conjunto, la red de acuerdos permite convertir al país en una plataforma estable y transparente de negocios hacia el hemisferio americano. Ello se ve también potenciado por los avances en la **liberalización y protección de las inversiones**, por los **acuerdos que evitan doble tributación** y por el propósito de las autoridades de convertir a Chile en una **plataforma de inversiones y servicios**. El TLC entre Chile y Corea es una pieza fundamental de esta nueva arquitectura, que busca expandir la frontera y la escala del intercambio económico entre América Latina y el Este de Asia.

La existencia del Acuerdo debiera **estimular las inversiones** coreanas en Chile, al aumentar sus garantías y las oportunidades comerciales. Los beneficios arancelarios que Chile ha obtenido en las últimas negociaciones están disponibles para cualquier inversionista internacional que se instale en el país, considerando el **trato no discriminatorio** que Chile ofrece al inversionista externo. Corea tiene un patrón de **inversión altamente intensivo en innovación tecnológica**, destacando los sectores de telecomunicaciones, automotriz, siderurgia, metalurgia, textiles y confección, y tecnologías de información.

Chile puede ofrecer a los empresarios coreanos el atractivo de un mercado sudamericano ampliado, producto de los acuerdos comerciales negociados en la región, además del atractivo para las inversiones coreanas en los sectores agroindustrial, silvícola, pesquero y minero, reforzando sus potencialidades como plataforma de negocios en América del Sur.

El vínculo entre la **modernización productiva** de estos sectores y los avances en **tecnologías de la información**, ámbito donde Corea ejerce liderazgo a nivel mundial, abre interesantes posibilidades de *joint-ventures*. El acuerdo también estimula las alianzas estratégicas empresariales en sectores que gozan de preferencias arancelarias en otros países sudamericanos, México, Canadá y Estados Unidos, y cuyos insumos productivos provengan en una medida importante desde Corea.

Destacan en este sentido los sectores intensivos en el uso de productos derivados de la petroquímica (textiles y confección), así como también una amplia variedad de insumos industriales (máquinas, bombas, ascensores, palas mecánicas, motores y tornos), donde Corea es un importante productor mundial.

La política comercial es una pieza clave del modelo de desarrollo chileno, que busca abrir mercados, atraer y dinamizar inversiones, llevar el desarrollo a las regiones y generar más empleos. Reforzar en esta política el vínculo con Asia Pacífico, la zona de mayor crecimiento en la economía mundial en los últimos 30 años, es un objetivo estratégico. Chile ha iniciado esta senda con Corea y, probablemente en años venideros, el país podrá ir sumando nuevos acuerdos con otros significativos mercados asiáticos.

3. Comercio Chile-Corea

El TLC negociado entre Chile y Corea dota de considerables ventajas competitivas a los productos claves de la canasta exportadora chilena. **El arancel promedio que afecta a nuestras exportaciones es un 14%, sin embargo, la varianza del arancel es elevada. Estos van desde niveles del 7% en la industria hasta 50% en la agricultura. En este último sector, abundan los aranceles sobre 40%, y no son escasos aquellos superiores al 100%.**

Siendo éste el **único tratado comercial negociado por Corea**, los exportadores chilenos disfrutaban ya de rebajas arancelarias que están disponibles sólo para ellos. Esto es válido para productos pesqueros, mineros, forestales, agropecuarios, industriales y agroindustriales.

En 2002, Chile exportó 138 productos distintos al mercado coreano, a través de **251** empresas. Para este grupo y las que se incorporen al comercio con el país asiático, las ventajas arancelarias, junto a las diversas disciplinas, darán estabilidad a las decisiones bilaterales de comercio e inversión. Junto a ello, contarán con un adecuado sistema de solución de controversias, lo que transforma a este tratado en un valioso instrumento para consolidar expectativas favorables de inversión, exportaciones y crecimiento.

Las **exportaciones chilenas** hacia Corea se concentran en el **sector minero**, particularmente la **minería del cobre**. Las exportaciones originadas en el sector agrícola se han incrementado, si bien persisten en niveles aún bastante bajos. Las exportaciones chilenas de **productos industriales** provienen mayoritariamente de la industria de la **celulosa**, seguidas por los embarques de productos alimentarios.

Por otra parte, las **importaciones chilenas** se componen de una amplia variedad de productos industriales, mayoritariamente bienes de capital, maquinarias, herramientas y vehículos. Las importaciones de productos textiles y de prendas de vestir ha disminuido en el tiempo, reflejando de esta manera la creciente especialización coreana en el comercio de bienes industriales de alta tecnología. No se detectan importaciones coreanas en agricultura, silvicultura, pesca ni minería.

El saldo de la **balanza comercial** entre ambos países refleja la **complementariedad** que caracteriza el intercambio bilateral de bienes.

- **Chile goza de superávit** en el intercambio de bienes mineros, agrícolas, así como en silvicultura e industria forestal.
- **Corea exhibe superávit** en bienes industriales, en especial maquinaria, equipos y vehículos.

Los envíos chilenos destacados que fueron exportados a Corea en el 2002 se componen de cátodos de cobre, los minerales de cobre y sus concentrados, y pasta química de madera de coníferas.

Estas cifras dan cuenta de una **canasta exportadora muy concentrada en recursos naturales**, situación que sin duda ha mejorado desde la entrada en vigencia del TLC, ya que se elimina gradualmente el escalonamiento arancelario, que desincentiva las exportaciones con mayor valor agregado.

Las exportaciones chilenas a Corea corresponden sólo al 4,1% de nuestros envíos totales y al 0,6% del total de los embarques no tradicionales. Se trata de valores pequeños que se verán incrementados por la confluencia del TLC y del elevado ritmo de expansión económica que viene mostrando Corea.

El perfil de las **importaciones coreanas da cuenta de bienes con alto componente tecnológico**, que, en la mayoría de los casos, no son producidos en Chile. Es decir, se trata de economías complementarias, que refuerzan su convergencia productiva con el TLC, abriendo espacio a nuevas exportaciones e inversiones. De los 50 principales rubros que importamos desde Corea, 20 corresponden a la industria automovilística, 5 a productos de línea blanca, 5 a aparatos de televisión, grabadoras y videocámaras. Ninguno de esos 50 rubros corresponde a la agricultura, sector donde prácticamente no importamos ningún producto coreano.

Respecto de las inversiones extranjeras recibidas en Chile desde Corea, entre 1974 y 2002, a través del DL 600 han ingresado al país US\$ 56 millones. Sin embargo, las últimas inversiones materializadas datan de 1998, es decir, son previas a la crisis asiática, con su correlato del impacto en Brasil (1999) y Argentina (2001-2002). Del total invertido por Corea, la mayor parte (US\$ 50 millones) se ha destinado al área industrial.

En junio 2003, el Congreso chileno ratificó el **Convenio para Evitar Doble Tributación entre Chile y Corea**. La iniciativa fue firmada en Seúl el 18 de abril de 2002 y buscaba además prevenir la evasión fiscal de los impuestos a la renta y al patrimonio. Este instrumento viene a complementar el TLC en materia de inversiones, ofreciendo aun más facilidades e incentivos para la inversión entre ambos países.

4. Estructura y disposiciones del Acuerdo

El acuerdo incluye una amplia gama de aspectos relacionados con el **comercio** y las **inversiones**, abordados con un enfoque similar al estampado en los TLCs con Canadá, México y Centroamérica. Precizando las obligaciones **OMC**, se establecen disciplinas comerciales que tienden a garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, incluyendo un sistema de solución de controversias eficaz y con capacidad de coacción comercial. Se trata de un acuerdo moderno, que abarca el conjunto de las preocupaciones que están presentes en la Ronda Doha y que, por ende, puede contribuir a gestar acercamientos en las posturas de las diversas economías de APEC en la negociación OMC.

A la fecha de inicio de la negociación, el único tratado comercial de Chile de estas características, en idioma inglés, era el de **Chile-Canadá**. Fue utilizado el acuerdo con Canadá como documento maestro, tanto en su estructura como en sus disciplinas.

Las innovaciones frente al texto canadiense son consecuencia de:

- mejoras producto de la experiencia negociadora con Canadá y México;
- búsqueda de compatibilidad con tratados comerciales posteriores, especialmente con la Unión Europea;
- en algunas materias, se postergó la aplicación de cierta disciplina específica, a la espera de lo que ocurriese finalmente en las negociaciones con Estados Unidos.

Los capítulos más importantes del Acuerdo son los siguientes:

Disposiciones Iniciales

Establece la zona de libre comercio, los objetivos generales del tratado, su preeminencia frente a otros acuerdos de carácter comercial y la obligación de hacer cumplir el mismo en el territorio de cada una de las Partes.

Comercio de bienes

Regula la liberalización comercial arancelaria y no arancelaria, y la garantiza por la aplicación del principio de trato nacional.

Reglas de origen

Las normas de origen tienen por objeto determinar el país donde una mercancía fue producida, con el fin de establecer si puede beneficiarse de las rebajas arancelarias pactadas entre las Partes. Las normas consideradas en el Acuerdo se basan en **dos principios** fundamentales para obtener "la condición originaria":

- un producto es originario si se ha obtenido totalmente en una de las Partes o
- en caso de haber usado insumos no originarios en su producción, ha sido suficientemente elaborado o transformado en Chile o en Corea.

Procedimientos aduaneros

Se establecen diversos compromisos que van destinados a facilitar los negocios en materia aduanera, a través de los cuales las Partes se obligan, por ejemplo, a mantener procedimientos simplificados, cooperar en el intercambio de distinto tipo de información pertinente, mejorar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos aduaneros. También se comprometen a ampliar lo más posible la automatización de los procedimientos aduaneros, emitir resoluciones anticipadas vinculantes sobre clasificación arancelaria y reglas de origen, aplicar en la medida de lo posible reglas y estándares internacionales, así como cooperar en todas las materias relacionadas con la aplicación del Acuerdo de Valoración de la OMC. También se establecen procedimientos para la certificación y verificación.

Defensa comercial: salvaguardias, antidumping y derechos compensatorios

En el Acuerdo se confirman las disciplinas de la **OMC** en materia de salvaguardias globales, permitiendo su uso para el comercio recíproco. Igual cosa sucede en materia de antidumping y derechos compensatorios, donde las Partes acordaron no innovar y, por lo tanto, mantienen sus derechos

y obligaciones ante la OMC. Las Partes conservan intacta su opción de acudir al sistema de Solución de Controversias del organismo internacional.

Temas sanitarios y fitosanitarios

El Acuerdo busca facilitar el comercio entre Corea y Chile en materias sanitarias y fitosanitarias, reduciendo el riesgo de barreras proteccionistas por estos motivos y generando condiciones que refuercen la fluidez del comercio. Con este fin, ambas Partes se comprometen a implementar los principios de la OMC y, en particular, dar pleno cumplimiento al Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. A este efecto, se crea un **comité especial** para el desarrollo del capítulo.

Normas técnicas y estándares

Al igual que en el tópico sanitario y fitosanitario, el Tratado busca facilitar el comercio entre Corea y Chile en materia de estándares técnicos, reduciendo el riesgo de medidas paraarancelarias de carácter proteccionista. Se propende a un comercio fluido y libre de trabas ilegítimas. Con este fin, ambas Partes se comprometen a implementar los principios de la OMC, esto es, que las normas técnicas deben estar fundadas en criterios científicos o técnicos para ser lícitas. También aquí se crea un Comité especial para el desarrollo del capítulo.

Inversiones y servicios transfronterizos

El Acuerdo consolida la actual **certidumbre jurídica** respecto a las condiciones de acceso y establecimiento de la inversión extranjera en Chile. Se consagra el derecho de acceso a los **inversionistas** de ambas Partes en **bienes y servicios**. Se siguió la lógica del Tratado con la Unión Europea en cuanto a conceder tratamiento de nación más favorecida para la etapa de operación del tratado y se resguardaron las facultades del Banco Central en materia monetaria y cambiaria, así como las capacidades del Comité de Inversiones Extranjeras para fijar los términos y condiciones de los contratos de inversión extranjera.

Hubo compromiso de evaluar los procedimientos dentro de un año desde la entrada en vigor del Acuerdo. En materia de **restricciones a las inversiones**, el Acuerdo contempla un sistema de listas negativas, esto es, similar al de Canadá. Este capítulo reemplaza al Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones para evitar la duplicidad de derechos y obligaciones.

Una de las principales dificultades fue el tema de las **inversiones en el sector financiero**. Este quedó **excluido del Tratado**, pero ambas Partes acordaron evaluar la conveniencia de incorporar servicios financieros, luego de cuatro años de su entrada en vigencia.

Telecomunicaciones

Se siguió la lógica de los TLCs anteriores, regulando de manera especial el acceso a las redes de telecomunicaciones básicas y su interconexión, y servicios de valor agregado. Se consolida la legislación vigente y se asegura un trato no discriminatorio al inversionista de la otra Parte.

Entrada temporal de personas de negocios

El acuerdo reconoce las facultades reguladoras de las autoridades nacionales para administrar el ingreso de extranjeros al país. Se establecen procedimientos especiales para facilitar el ingreso temporal de personas de negocios, prestadores de servicios e inversionistas, cuando viajen a realizar transitoriamente tales actividades en la otra Parte.

Competencia

Este capítulo busca prevenir conductas de empresas privadas o públicas que restrinjan la competencia, afectando así el comercio de bienes o servicios y menoscabando los beneficios del proceso de liberación del presente Acuerdo. Para ello, las Partes convinieron en cooperar y coordinar sus actuaciones para la aplicación de leyes en materia de competencia. Esta cooperación incluye la notificación, la consulta, el intercambio de información no confidencial y la asistencia técnica.

Compras de gobierno

El objetivo del Capítulo es lograr una apertura real y recíproca de los respectivos mercados públicos, en forma transparente y no discriminatoria. El Acuerdo busca asegurar a los proveedores de ambas Partes significativas oportunidades de negocios. A los productores y exportadores chilenos se les garantiza una participación no discriminatoria en los procesos de contratación pública de Corea. El Capítulo abarca los procesos de contratación de bienes y servicios así como las concesiones de obra pública realizadas por las entidades públicas cubiertas por el Acuerdo.

Propiedad intelectual

El Acuerdo expresa el compromiso de ambas partes de otorgar una protección efectiva a los derechos de propiedad intelectual, a través de reafirmar las obligaciones asumidas por las Partes en TRIPs, estableciendo regulaciones específicas en materia de marcas, así como en el reconocimiento de indicaciones geográficas de ambos países. En particular, Corea del Sur reconoce las indicaciones geográficas del pisco, pajarete y vino asoleado, junto a las indicaciones geográficas de los vinos que se originan en las regiones vitivinícolas de Atacama, Coquimbo, Aconcagua, Valle Central y Sur de Chile.

Transparencia y administración del Acuerdo

Se siguió la lógica del TLC Chile-Canadá aunque con normas de administración más simples y operativas, que no implican crear una institucionalidad especial.

Solución de diferencias

Sigue la estructura clásica de dos etapas:

- consultas entre las Partes;
- un "panel" de tres árbitros neutrales seleccionados de una lista pre-establecida.

Los plazos son breves y hay sanciones comerciales en caso de incumplimiento del fallo. Existiendo varios foros posibles para resolver la controversia, se concordó en que la elección de uno de ellos elimina la opción de recurrir a los demás. Los buenos oficios, la conciliación o la mediación pueden ser utilizados en cualquier momento para solucionar la controversia.

Excepciones

Se reconocen las llamadas excepciones generales contenidas en la OMC (artículo XX del GATT y XIV del GATS), según corresponda. Se garantiza además la legitimidad de no cumplir con el Tratado por razones de seguridad nacional, se mantiene la facultad soberana para imponer impuestos domésticos y para adoptar medidas de emergencia en caso de eventuales dificultades en la balanza de pagos.

5. Liberalización arancelaria

Las **exportaciones chilenas** al mercado coreano se dividen en **6 listas**, dependiendo de los **plazos de desgravación**. Las listas corresponden a: desgravación inmediata, a 5, 7, 9, 10 y 16 años (en este último plazo, con 6 años de gracia). También se incluye una categoría sujeta a revisión después de finalizada la ronda de negociación de Doha en la OMC, así como productos sujetos a cuotas libres de arancel.

En el caso de las **importaciones procedentes de Corea**, se negoció un calendario de desgravación que considera **5 listas**: desgravación inmediata, a 5, 7, 10 y 13 años (en este último plazo se incluyen 5 años de gracia antes de comenzar a desgravarse).

Ambas partes acordaron además una lista reducida de **excepciones** de la desgravación arancelaria correspondientes a productos sensibles. Se incluyen peras, manzanas y arroz chilenos, lavadoras, refrigeradores y neumáticos recauchados coreanos.

En desgravación lineal a 5 años se incluye al 6,3% de los ítems, que constituyen un 2,9% del valor de las exportaciones chilenas. Luego, en desgravación a 7 años, Corea ubica el 53,5% del total de las ventas de Chile a ese mercado. En consecuencia, luego de 7 años, Chile tendrá acceso libre de aranceles para el 97% del valor de las exportaciones al mercado coreano.

Si se analiza la situación de las exportaciones chilenas **excluyendo el cobre**, se observa que el impacto de liberalización es mayor. En este caso, el **87% de los ítems arancelarios se sitúa en desgravación inmediata**, lo que corresponde a un **77,5%** de los montos exportados, lo que representa el 41% del valor de las ventas chilenas al mercado coreano.

Nótese que 13 de los 20 principales productos de exportación tendrán desgravación inmediata, es decir, ingresarán libres de arancel desde el momento que entre en vigor el acuerdo.

El mayor beneficio de este acuerdo está en las rebajas de los aranceles para productos con potencial exportador que actualmente no se exportan hacia Corea.

Esto abre posibilidades a los sectores agrícola y agroindustrial, forestal, minero, maderero, pesquero, y a ciertos productos industriales, especialmente químicos. A modo de ejemplo, productos como los filetes de salmón, el salmón ahumado y la centolla en conserva pasan en forma inmediata gracias a la entrada en vigencia del Acuerdo, de un arancel del 20% al 0%. En muebles de madera, celulosa y papeles y cartones, el arancel cae de 8% a 0% inmediatamente. Lo mismo acontece en los casos de nitrato de sodio, carbonato de litio, nitrato de potasio, yodo, sulfatos y concentrados cola. La pasta de tomates, destacado rubro agroindustrial chileno, también se beneficia de desgravación inmediata. En materia de carnes, el Acuerdo prevé una cuota de 400 toneladas en carne bovina, otra de 200 toneladas en carne de pollo y una de 600 toneladas en carne de pavo. La carne de cordero enfrentará arancel cero en cinco años.

6. Nuevas oportunidades comerciales

Los beneficios arancelarios que otorga el TLC a Chile, la única economía en el mundo que se beneficia de estas preferencias en Corea, permitirán ampliar la gama de productos derivados de la agricultura, la ganadería, la pesca, la minería y la madera. El aplanamiento de los escalonamientos arancelarios favorecerá la maduración del perfil de nuestras exportaciones, incrementándose la participación de los productos manufacturados, a partir de nuestra base de recursos naturales.

La Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores² cita algunos estudios que indicarían que cuando se alcance el arancel 0% en el mercado coreano, las exportaciones chilenas de productos agrícolas y pesqueros podrían aumentar en alrededor de US\$ 200 millones. Considerando que el nivel en 2003 de exportaciones en estos rubros fue de sólo US\$ 15 millones, se multiplicaría por 13 dicho monto en lapsos de 3 a 5 años.

En los sectores de **pesca y madera**, la gran mayoría de nuestra oferta exportable se desgravará inmediatamente, a partir de la entrada en vigencia del Tratado: 67% en sector pesca y 61% en forestal.

Si se analiza en detalle la oferta chilena en los distintos sectores se pueden obtener conclusiones aun más precisas. Por ejemplo, en el caso de la **minería**, de las 50 principales exportaciones mineras que Chile realiza al mundo, 49 de ellas quedaron con desgravación total e inmediata, a partir del día uno de vigencia del acuerdo. Los cátodos de cobre, que enfrentan un arancel de 5%, se desgravan linealmente en siete años, reduciéndose cada año el arancel en 0,7 puntos porcentuales, hasta extinguirse el año 2010. Rebajas sustantivas en el arancel se reflejan en yodo, carbonato de litio, nitrato de sodio, nitrato sódico potásico, sulfato de disodio, trióxido de arsénico, abonos de origen animal o vegetal, y cloruro de sodio, entre otros.

De las principales **exportaciones pesqueras**, 22 se benefician de desgravación inmediata. Por la magnitud de la desgravación arancelaria destacan las carnes de filetes de salmón frescos y refrigerados, jurel en conserva, salmones del pacífico, lenguas de erizo, merluza fresca o refrigerada, mero fresco o refrigerado, algas gracilarias, centollas, almejas, camarones, filetes de albacora, etc.

² Tratado de Libre Comercio Chile-Corea. Informe presentado por DIRECON al Congreso Nacional en agosto de 2003.

La **negociación agrícola** fue especialmente delicada. Pese a importaciones agrícolas muy reducidas, la presión sectorial estuvo a punto de hacer fracasar la negociación en varias ocasiones, logrando suspenderla durante prácticamente un año, ante las dificultades de la contraparte coreana para ofrecer apertura en los rubros agrícolas. Pese a ello, el balance de la negociación muestra que para 11 de los principales 50 productos agrícolas de exportación, la desgravación total tomará cinco años; siete años para 12 de estos productos y 10 años para 13 de tales bienes. Vale decir, **39 de los 50 principales productos agrícolas enfrentarán arancel cero en el mercado coreano al cabo de 10 años**. Las pastas de tomates, vinos, paltas y semillas de maíz se encuentran entre los productos con beneficios mayormente concentrados en el corto plazo.

34 de las 50 principales **exportaciones forestales** enfrentarán desgravación inmediata. Otras diez de ellas se desgravarán completamente en cinco años. Entre los productos beneficiados se encuentran la pasta química de madera, tablas aserradas de pino insigne, papeles y cartones, multicajas, pañales, toallas y tampones higiénicos, y muebles de madera.

Corea posee recursos forestales escasos, por lo que debe importar grandes volúmenes de madera para cubrir sus necesidades. Por ello se estima que las rebajas arancelarias permitirán al sector aumentar y consolidar su competitividad

Finalmente, la totalidad de las 50 principales **exportaciones industriales y textiles** que Chile realiza al mundo se beneficiarán con desgravación inmediata en el mercado coreano

7. Impactos en la agricultura y la agroindustria nacional

Es importante destacar que el patrón coreano de hábitos de consumo todavía está determinado por sus propias tradiciones ancestrales, lo que, sin embargo, no obsta para que esté sometido a una rápida modernización. Este hecho impide que la oferta exportable chilena, principalmente la de origen hortofrutícola, se adecue desde un inicio con el patrón prevaiente.

Ello se refleja en la menor importancia relativa que, por ejemplo, estaría teniendo la expansión exportadora de fruta fresca, vinos, jugos y productos congelados. Pero es evidente que la apertura coreana abre un margen

muy amplio para que la presencia de productos chilenos a precios muy bajos, por la fuerte reducción arancelaria, induzca a un aumento persistente del consumo interno importado, generando así una **creación de comercio**. Se estima que las elasticidades teóricas de la demanda precio e ingreso de Corea frente a nuestra oferta exportable son considerablemente mayores que las europeas.

En este sentido los tipos de productos más beneficiados serían los productos del mar (US\$ 75 millones) y las conservas (US\$ 35 millones).

8. Impulso exportador a Pymes y regiones

El Tratado con Corea abre grandes posibilidades para estimular y afianzar el desarrollo exportador de las regiones, incorporando a un mayor número de pequeñas y medianas empresas de la cadena agropecuaria, forestal, pesquera y minera.

En el caso de las exportaciones de productos de la madera (hojas para chapados y contrachapados de pino insigne; y demás hojas para chapado y contrachapado), cuyas exportaciones por parte de las pequeñas y medianas empresas exportadoras alcanzaron el año 2000 una cifra cercana a US\$ 1,6 millones, y cuyo arancel vigente en Corea es de 5%, ingresan libre de tarifas al momento de la entrada en vigencia del Tratado. Estas empresas están sobre todo localizadas en las regiones VIII y IX.

Asimismo, productos de la **industria alimenticia**, como purés y jugos de tomates; hígados, huevas y lechas de pescados congelados, que enfrentaban aranceles del 5, 10 y 20% respectivamente, también ingresan desde ya libres de arancel. Este conjunto de empresas se distribuyen entre las regiones V, X, XI y XII.

En el sector de las **manufacturas de la madera**, hay que agregar los beneficios que derivarán de aquellos productos cuya desgravación se llevará a cabo en un plazo de cinco años (las demás tablas aserradas de pino insigne; las demás maderas aserradas o desbastadas longitudinalmente) y que enfrentan en la actualidad aranceles del 5%, así como las demás maderas perfiladas longitudinalmente, con arancel del 8%. En su conjunto, las Pymes chilenas ubicadas en las regiones V, VIII, XI y XII exportaron a Corea mercancías por un valor de US\$ 2.8 millones, en el año 2000.

Mención especial merece la **industria vitivinícola**, cuya desgravación está programada para un plazo de 5 años, a partir de un arancel del 15% para los vinos con denominación de origen. En el marco del incremento general de las exportaciones de vinos a Corea, se beneficiarán Pymes que ya exportaron a Corea, en el año 2000, vinos por un valor de US\$ 560.000, estimulando el desarrollo exportador de las regiones VI, VII y Metropolitana.

Los **productos del mar** presentan un mercado en Corea de casi US\$ 700 millones, por lo que la desgravación del sector promete generar un **impacto exportador expansivo importante**. Los productos del mar, que en la actualidad enfrentaban un arancel del 10%, tienen un calendario de desgravación arancelaria de cinco años. En su conjunto, en el 2000, se registraron exportaciones de Pymes a Corea por un valor de US\$ 6.200.000, desde las regiones Metropolitana, VIII, X y XII.

Varios productos del mar se verán además favorecidos por las desgravaciones que se producirán en el lapso de 10 años, en especial, además de la harina de pescado (arancel vigente de 5%); las sardinas, los filetes de trucha congelados, los demás filetes de pescado, congelados y las demás carnes de pescado congeladas (arancel 10%). Un total de cinco regiones (I, II, IV, VIII, X), cuyas Pymes exportaron a Corea más de US\$ 3.000.000, en el año 2000, tendrán un acceso privilegiado a dicho mercado.

La pequeña y mediana **agricultura** exportadora de las regiones III, IV, V, VI, VII y Metropolitana se verá favorecida por la desgravación a 10 años plazo de los kiwis y uvas frescas, productos sujetos a un arancel del 47%.

En síntesis, las oportunidades que se abrirán en las cadenas productivas de la madera, pesca y productos del mar, y agropecuaria, permitirían estimular fuertemente el desarrollo exportador de las pequeñas y medianas empresas, en particular de la VII región (donde registraron exportaciones por US\$ 25.710.044 en el 2000), VIII (8.633.682), X (7.132.140), Metropolitana (3.461.112) y V (1.815.685).

9. Acceso de productos coreanos a Chile

Chile, por su parte, ha otorgado un acceso inmediato libre de arancel al 66% de las importaciones provenientes de Corea, que corresponden a 2422 ítems arancelarios (41% del total de ítems). En un plazo de 5 años estarían libres de arancel un 84% de las importaciones chilenas. Mientras que en 10 años entrarían libres de arancel casi el 90% de los productos importados desde Corea. En los plazos más largos, que en este caso es 13 años, con 5 de gracia, se han incluido productos que son sensibles para la industria nacional, como el polietileno, los textiles, calzado y algunos aceros.

10. Productos chilenos sensibles

La **complementariedad** de ambas economías se reflejó en que la agricultura chilena no planteó sensibilidades especiales en la negociación con Corea, siendo la industria la que planteó algunas de ellas. Los **productos industriales sensibles** de Chile se ubicaron en nuestra oferta arancelaria en categorías de desgravación de muy largo plazo con períodos suficientes para permitir un eventual ajuste frente a las nuevas condiciones de competencia provocadas por la suscripción del TLC.

Estos productos son:

- Textiles (la mayor parte del sector), algunos cementos, acumuladores eléctricos, desgravación a 10 años.
- Algunos textiles, algunos aceros, calzado, neumáticos nuevos de autos: desgravación en 13 años, con 5 años de gracia.
- Refrigeradores, lavadoras y neumáticos recauchados: excepciones.

El Tratado de Libre Comercio con Corea puede **potenciar la competencia** para sectores manufactureros nacionales específicos, en particular en los rubros neumáticos, textiles, plásticos, automotriz, metalmecánica (línea blanca) y químico.

Las modalidades de desgravación negociadas con Corea permiten, además de los plazos tradicionales de desgravación inmediata, cinco años y diez años, modalidades que contemplan un período de gracia de hasta cinco años y plazos finales que se extienden a cerca de 13 años. De esta manera, y de común acuerdo con asociaciones gremiales privadas, se negociaron plazos y modalidades especiales para tratar adecuadamente las sensibilidades sectoriales más agudas.

11. Conclusión

Corea, así como la Unión Europea y Estados Unidos, es proveedor de una amplia gama de productos industriales. Por consiguiente, el acuerdo tendrá un efecto positivo considerable al bajar los costos de los insumos de bienes intermedios y de capital para la industria, la agricultura, minería, pesca, forestal, construcción, transportes, comunicaciones y actividades de servicios, generando un avance en competitividad en la estructura productiva de Chile.

El acuerdo abre un gran potencial para que se lleven a cabo *joint-ventures* y alianzas estratégicas empresariales en sectores de la actividad productiva que gozan de preferencias arancelarias en otros países sudamericanos y cuyos insumos productivos provengan en una medida importante desde Corea. Destacan en este sentido los productos derivados de la petroquímica, en el caso de la industria de los textiles y la confección –donde Corea es el principal proveedor de las importaciones de telas de filamentos sintéticos o artificiales–, como también una amplia variedad de insumos industriales para la metalmecánica –donde Corea es un importante abastecedor de máquinas, bombas, ascensores, palas mecánicas, motores y tornos.

En síntesis, Corea, en estos rubros, se especializa en la producción intensiva en tecnología, la que se podría complementar con la producción chilena más intensiva en mano de obra y destinada a los mercados regionales.

Ambos países han acordado los términos de una alianza, con grandes proyecciones estratégicas en un escenario global y regional en pleno cambio. El TLC suscrito sienta así las bases de una nueva relación transpacífica y potencia los beneficios concretos del intercambio de bienes, servicios y capitales. Es un poderoso instrumento para que las tradicionales complementariedades entre las economías asiáticas y latinoamericanas se proyecten hacia los nuevos ámbitos de las relaciones económicas e involucren a un universo mayor de empresas y agentes económicos, en especial a las pequeñas.

Es también un aporte fundamental, complementario a los avances que se logren en el seno de APEC y de la OMC, para mejorar sustantivamente el clima de negocios, su liberalización, transparencia y predictibilidad, permitiendo una alianza productiva y financiera que estreche los lazos transpacíficos.

En su conjunto, la **red de acuerdos** permite convertir a Chile en una **plataforma estable y transparente de negocios** hacia el hemisferio americano, en particular, apoyada por los sustantivos avances en la liberalización y

protección de las inversiones, y el propósito de sus autoridades de convertir a Chile en una plataforma de inversiones y servicios. El TLC entre Chile y Corea es una pieza fundamental de esta nueva arquitectura, la que permite expandir la frontera y la escala del intercambio económico entre América Latina y el Este de Asia.

12. Referencias

El presente documento está principalmente basado en el informe del TLC suscrito por Chile y Corea, que la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó en agosto de 2003 al Congreso Nacional.

Fuentes de información complementarias podrán ser encontradas en:

Campusano, Raul F. "Chile y el Foro Económico Asia Pacífico, APEC". *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 2001.

Chung Hae-kwan. "The Korea-Chile FTA: Significance and Implications". *East Asian Review* (15) 1 Spring 2003, pp. 71-86.

Eckert, Carter J. *Korea's Economic Development in Historical Perspective. Pacific Century: The Emergence of Modern Pacific Asia*. Westview Press. Compiled by Mark Borthwick. Sydney, 1998.

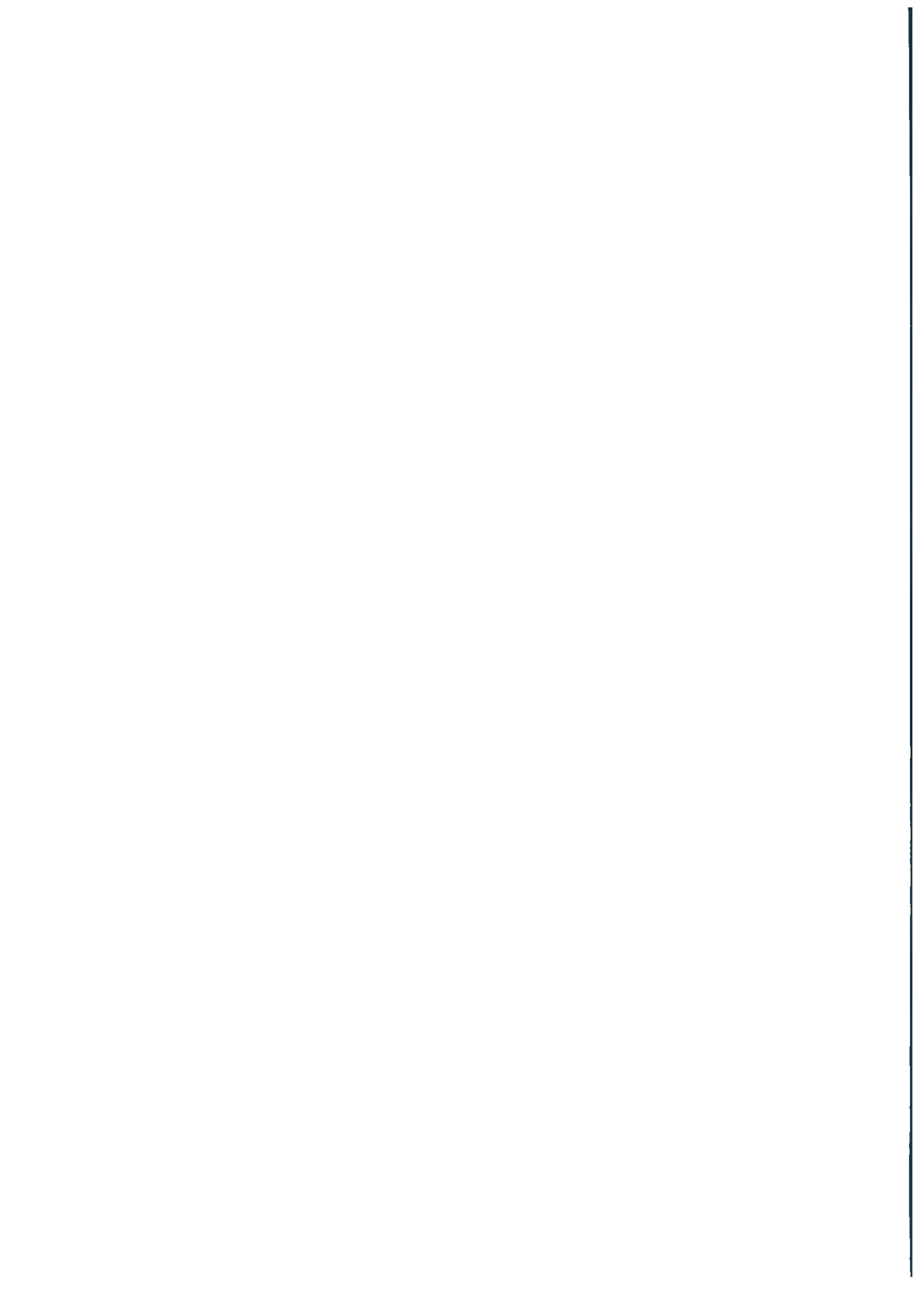
Kim, Byong-seop. *Korea-Chile FTA: Challenges and Opportunities from a Korean Perspective*. Embassy of Korea in Chile, July 2004.

Kim Won-ho and José de Gregorio. *The Korea-Chile FTA: Comparing Approaches to Trans-Pacific Inter-Regionalism*. A presentation paper prepared for the LAEBA conference on Economic Development and Integration in Asia and Latin America, ADB Institute, Tokyo, Sept. 29-30, 2003.

Rozman, Gilbert. *The Confucian Faces of Capitalism. Pacific Century: The Emergence of Modern Pacific Asia*. Westview Press. Compiled by Mark Borthwick. Sydney, 1998.

Won-Ho Kim (Korea Institute for International Economic Policy) "The Korea-Chile FTA: Comparing Approaches to Trans-Pacific Inter-Regionalism". Paper prepared for the LAEBA conference on Economic Development and Integration in Asia and Latin America, ADB Institute, Tokyo, Sept. 29-30, 2003.

"Everybody's doing it", in *The Economist* 26/2/2004.



¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?

Jaime García Escobar

Profesor de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Virna Velásquez Garrote

Abogado

Desde la entrada en vigencia de la Ley 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC), es decir, el 18 de noviembre de 2004, el matrimonio se podrá celebrar ante un oficial del Registro Civil¹ o ante una entidad religiosa que goce de personalidad jurídica de derecho público,² debiendo los contrayentes, en este último caso, inscribir el matrimonio personalmente ante el Oficial del Registro Civil, dentro del plazo de 8 días, en caso contrario, éste no producirá efecto civil alguno. Con relación a los requisitos de validez del matrimonio,³ se exige que ambos contrayentes sean legalmente capaces, su consentimiento sea libre y espontáneo, y el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley; respecto del primer requisito, se destaca que la regla general es la capacidad y libertad de toda persona para contraer matrimonio, salvo aquellos que la ley declare expresamente incapaces; la LMC en su artículo 2º inciso 2º ordena que el juez tome, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho.⁴ En este mismo sentido se eleva la edad para contraer matrimonio, a los 16 años, sin distinción de sexo, y se suscribe por el legislador el hecho de que

¹ Los requisitos de existencia del matrimonio son la diversidad de sexo y el consentimiento, se elimina la presencia de un oficial del Registro Civil competente. En concordancia con lo anterior, el artículo 17 inciso 1º de la LMC señala "El matrimonio se celebrará ante el oficial de Registro Civil que intervino en la realización de las diligencias de manifestación e información".

² Artículo 20 inciso 1º, primera parte LMC: "los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil..."

³ Regulados en el Capítulo II, Párrafo 1º de la LMC.

⁴ Artículos 5º, 6º y 7º con relación al artículo 44 a) LMC.

no interesa la nacionalidad y residencia de los contrayentes, los matrimonios celebrados en el extranjero de acuerdo a las leyes de ese país,⁵ para su validez en Chile, basta que se trate de una unión entre un hombre y una mujer.

El segundo requisito de validez dice relación con el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes. Hasta antes de la entrada en vigencia de la LMC, se trataba del error, fuerza y rapto; hoy se habla de error y fuerza,⁶ precisándose en cuanto al primero que puede recaer en la identidad de la persona del otro cónyuge o en sus cualidades personales, siempre que hayan sido éstas determinantes, al momento de contraer el vínculo, para alguno de los contratantes.

El último requisito exigido por la ley, a saber, el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley,⁷ adquiere relevancia hoy atendida la importancia que tiene para los cónyuges el conocer, entender y comprender los deberes y derechos⁸ que se deben y los fines del matrimonio, esto por cuanto su incumplimiento puede ser causal de divorcio o separación judicial.

La nueva Ley de Matrimonio Civil ha reconocido y creado una serie de instituciones que dan una solución a las crisis matrimoniales sin llegar al divorcio, y a su vez se ha preocupado –bien o mal– de proteger su fin principal, que es el núcleo fundamental de la sociedad, la familia. Entre éstas podemos destacar: el reconocimiento de la separación de hecho,⁹ la facultad para que las entidades religiosas de derecho público celebren matrimonios, el establecimiento de la separación judicial,¹⁰ el divorcio des-

⁵ Véase artículo 15 del Código Civil y Capítulo VIII de la LMC.

⁶ La fuerza debe ser entendida en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

⁷ Las diligencias para contraer matrimonio ante Oficial del Registro Civil son: la manifestación, información y celebración.

⁸ Los derechos y deberes de los cónyuges se caracterizan por que:

a) Son recíprocos, a diferencia de lo que ocurría hasta el año 1989, en que existían algunos que eran individuales, por ejemplo: el de obediencia, que afectaba a la mujer, y el de protección, que correspondía al marido.

b) No hay un orden de prelación entre los deberes y derechos.

c) El contenido de los mismos es ético, lo que hace imposible exigir su cumplimiento, sólo puede aplicarse otro tipo de sanciones.

⁹ La separación de hecho: si bien la ley no la define, pero se reconoce una situación fáctica de rompimiento de la vida en común por acuerdo en común o unilateralmente.

¹⁰ La separación judicial: no existe ruptura del vínculo matrimonial, pudiendo ser: de común acuerdo entre los cónyuges, caso en el cual deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y para con sus hijos (alimentos, tuición, patria potestad, régimen de comunicación regular y directa, etc.). Esta institución resulta ser muy importante, porque otorga fecha cierta al cese de la convivencia. También puede ser solicitada por voluntad unilateral de uno de los cónyuges cuando hubiere cesado la convivencia, por falta imputable al otro, siempre que ésta constituya una violación grave de los derechos y deberes del matrimonio, o para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Art. 26 LMC siempre que se trate del cónyuge no culpable de la causal.

vincular¹¹ y la compensación económica, las nuevas causales de disolución del matrimonio, entre otras.

Compensación económica

Los artículos 61 y siguientes de la nueva Ley de Matrimonio Civil conceden el derecho al cónyuge que, a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa. Ahora bien, el art. 62 señala que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente:

1. Duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.
2. Situación patrimonial de ambos cónyuges.
3. La buena o mala fe.
4. La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.
5. Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud.
6. Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral.
7. Su colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

¿Es tributable la compensación económica?

La pregunta que procede nos formulemos es: ¿debe el cónyuge que recibe esta compensación económica tributar por ella?

Nos parece que para contestar la pregunta debemos remitirnos al concepto de renta que establece el art. 2^º N^º 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, norma que establece que: "Para los efectos de la presente ley se aplicarán en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Cód-

¹¹ Divorcio: Es una causal de terminación del matrimonio, que no afecta de modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella. El divorcio puede ser solicitado de común acuerdo por los cónyuges si acreditan que ha cesado la convivencia durante un período mayor a un año, acompañando un acuerdo completo y suficiente, en los mismos términos antes señalados para la separación judicial. También puede ser demandado por uno de los cónyuges, distinguiéndose en este caso causales genéricas, que dan lugar al divorcio sanción, y específicas. Las primeras consisten en una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, o para con los hijos, que torne intolerable la vida en común, y las segundas dicen relación con la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro, fidelidad, ayuda mutua, respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común.

go Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: 1. Por "renta", los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación".

Esta definición nos consagra un concepto amplio de renta, que apunta a que en definitiva todo incremento de patrimonio es renta, y por lo tanto, deberá tributar.

La consecuencia anterior posee dos excepciones. En efecto, la primera de ellas es que se trate de una renta exenta de impuesto, establecido ello por mandato legal; o bien, que estemos en presencia de un ingreso no constitutivo de renta, de aquellos que establece el art. 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, toda vez que, tratándose de estos casos, como lo indica la ley, ese ingreso, que muchas veces resulta ser un incremento de patrimonio, no tributa, por mandato expreso de la ley.

Aplicando estas ideas a la compensación económica establecida por la nueva Ley de Matrimonio Civil, pareciera que la conclusión debiera ser que estamos en presencia de una renta tributable. Sin duda se trata de un incremento de patrimonio para el cónyuge que la recibe, toda vez que se le está "indemnizando", compensando, el menoscabo económico que sufrió por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, lo que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo, pero en menor medida de lo que quería y podía. Vale decir, en el fondo se trataría de la indemnización del lucro cesante.

Nos parece evidente que si la ley, en el fondo, está compensando las rentas que el cónyuge hubiese percibido de no haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, esa compensación debiera ser considerada renta y, por lo tanto, tributable.

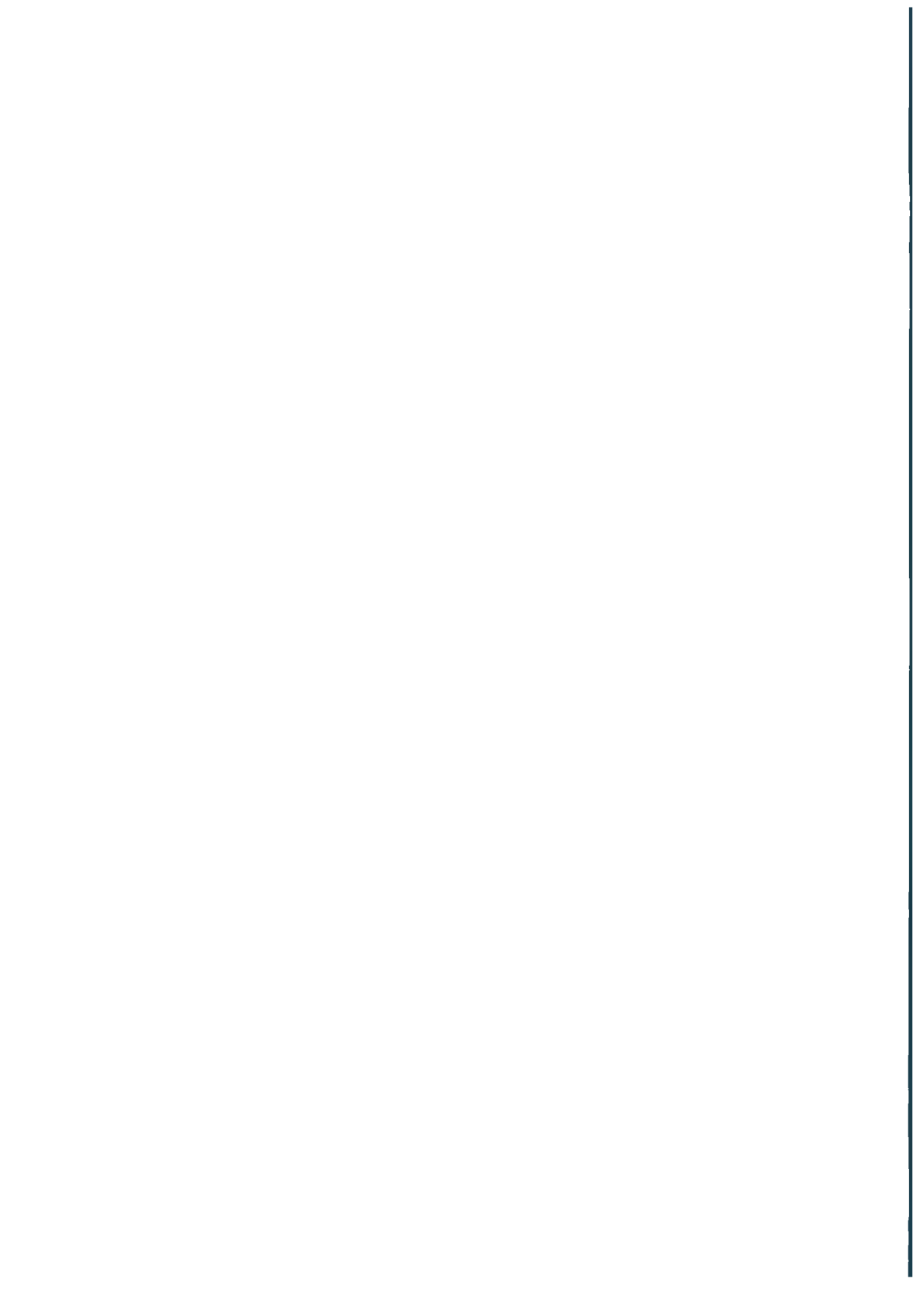
Creemos que, difícilmente, pudiera entenderse que la naturaleza jurídica de esta compensación es la de una indemnización por daño emergente, toda vez que no se está en presencia de una disminución patrimonial. Ahora bien, de entenderse que ésta sea la calificación de la compensación, no tributaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 17 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, que otorga el carácter de ingreso no constitutivo de renta a las indemnizaciones del daño emergente.

Por otra parte, cabe tener presente que la Ley N° 19.347, de 17 de noviembre de 1994, agregó un numeral 30° al art. 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, señalando que es ingreso no constitutivo de renta: "La parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales". El objetivo de esta norma era dar el mismo tratamiento tributario que la ley otorgaba a la adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad conyugal, a favor de cualquiera de los cónyuges o de uno o más de sus herederos o de los cesionarios de ambos, situación que, de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del N° 8 del art. 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, era ingreso no constitutivo de renta.

Estimamos que la situación de la compensación que se verifica en la nueva Ley de Matrimonio Civil no guarda necesariamente el mismo sentido que lo que corresponde a la parte de los gananciales que recibe uno de los cónyuges como consecuencia del término del régimen de participación en los gananciales, aun cuando es un tema discutible.

A pesar de lo anterior, si el legislador estimase como razonable dispensar de tributar al cónyuge que recibe la compensación económica, ello en atención a razones sociales, de bien común, o de otra índole, a nuestro juicio, pensamos que debiera modificarse el art. 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, agregándose un numeral 31°, cuyo tenor podría ser el siguiente:

"31° La compensación económica que le corresponda al cónyuge que a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 61 a 66 de la Ley N° 19.947, de 17.05.2004, sobre Nueva Ley de Matrimonio Civil".



Las relaciones internacionales de Chile durante el período pseudoparlamentario (1891-1924)¹

Eduardo Andrades Rivas

Profesor Titular de Historia del Derecho

Historia Constitucional de Chile

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos menos estudiados del llamado periodo pseudoparlamentario de gobierno chileno o el Parlamentarismo a la Chilena, es el relativo a las relaciones internacionales.

Muchas son las razones, entre las cuales no es la menor la situación de virtual aislamiento en la que los nuevos gobiernos parlamentarios se encontraron una vez asumido el poder supremo, tras la derrota balmacedista en 1891.

Las potencias extranjeras habían observado con simpatía al gobierno de Balmaceda durante la guerra y era lógico que contemplaran con frialdad y hasta distancia y recelo a los nuevos gobiernos.

En efecto, debe recordarse que el nuevo gobierno constitucional, con don Jorge Montt Alvarez a la cabeza, volcó sus esfuerzos a la normalización de la vida política interna del país. Pero las relaciones internacionales, en todo lo que no fuera el comercio del salitre, no fueron materia de prioridad para las administraciones congresistas, ni la de Montt ni las de los sucesivos presidentes parlamentarios.

¹ El presente trabajo forma parte de un estudio mayor desarrollado con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad del Desarrollo, Concurso de Desarrollo de Docencia, versión 2003, proyecto "Curso de Historia Constitucional de Chile".

Sin embargo, los acontecimientos internacionales no dependen de la voluntad unilateral de los gobiernos, sino que de las de muchos otros, y así durante el periodo se producirían algunos de los episodios más definitorios para las relaciones internacionales de Chile en el siglo XX.

En segundo lugar, debemos recordar que las relaciones internacionales fueron una de las pocas materias en donde los Presidentes parlamentarios pudieron hacer sentir su influencia y por ello podría resultar explicable el descuido en su estudio ante la historiografía, al estar dominada la política nacional por el juego de la política parlamentarista. En efecto, y aunque parezca paradójal, los asuntos exteriores serían motivo de la atención casi exclusiva de algunos de los Presidentes del periodo. Con elegante displi-cencia los líderes políticos parlamentarios, que habían despojado a estos mandatarios de toda participación activa en la conducción de los asuntos interiores del país, permitieron que los Presidentes Errázuriz y Riesco condujeran con prudencia las relaciones internacionales. Así los presidentes sin poder supieron usar de su autoridad para evitar graves conflictos que pudieron llegar a la guerra en al menos 4 ocasiones.

LAS RELACIONES INTERNACIONALES CON NUESTROS VECINOS

Ya hemos indicado que el régimen triunfante en la revolución nació bajo el signo de los conflictos internacionales. A ello contribuía, en no poca medida, el que los parlamentaristas habían descuidado lamentablemente su atención respecto a las relaciones internacionales, con excepción de lo tocante a la adquisición de armamento. No obstante la actitud favorable a la Junta Revolucionaria que hacia el final del conflicto armado presentaron los agentes y ministros diplomáticos acreditados en Santiago, en buena medida debido a los excesos del gobierno balmacedista, la opinión generalizada entre las potencias de la época fue el considerar al nuevo régimen como ilegítimo y producto de la fuerza armada.

Debido a ello, este periodo se caracterizó por un relativo aislamiento del gobierno chileno en el ámbito internacional. A lo que se sumó el conjunto de problemas que tuvieron lugar con nuestros vecinos e incluso con el gobierno de los Estados Unidos.

Demostración de la falta de visión internacional es la total despreocupación por los efectos de imagen del país debido al crecimiento de la Marina, en el gobierno de Montt Alvarez, que se reforzó hasta llegar a ser la primera fuerza armada del Continente, incluyendo a los Estados Unidos. A nivel mundial nuestro poder naval ascendió al décimo lugar en poderío. Ello fue consecuencia,

no de una desmedida afición del Presidente a las compras de armamento y buques, sino de la modernización de la flota, del testimonio de gratitud de los parlamentaristas triunfantes a la Armada que les había dado el triunfo en 1891 y del empleo de los enormes recursos provenientes del salitre. Sin embargo, esta explicación que tan natural resultaba a los líderes nacionales no era entendida en el hemisferio y Chile se presentaba como un país expansionista y armado hasta los dientes. Incluso en los Estados Unidos el poder naval chileno se antojaba como una amenaza intolerable.²

La situación sólo se vio superada con motivo de las fiestas del centenario de la Independencia. Aun así el único mandatario extranjero que visitaría Chile sería el Presidente argentino Figueroa Alcorta.

Analizaremos los principales acontecimientos internacionales centrándonos en las cuestiones diplomáticas con nuestros vecinos, las relaciones con Estados Unidos y otros de relevancia en materia internacional, con especial énfasis en la acción de los respectivos Presidentes.

I. Las relaciones con Bolivia

Con motivo del cese de las hostilidades tras la Guerra del Pacífico, se había celebrado un simple pacto de tregua con Bolivia, en el año 1884. Este instrumento internacional, pese a su indiscutible valor, era insuficiente para regular los temas pendientes con el país altiplánico y por ello las negociaciones eran inevitables. La mantención de la tregua no beneficiaba a Bolivia y Chile tampoco tenía nada que ganar con el statu quo.

1) Los tratados de 1895: Nuestra diplomacia creyó llegada la hora del acuerdo definitivo hacia 1895, bajo la presidencia de don Jorge Montt.

En 1895 los representantes de ambos Estados lograron un acuerdo consistente en tres tratados separados y dos protocolos complementarios:

a) Uno de paz y amistad que ponía término oficial al estado de guerra entre ambos países³ (no obstante que el conflicto efectivo había concluido hacía veintiún años con la retirada de Bolivia de las hostilidades tras su completa derrota en los Altos de la Alianza).

² Como veremos, en el llamado "Incidente del Baltimore", el gobierno de los Estados Unidos evidenció esta impresión y su intransigencia tuvo mucho que ver con la injustificadamente difundida imagen belicista de nuestro país.

³ Debe recordarse que el pacto de 1884 era una simple tregua y que por tanto se mantenía la guerra en el plano jurídico.

b) Un segundo tratado sobre canje de territorios, y

c) Un tercero sobre comercio.

En el primer tratado sobre paz y amistad, la nación altioplánica reconoció el dominio chileno sobre los territorios comprendidos entre la desembocadura del río Loa y el paralelo 23° sobre los cuales Chile ya ejercía soberanía en la práctica y en virtud de lo dispuesto en la tregua de 1884.

El segundo tratado consagraba una fórmula condicional: Si Chile adquiría la soberanía permanente de Tacna y Arica, se obligaba a entregar dichos territorios a Bolivia a fin de facilitar su acceso al mar, a cambio Chile recibiría una indemnización de 5 millones de pesos de plata. Pero si no adquiría Tacna y Arica, entonces cedería a Bolivia: *"la caleta de Vitor hasta la quebrada de Camarones, u otra análoga"* y, además, la suma de cinco millones de pesos en plata.

La razón de esta cláusula alternativa radicaba en que a la época aún no se celebraba el plebiscito que debería definir a quien correspondían las ciudades de Arica y Tacna, el que finalmente nunca se realizaría.⁴

La negociación con Bolivia concluyó con la firma de los tratados indicados y el Congreso Nacional les prestó su aprobación. Sin embargo, el Congreso boliviano, luego de largos debates y una cada vez más enrarecida discusión diplomática en donde exigían cada vez más beneficios, aprobó los tratados, pero agregó una cláusula de reserva que indicaba que dicho Congreso tenía el derecho de *"pronunciarse sobre si el puerto y zona que ofrezca Chile, en sustitución del puerto de Arica y Tacna, reúne o no las condiciones establecidas en las estipulaciones celebradas entre las dos Repúblicas"*.

Tal declaración era incompatible con el espíritu de los tratados, ya que confería a Bolivia la facultad unilateral de fijar a futuro las condiciones del arreglo definitivo, por lo que el gobierno chileno consideró inaceptable dicha calificación. De acuerdo a las declaraciones previas de los diplomáticos a cargo de las negociaciones, habrían sido necesarios dos protocolos complementarios que precisaran las obligaciones contraídas por Bolivia respecto de las características del puerto que se le entregaría eventualmente en virtud del tratado de canje de territorios y la liquidación de créditos. Chile condicionaba su aprobación al protocolo de 9 de diciembre de 1895⁵ a la aceptación por parte de La Paz de este protocolo y el aclarato-

⁴ De acuerdo al Tratado de Ancón de 1883, el plebiscito debió llevarse a efecto en 1893.

⁵ Este protocolo unía las obligaciones derivadas del Tratado de Paz y Amistad (entrega de los territorios ocupados por Chile) a las del de Transferencia de Territorios, confiriendo a Chile un plazo de 2 años para entregarle un puerto a Bolivia, de lo contrario todo el acuerdo perdía efecto.

rio de 30 de abril de 1896. Cuando se produjo la declaración del Congreso boliviano, Chile se negó a ratificar el de 9 de diciembre de 1895, con lo cual toda la negociación se derrumbó como un castillo de naipes.

El gobierno de La Paz estimó del caso dar por finalizadas las negociaciones y el chileno siguió similar predicamento.

La verdad es que el gobierno boliviano había forzado las cosas hasta un límite imposible de seguir. Recordemos que había ocultado a Chile el intercambio de territorio que llevó adelante con Argentina al canjear la Puna de Atacama, sobre la cual Chile sostenía derechos, por la provincia de Tarija. Al final, el deseo de la diplomacia boliviana de obtener el máximo de concesiones sin el más mínimo aporte compensatorio la alejó para siempre del litoral en el Pacífico. Los tratados de 1895 fueron el intento que más cerca tuvo a Bolivia de lograrlo.

Con este fracaso diplomático, celebrado luego como una victoria del sentido común, triunfaba la tesis del único de nuestros líderes que se percató del peligro que importaba la fórmula de 1895: la pérdida de la continuidad territorial del país. Este fue el argumento esgrimido por don Federico Puga Borne, que se oponía firmemente a la aprobación de los pactos de 1895.⁶ Años más tarde la continuidad territorial se convertirá en una de las bases del derecho fronterizo con nuestros vecinos.

La oposición del doctor Puga Borne a la fórmula de los pactos de 1895 se basa en su enfoque siempre práctico y atento a los intereses del país. Entre las razones más importantes que formula se encuentran:⁷

a) La aprobación de la fórmula importaba la pérdida definitiva de Tacna y Arica. Pues o pasaban al Perú o se entregaban a Bolivia.

b) El gobierno boliviano había declarado anticipadamente que la caleta Vítor no le satisfacía y por tanto debería buscarse otro puerto a satisfacción unilateral de Bolivia, puerto que naturalmente tendría que ser Antofagasta, con el riesgo de la ruptura de la continuidad territorial de Chile.

⁶ Un interesante análisis de la gestión del doctor Federico Puga Borne en la cuestión con Bolivia en donde se explica su postura contraria a la adopción de los mismos, siguiendo el lúcido criterio practicista que caracterizó su larga gestión diplomática, en el sentido similar al sostenido por don Abraham König, se encuentra en Irrázaval Gomien, Andrés, y otra, "Fundamentos de la férrea oposición de Federico Puga Borne a los pactos de 1895 suscritos en Chile y Bolivia", en *Revista de Derecho*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 10, Concepción, 2003, págs. 441 a 453.

⁷ Cfr. Irrázaval Gomien, Andrés, et al, ob. cit., págs. 447 y 448.

c) Los tratados no contenían la renuncia explícita de Bolivia a sus eventuales derechos sobre los territorios situados entre los paralelos 23° y 24°, con lo cual podría plantear más adelante tales reclamaciones y;

d) El tratado obligaba a Chile a pagar de inmediato la enorme cantidad de las deudas bolivianas, pero si al final no se podía lograr el acuerdo sobre el puerto a entregar, los tratados perderían valor, salvo que Chile habría perdido millones en la negociación.

Es digna de destacar la eventual fórmula de arreglo definitivo sugerida por Puga ya en aquellos años: Manifestó que podría estudiarse la fórmula de dividir los territorios entre Chile y Perú, mediante la asignación a Chile de Arica, Tacna para Perú y en medio de ambas un corredor boliviano que desembocara en el Pacífico en la caleta Chero al norte de Arica. Con ello vislumbraba la fórmula diseñada en 1929 por el Tratado de Lima y anticipaba a la vez la negociación de Charaña con Bolivia en 1975-1978.⁸

Con fecha 13 de agosto de 1900 don Abraham König, radical de filiación política, ex Ministro de Guerra y Marina y parlamentario, fue nombrado por la administración Errázuriz como nuevo Ministro en Bolivia. Apenas asumido su cargo, dirigió una fuerte nota diplomática al canciller boliviano en donde dejaba en claro la postura nacional sobre el conflicto pendiente:

“Nuestra costa llega por el norte hasta la quebrada de Camarones, en conformidad al tratado de paz celebrado con el Perú. Siendo cosa sabida y entendida que Bolivia no pretende zona ni puerto en el territorio de su antiguo litoral, no diviso, a la verdad, de dónde podríamos entregar nosotros a Bolivia lo que pide. No habría chileno capaz de firmar un tratado de paz con una cláusula semejante. Desde la quebrada de Camarones al sur, hasta el estrecho de Magallanes, todas las poblaciones son chilenas, netamente chilenas, formadas, desarrolladas y sustentadas por nuestros nacionales, con nuestros capitales, con el sudor y el esfuerzo del pueblo chileno. En esas poblaciones, incluyendo también el antiguo litoral de Bolivia, no hay casi bolivianos. Conceder, pues, una zona y un puerto en esos lugares sería entregar a nación extraña millares de familias chilenas, y esto en plena paz, por pura condescendencia graciosa”.

Agregaba que Bolivia no se hiciese ilusiones de mantener un quiste militar en Chile. Al primer amago de guerra, el puerto boliviano sería ocupado por nuestro país y la situación quedaría peor. Y termina con esta frase:

⁸ Idem anterior, pág. 448.

Es un error muy esparcido y que se repite diariamente en la prensa y en la calle el opinar que Bolivia tiene el derecho de exigir un puerto en compensación de su litoral. No hay tal cosa. Chile ha ocupado el litoral y se ha apoderado de él con el mismo título con que Alemania anexó al Imperio la Alsacia y la Lorena, con el mismo título con que los Estados Unidos de la América del Norte han tomado Puerto Rico. Nuestros derechos nacen de la victoria, la ley suprema de las naciones. Que el litoral es rico y vale muchos millones, eso ya lo sabíamos. Lo guardamos porque vale; que si nada valiera, no habría interés en su conservación. Terminada la guerra, la nación vencedora impone sus condiciones y exige el pago de los gastos ocasionados. Bolivia fue vencida, no tenía con qué pagar y entregó el litoral. Esta entrega es indefinida, por tiempo indefinido, así lo dice el pacto de tregua: fue una entrega absoluta, incondicional, perpetua. En consecuencia, Chile no debe nada, no está obligado a nada, mucho menos a la cesión de una zona de terreno y de un puerto. En consecuencia, también, las bases de paz propuestas y aceptadas por mi país y que importan grandes concesiones a Bolivia, deben considerarse, no sólo como equitativas, sino como generosas".⁹

Es cierto que König fue duramente desautorizado (perdió incluso su puesto) y que, con motivo de la nota, la mayor parte de las naciones del subcontinente expresaron su simpatía por Bolivia, pero las verdades que ella expresa no fueron desmentidas nunca. Es más, señalaron el ambiente bajo el cual Bolivia se allanaría finalmente a la suscripción de la paz definitiva.

2) El Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904: Hacia inicios del siglo XX, la diplomacia chilena da un paso adelante, se impone la línea tan bien enunciada por Puga y König y se abandona la idea de las compensaciones territoriales para Bolivia, a cambio de facilitar su acceso a los puertos del Pacífico mediante concesiones de libre tránsito.

Paradojalmente para los intereses bolivianos el gobierno de la época también coincidía en la necesidad de lograr facilidades de libre tránsito a los puertos del Pacífico y a la construcción de ferrocarriles con tal propósito. Una serie de capitalistas extranjeros deseaba realizar inversiones en Bolivia y para ello el estado de tregua con Chile era un obstáculo impresentable. No se invertiría en un país en guerra. Además la tregua terminaba beneficiando más a Chile que a Bolivia, por la existencia de impuestos de los cuales estaban exentos los capitales chilenos en virtud del pacto de 1884.¹⁰

⁹ Cfr. Barros Van Buren, Mario, *Historia Diplomática de Chile 1541-1938*, segunda edición actualizada a 1958, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990, pág. 583.

¹⁰ Cfr. Vial Correa, Gonzalo, *Historia de Chile en el siglo XX*, Sociedad Comercial y Editorial Santiago S. A., Santiago, 2003, págs. 83 y 84.

Las negociaciones contaron así con la favorable disposición de las siempre vacilantes administraciones del Palacio Quemado.¹¹ El Presidente Pando envió a Chile en misión confidencial para iniciar las tratativas al Ministro boliviano en Londres don Félix Avelino Aramayo.

Las negociaciones se prolongaron desde abril de 1902 hasta 1904. El siguiente gobierno boliviano, el de don Ismael Montes, no sólo continuó, sino que intensificó las tratativas. Es preciso señalar que este mandatario hizo su campaña presidencial consignando en su programa la firma de la paz con Chile.

El tratado final fue firmado en Santiago el 20 de octubre de 1904, suscrito por Chile por el Ministro de Relaciones Exteriores de la época, don Emilio Bello Codesido y el Ministro Plenipotenciario de Bolivia don Alberto Gutiérrez.

Un acta complementaria suscrita a instancias de don Federico Puga Borne y que explicaremos a continuación fue suscrita el 15 de noviembre de 1904.

El tratado entró en vigencia el 10 de marzo de 1905 y los canjes de ratificaciones del acta complementaria se produjeron el 17 de abril de 1907, entrando en vigor con su ratificación y publicación el 06 de mayo de 1907.

Contenido del Tratado:¹²

1) Paz y amistad: Se restablecen las plenas relaciones de paz y amistad, se da por terminado el Estado de Guerra entre ambos Estados y se finiquita la tregua de 1884.

2) Dominio de Chile sobre los territorios situados entre el paralelo 23° y el río Loa: "Por el presente Tratado, quedan reconocidos del dominio absoluto y perpetuo de Chile los territorios ocupados por éste en virtud del artículo 2° del Pacto de Tregua de 4 de abril de 1884". Esta cláusula garantizaba la continuidad territorial del país al conectar el territorio nacional con la provincia de Tarapacá conquistada al Perú, con lo cual modificamos el límite norte de Chile pasando a tener frontera con Perú.

3) Libre tránsito: "La República de Chile reconoce a favor de la de Bolivia", y a perpetuidad, el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico". Bolivia adquiriría el derecho ex-

¹¹ Casa de gobierno de La Paz.

¹² Cfr. Benadava Cattán, Santiago, *Historia de las fronteras de Chile*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1993, págs. 28 a 32.

traordinario para crear aduanas en los puertos que designara para su comercio, creándose de inmediato las de Antofagasta y Arica.

Conviene destacar que este libre tránsito se extiende a todo tipo de carga y cualquier persona en todo momento, por lo que Chile ha de autorizar el paso hasta de armamentos y tropas destinadas a Bolivia si así lo designa la autoridad boliviana. Este tratado es un ejemplo de las más amplias concesiones que se han diseñado para un país mediterráneo en el derecho comparado. Para completar las facilidades, todas las reclamaciones respecto de la carga con destino u origen en Bolivia pertenecen a la jurisdicción de las autoridades y tribunales bolivianos, sin que sus similares chilenos puedan intervenir en ello.

4) Ferrocarril de Arica a la Paz: Chile se obligó a construir una línea férrea desde el puerto de Arica hasta la capital boliviana. El tramo boliviano se traspasaría a Bolivia al cabo de 15 años desde que estuviera terminada. El ferrocarril se inauguró bajo la presidencia de don Ramón Barros Luco en 1913 y el año 1928 se traspasó al Estado boliviano la totalidad de las instalaciones, incluyendo las maestranzas, líneas telegráficas y telefónicas.

5) Otras obligaciones financieras para Chile: Chile debería entregar a Bolivia la suma de 300.000 libras esterlinas en dinero efectivo; pagar préstamos concedidos a Bolivia por particulares y empresas mineras y asegurar con su garantía las obligaciones en que incurriera el gobierno boliviano por la construcción de ferrocarriles en el interior del territorio. Más adelante estas obligaciones se reemplazaron por el pago anual de sumas dinero en libras esterlinas. En total se ha calculado que esto significó a Chile el desembolso de más de siete millones de libras, cantidad extraordinaria para la época.

6) El acta complementaria de 15 de noviembre de 1904: Como se ha expresado, en el tratado se aludió al destino definitivo del territorio ubicado entre el paralelo 23° y el río Loa, pero nada se dijo sobre los territorios situados entre el paralelo 23° y 24°. Tales territorios estaban bajo la administración chilena debido a la caducidad de los Tratados de 1866 y 1874 debido a la guerra, que daba a Chile el derecho de reclamarlos en virtud de los títulos históricos. Pero tal interpretación podía perfectamente ser controvertida por los bolivianos más adelante. Es más, don Federico Puga pudo probar a las autoridades que Bolivia había sostenido desde antiguo la tesis de que su frontera con Chile en el paralelo 24 estaba aún vigente.¹³

¹³ Lo sostenía así su cancillería cuando en 1888 protestó ante la nuestra al transformarse la zona aludida en la provincia de Antofagasta, por ley del Congreso Nacional. Asimismo los textos de historia y geografía en la educación pública mantenían la mención a la frontera del paralelo 24°. Cfr. Irrázaval Gomien, Andrés et al, ob. cit., págs. 449 y 450.

En atención a tal prueba, el canciller chileno, don Luis Antonio Vergara, solicitó al ministro boliviano, don Alberto Gutiérrez, la suscripción de esta acta o protocolo que aclarara completamente el dominio de Chile sobre la zona aludida: "El gobierno de Bolivia reconoce el dominio absoluto y perpetuo de Chile en el territorio situado entre los paralelos 23° y 24° de latitud meridional, desde el mar hasta el actual deslinde con la República Argentina".

Con esta declaración debida a la constante actitud previsora del doctor Puga, se resolvía a futuro cualquier intento boliviano por reanudar las controversias sobre el territorio indicado.

El gran diplomático y político prestaría todavía un último servicio a la patria con motivo de este protocolo complementario, clave para los intereses chilenos. Ya fuera del Ministerio de Relaciones se percató de que el acta no había sido promulgada junto con el tratado, pese a haber sido ratificada por los Congresos. Instó por ello de inmediato al canciller don Alejandro Huneeus a terminar la tramitación del acta, lo que se hizo a la brevedad.¹⁴

3) Bolivia y su actitud tras el Tratado de 1904: El tratado no se suscribió por una amenaza de parte de Chile a Bolivia. Tal acuerdo fue suscrito por iniciativa de dos gobiernos sucesivos y sus respectivos Congresos, el último de los cuales es uno de los escasos ejemplos de gobierno democrático y constitucional que se encuentran en la Bolivia de la época. Chile no tenía forma de presionar para la suscripción del tratado y se accedió a todas las peticiones bolivianas, salvo la entrega del mar, entrega que sus diplomáticos tampoco solicitaron. La denuncia que años más tarde formularía La Paz de haber firmado el tratado por la fuerza carece de todo sentido. Chile no estaba en posición de emprender una guerra altiplánica y eso lo sabía muy bien el gobierno boliviano.

Sin embargo, esa es nuestra visión del asunto, en Bolivia las cosas se vieron de otra forma. Aun sin secarse la tinta del tratado de 1904, el gobierno boliviano entendería que había ido demasiado lejos en sus expectativas económicas y que su renuncia al litoral perjudicaba sus intereses.

Se desarrollará así durante todo el siglo XX, y aun hoy con fuerza, la endémica reclamación de Bolivia por un acceso al mar, ante lo cual Chile mantendrá invariablemente la misma postura: No existen cuestiones de límites pendientes con Bolivia, éstas fueron resueltas definitivamente por el Tratado de 1904, cuya validez es plena y se encuentra vigente y cumplido por Chile. La demanda boliviana no es sino una mera aspiración, en donde se

¹⁴ Cfr. Irrarrázaval Gomien, Andrés et al, ob. cit., página 450.

mezclan intereses políticos, populismo de masas, falsas concepciones de atraso económico, etc. En el fondo es la tesis de König sin la dureza de los términos empleados por el valiente ministro diplomático.

Otro de nuestros grandes diplomáticos de la época, don Beltrán Mathieu, reaccionando frente a la errada creencia que el Tratado de 1904 ponía término definitivo a los desencuentros con La Paz, diría: *“Si el litoral continúa valiendo lo que hoy, con tratado o sin tratado procurarán (los bolivianos) recuperarlo. No será ése el derecho, pero es la ley histórica”*.

“En cuanto a la amistad de Bolivia, yo ahora me atendería a su respeto y sentimiento de sus conveniencias. Amistad que no se ve en los hechos prácticos, es más bien una idea que una realidad”.¹⁵

Bolivia intentaría una serie de iniciativas diplomáticas tanto frente a Chile como en los foros internacionales para replantear tal aspiración. Mencionaremos las más importantes:

a) La presentación que el mismo Ministro Félix Aramayo hizo de la demanda boliviana ante la primera sesión de la Sociedad de las Naciones en 1920. En efecto, con fecha 1 de noviembre de ese año Bolivia solicitó la revisión del tratado de 1904. Igual cosa hizo Perú respecto del tratado de Ancón, pero tal reclamación fue retirada al mes siguiente. La presentación de Bolivia se fundó en el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de las Naciones que indicaba que la Asamblea podía recomendar la revisión de los tratados que se hubieran hecho inaplicables o que pusieran en peligro la paz internacional. Para ello indicaba que el tratado de 1904 había sido impuesto por medio de violencia. Chile solicitó el rechazo de la moción boliviana. Bolivia debió retirarla por razones de procedimiento, pero la reiteró en 1921. Una comisión de juristas designada al efecto dictaminó con fecha 22 de octubre de 1921 que “la modificación de los tratados es de la sola competencia de los Estados contratantes”. Bolivia reservó sus derechos para volver a plantear su demanda, pero nunca volvió a hacerlo. Influyó en esta decisión la falta de apoyo peruano, pues este último país prefirió entenderse con Chile para lograr el arreglo de la partición de Tacna y Arica. Este acuerdo, suscrito como veremos en 1929, impediría a futuro todo acuerdo bilateral para disponer de estos territorios. El protocolo complementario de 1929 obliga a consultar a Perú siempre que desee cederse una franja de tierra que antes fue peruana.

b) Con fecha 30 de noviembre de 1926, el secretario de Estado norteamericano Mr. Frank B. Kellog propuso a Chile y Perú la cesión a Bolivia de

¹⁵ Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 84.

los territorios de Tacna y Arica a cambio de compensaciones monetarias que Bolivia entregaría a ambos países. La propuesta incluía un exotismo: el Morro de Arica sería sometido a jurisdicción internacional, transformándose en un monumento internacional al valor de chilenos y peruanos. Se erigiría en su cima un faro u otro monumento que simbolizara el acuerdo. Arica sería para siempre puerto libre y se desmilitarizaría perpetuamente el territorio de Tacna y Arica. Chile aceptó considerar la sugestión, Bolivia la aceptó plenamente, pero Perú la descartó de plano, con lo que dicha iniciativa hubo de abandonarse.¹⁶

c) En 1950 y bajo la presidencia de don Gabriel González Videla se plantearía por primera vez la posibilidad de ceder un corredor a Bolivia por el norte de Arica. El gobierno peruano se opondría terminantemente y esa sería la causa del fracaso de las negociaciones.

d) En 1962 estalla el diferendo por las aguas del río Lauca. Este torrente nace en Chile y luego entra en territorio boliviano. Chile deseaba hacer uso de sus aguas para regar el valle de Azapa. El gobierno boliviano se negaba. Finalmente, el 14 de abril de 1962, el gobierno de don Jorge Alessandri ordenaría abrir las compuertas del río y dar uso a las aguas. Bolivia rompió relaciones diplomáticas.

e) En 1975-1978 se desarrollaron negociaciones entre ambos gobiernos, hincadas por el llamado "Abrazo de Charaña" entre los mandatarios de Chile, Augusto Pinochet, y de Bolivia, Hugo Banzer. Las negociaciones buscaban desactivar el peligro de un triple frente contra Chile al acercarse el centenario de la Guerra del Pacífico, estando nuestros tres vecinos gobernados por dictaduras militares muy inestables. El general Velasco Alvarado de Perú planeaba la guerra contra Chile, y también la junta militar argentina. Debido a ello el gobierno chileno decidió esta ofensiva diplomática que se tradujo en una corta reanudación de relaciones diplomáticas por parte de Bolivia. ¿La fórmula? Nuevamente la del corredor al norte de Arica a cambio de compensaciones territoriales. Y nuevamente los intentos fracasaron debido a que el Perú, como en los 50, contestó negándose con una propuesta diversa que implicaba establecer en Arica una zona de soberanía compartida entre los 3 países. Bolivia rompería relaciones acusando injustamente a Chile de no presionar por la fórmula del corredor.

f) Desde inicios de los años 80 del siglo pasado, Bolivia intentará (sin éxito hasta ahora) plantear su aspiración en los foros internacionales. Numerosas iniciativas ante la ONU y la OEA han terminado siendo desestima-

¹⁶ Cfr. Carrasco Delgado, Sergio, *Historia de las Relaciones chileno-bolivianas*, Editorial Universitaria, Santiago, 1991, págs. 230 a 235.

das por dichos organismos acogiendo la tesis chilena que consiste en sostener que su aspiración marítima es un asunto bilateral.

g) Una nueva ofensiva boliviana en 1987 llevó a las conversaciones entre el cónsul boliviano en Chile, don Jorge Siles Salinas, y el canciller Jaime del Valle. En estas conversaciones, conducidas por el cónsul, se volvió a plantear la fórmula del corredor al norte de Arica o de enclaves soberanos en la costa de Mejillones, Tocopilla y Pisagua. Dicha propuesta fue rechazada por el miembro de la H. Junta de Gobierno, almirante José Toribio Merino Castro, y luego por el gobierno chileno, con lo que las negociaciones se dieron por terminadas.¹⁷

h) El siglo XXI no se ha iniciado bajo mejores auspicios. Apoyos a la tesis boliviana se han encontrado en el tirano cubano Fidel Castro, el esperpéntico presidente venezolano Hugo Chávez y otras figuras igualmente pintorescas.

i) La endémica inestabilidad gubernativa de Bolivia les ha llevado a cambios de gobierno con una velocidad que es aun mayor que la ya conocida. Y el tema de las relaciones con Chile y la aspiración marítima no ha hecho sino influir en tal inestabilidad. En este sentido la posibilidad de exportar gas natural boliviano a través de puertos peruanos o chilenos, ya costó al país vecino el cambio semiviolento de dos Presidentes de la República. El actual gobierno, encabezado por el mandatario paceño Carlos Mesa, ha reavivado el sentimiento antichileno con el objeto de lograr un mayor apoyo a su escasísimo piso político. La patética actitud del gobierno boliviano se explica por el alto grado de descontento de líderes indígenas que cercan cada vez más a una virtualmente inexistente autoridad. Y en su delirio populista, las autoridades bolivianas no han entendido que Chile no necesita ni de su gas ni es vulnerable a otro tipo de presiones. Las iniciativas que deslumbran a los ilusos, como la complementación caminera, hídrica o la tan predicada como inútil "integración regional" son voladores de luces que no significan gran cosa (por no decir nada) para Chile.¹⁸ Con los tratados de integración económica quien más gana es Bolivia, no Chile, y por ello las palabras del actual primer mandatario chileno parecen visionarias, una conversación en serio con Bolivia será posible quizás en unos 20 años más. Las duras afirmaciones que Barros Arana formularía respecto del Perú al término de la Guerra del Pacífico podrían ser repetidas aquí. *"El destino para ese desgraciado país es demasiado sombrío"*.¹⁹

¹⁷ Cfr. Carrasco Delgado, Sergio, ídem anterior, págs. 333 y sgtes.

¹⁸ En contrario, ver Irarrázaval Gómien et al, ob. cit., pág. 452.

¹⁹ Cfr. Barros Arana, Diego, *La historia de la guerra del Pacífico (1879-1881)*, Imprenta Litografía Encuadernación Barcelona, Santiago, 1914, pág. 518.

Las relaciones con Argentina

Volvamos por un minuto en el tiempo y retrocedamos hasta 1881. A la fecha de la celebración del Tratado General de Límites nuestra dirigencia había pensado, tan superficial como cándidamente, que nuestros conflictos con Argentina habían llegado a su fin. La despreocupación por los territorios del sur que había y sigue caracterizando a nuestros dirigentes, la existencia del conflicto con Perú y Bolivia y el deseo de poner fin a un diferendo potencialmente mortal para nuestros intereses en la guerra impulsaron a la suscripción del tratado. La evolución de las circunstancias políticas había hecho variar la situación entre ambos países en forma que nadie habría podido anticipar. El inmenso poderío atribuido a Chile (algo exagerado, a decir verdad) por la opinión pública argentina, la supuesta política “agresora y expansionista” de un Chile armado hasta la médula y dueño del salitre, eran banderas agitadas en el vecino país por políticos que manifestaban una envidia evidente por nuestros logros. Pero la verdad era algo diversa. Chile había consolidado sus victorias tras duros sacrificios. Sus relaciones diplomáticas distaban de ser fluidas y la riqueza del salitre escondía nuestra debilidad estructural y nuestra baja población, si la comparábamos con la enorme inmigración que recibía Argentina (Chile contaba con 2,7 millones de habitantes hacia 1896, mientras que Argentina tenía ya más de 5 millones y las riquezas cerealeras sin límite de la Pampa y la Patagonia.

1) El problema, que casi importó la guerra, surgiría por la delimitación de la línea fronteriza que debía correr a través de los Andes por la fórmula consagrada por el tratado de 1881: las más altas cumbres que dividieran las aguas. Hacia inicios de la década del 90 los estudios de los técnicos de ambos países habían dejado en claro que las más altas cumbres no coincidían siempre con el *divortia aquarum*, especialmente desde el paralelo 41° hacia el Sur del continente, por lo que el conflicto parecía inevitable. Los problemas se derivaban obviamente de la mala redacción de la fórmula para fijar la frontera. De allí que los expertos chilenos estimaran que la línea que debía primar era la divisoria de las aguas situada hacia el oriente y sus pares argentinos sostuvieran que primaba la línea de las más altas cumbres situada en general más hacia el occidente, por lo que se acercaba la línea hacia el Pacífico.

2) En virtud de estas tesis, los diplomáticos chilenos confiaban en salir al Atlántico a la altura de la Bahía San Sebastián, en tanto que Argentina esperaba salir al Pacífico a la altura de los fiordos de Ultima Esperanza. Expectativas ambas desmedidas, de acuerdo a lo acordado en 1881. A fin de superar las dificultades en 1893 se firmó un protocolo que establecía normas para facilitar la demarcación.²⁰

²⁰ Cfr. Benadava Cattán, Santiago, ob. cit., pág. 54.

3) Las negociaciones iniciadas bajo Jorge Montt Alvarez experimentaron un severo deterioro bajo la Presidencia de don Federico Errázuriz Echaurren y sólo concluirían bajo su primo don Germán Riesco Errázuriz.

4) Hacia fines de la administración Montt y encontrándose estancadas las negociaciones, con fecha 17 de abril de 1896 se firmó un nuevo acuerdo que establecía que las discrepancias que no pudieran ser subsanadas entre ambos gobiernos, serían sometidos al arbitraje de Su Majestad Británica. El árbitro estaba obligado a aplicar estrictamente las disposiciones del tratado de 1881 y el protocolo de 1893.

5) Pero las tratativas se vieron severamente perjudicadas al conocerse la cesión o intercambio que Bolivia había celebrado con Argentina en diciembre de 1895, respecto de los territorios de Tarija (que pasó a dominio boliviano) y la Puna de Atacama (que pasó a poder de Argentina). El problema radicaba en que este último territorio se encontraba ocupado por Chile, en virtud de la tregua de 1884. La maniobra diplomática boliviana, calificada de genial por los diplomáticos de la época,²¹ nos complicaba en extremo en un territorio que nuestra Cancillería jamás soñó disputar con Argentina.

6) La Puna era un territorio de unos 80.000 kilómetros cuadrados, ubicado entre el cerro Licancábur en el Norte y el paso de San Francisco en el Sur. Se encuentra delimitado por dos brazos (oriental y occidental) de la Cordillera de los Andes. Se compone de superficies llanas, generalmente salares, y algunas serranías. Es un territorio inhóspito y escasamente habitado. Las posiciones de Chile y Argentina (supuesta heredera de los derechos bolivianos sobre dicho territorio) se hicieron cada vez más inaccesibles.

7) El 17 de abril de 1896 ambos países acordaron extender la delimitación que se practicaba en el resto de la frontera a la Puna. Para dicha delimitación "concurriría el Gobierno de Bolivia" a fin de aclarar los derechos de las partes interesadas. No es necesario ser muy sagaz para determinar a quien favorecería Bolivia. Sin embargo, contrariamente a lo que podría haberse esperado, el gobierno boliviano dilató el asunto y solicitó aclaraciones, con lo cual al final no se obtuvo respuesta. Argentina había perdido una excelente oportunidad para afirmar su derecho sobre todo el territorio indicado.

²¹ La cesión de la Puna al final terminó perjudicando los intereses bolivianos. Fue uno de los factores que movieron al gobierno chileno a desahuciar los pactos de 1895, como ya hemos visto y por ello Bolivia perdería la única posibilidad cierta de acceder al mar, como consecuencia de la pérdida de su credibilidad, cuestión gravísima en materia de relaciones internacionales.

8) Chile declaró su aceptación de la cesión o canje de territorios entre Argentina y Bolivia, pero sujetando dicha anuencia a la aceptación por parte de Argentina del arbitraje británico respecto del dominio definitivo de la Puna, cuestión que la vecina república intentó eludir una y otra vez. Una vez más se reiteraba la tradicional política argentina, dilatar las cosas al máximo hasta que las circunstancias la favorecieran a fin de mejorar su posición frente a Chile.

Conviene recordar aquí la tradicional política de ambos países: *“Cuando don Felipe Arana, a mediados del siglo pasado (XIX) y frente al problema limítrofe con Chile, aconsejó a su Cancillería dar alas al tiempo para que el transcurso de los años fuese cargando la balanza a favor de Argentina, ya que los títulos de derecho sobre la Patagonia no le resultaban tan claros como parecían en un principio, sabía lo que decía. Cuando Varas, en Chile, dijo que había que arreglar el problema cuanto antes, o la historia haría muy difícil arreglarlo más tarde, sabía, también, el terreno que pisaba”*.²²

9) Las gestiones para concretar la demarcación y el arbitraje se estancaron debido a la actitud trasandina. Ello tensionó las relaciones al máximo y vientos de guerra empezaron a soplar con fuerza inusitada a ambos lados de la cordillera de los Andes. Las compras de nuevos barcos (la poderosa flota chilena sería reforzada por otros dos nuevos buques, y la argentina intentaría emularla), la recluta de nuevos cuerpos de ejército (hasta llegar a 150.000 en el caso de Chile) y la contratación de créditos para financiar la adquisición de armamento en los mercados americanos y europeos hacían avizorar el fantasma de la guerra entre ambos países (Chile autorizó contratar créditos por hasta 3.000.000 millones de libras).

10) Entre los más acérrimos enemigos de Chile y líder de los partidarios de la guerra, estaba don Estanislao R. Zeballos, para quien la línea diplomática seguida por nuestro país era sinónimo de las más perversas intenciones expansionistas. Nos asignaba una “mala fe púnica”.²³ Por nuestra parte también existía un bando partidario de la guerra entre los dirigentes políticos del gobierno: *“Nada menos que el Canciller, Juan José Latorre (el héroe de la batalla naval de Angamos, durante la Guerra del Pacífico); el subsecretario de Latorre, Eduardo Phillips; el embajador ante Argentina, Joaquín Walker; y el hombre más importante del Ejército –que acababa de reorganizar–, el general prusiano Emilio Koerner.*

Todos ellos llegaron a convencerse de que Argentina sólo entraría en razón con la guerra; que ganaba tiempo conversando, para intertanto armarse has-

²² Cfr. Barros Van Buren, Gonzalo, ob. cit., pág. 562.

²³ Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 75.

ta los dientes; que debiéramos abrir el conflicto, y terminarlo rápidamente, mediante un devastador ataque naval que destruyera la flota enemiga y bloqueara Buenos Aires; y que la fecha óptima para esto era el invierno de 1898, hallándose la cordillera cerrada, y siendo imposible, consiguientemente, una contraofensiva argentina por tierra".²⁴

En similares términos describe la situación nacional don Mario Barros: *"Hacia 1898, tres corrientes enfocaban el caso argentino: 1°) La del Presidente, los intelectuales y los pacifistas a ultranza. Estos creían que todo era cuestión de avenir a Barros Arana con Moreno y echar a andar las labores de demarcación; que el tratado de 1881 se bastaba y sobraba para garantizar la paz y que el arbitraje pondría fin a todo conflicto con Argentina. 2°) La segunda corriente, que en el seno de la Cancillería encabezaban Walker Martínez y Phillips, y que en el Parlamento tenía por corifeos a König y a don Marcial Martínez, sostenía que Argentina jamás aceptaría ni las tareas de demarcación ni el arbitraje mientras Chile no tuviese detrás de su diplomacia los cañones de una escuadra poderosa, 200.000 bayonetas listas para cruzar los Andes y ni una sola consideración con las provocaciones. Y 3°) La tercera corriente era la del grueso del ejército, la armada y el pueblo: basta de conversaciones y arbitrajes. Zafarrancho de combate y al otro lado. Revivir las históricas jornadas de 1879 y no parar hasta Buenos Aires.*

Prensa y salones batieron estas posiciones con verdadero apasionamiento. Al final fue Walker Martínez quien cargó la balanza... Como en los viejos tiempos de don Belisario Prats, un calofrío guerrero sacudió el país desde Tacna a Punta Arenas. La labor del gobierno iba a ser, nuevamente, frenar el arrebató bélico del pueblo".²⁵

11) Cuando asumió el mando don Federico Errázuriz Echaurren, se propuso terminar con los desencuentros, valiéndose de negociaciones telegráficas, que llevó a cabo con el Presidente electo de Argentina, general Julio Roca, y saltando a todos los diplomáticos y ministros de ambos Estados²⁶ (incluido el propio Presidente en ejercicio don Francisco de Uruburu), se logró una fórmula de acuerdo que se acordó mediante la suscripción de dos Actas el 2 de noviembre de 1898. En virtud de ellas se estableció que se celebraría una conferencia en Buenos Aires entre delegados de los dos países, la cual fijaría los límites de la Puna. Si no se alcanzaba el acuerdo, se elegiría a un delegado chileno, otro argentino y un tercero, el Ministro de

²⁴ Idem anterior, pág. 76.

²⁵ Cfr. Barros Van Buren, Mario, ob. cit., págs. 566 y 567.

²⁶ El embajador Walker, quien renunció, y don Diego Barros Arana, perito chileno, no perdonaron jamás a Errázuriz por obrar a sus espaldas. Errázuriz devolvería el guante de esta inquina a Barros al destituirle como perito y vetar su nombre como rector de la Universidad de Chile. Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 77.

Estados Unidos en Argentina, como tercero en discordia, y entre los tres fijarían la línea.

12) Errázuriz arriesgó mucho con su actuación personal, pero su pacifismo estaba fundado en una visión de largo plazo: *"(Después de la victoria chilena sobre Argentina) yo veo atravesar la Pampa, muy felices, a unos rotos nuestros trayendo desde Buenos Aires cada uno un piano de cola al hombro. Pero detrás quedará un odio inextinguible, que imposibilitará toda convivencia, porque vivirá alimentándose con la ilusión de la represalia"*.²⁷

13) Así, la distensión se logró gracias a la calma y serenidad de los presidentes de ambos países, don Federico Errázuriz Echaurren y don Julio Argentino Roca, el mandatario trasandino. Las negociaciones se activaron gracias a su personal intervención y los plenipotenciarios alcanzaron el acuerdo final. Para simbolizar el giro en las relaciones entre Chile y Argentina ambos mandatarios, a instancias de Errázuriz, acordaron reunirse en los territorios australes, frente a Punta Arenas, lo que se concretó el 15 de noviembre de 1898 en el famoso "Abrazo del Estrecho", efectuado a bordo del Crucero O'Higgins,²⁸ y al otro día en un banquete a bordo del crucero argentino Belgrano,²⁹ en medio del Estrecho de Magallanes.³⁰

14) Tras dos meses de negociaciones adicionales los plenipotenciarios acordaron someter el tema de la delimitación en la Puna al Ministro de Estados Unidos en Buenos Aires, don William J. Buchanan, asesorado por un representante de cada uno de los Estados, don Enrique Mac Iver por parte de Chile y don José E. Uriburu por Argentina. Buchanan, muy bien situado y vinculado a la sociedad de Buenos Aires, intentó zanjar la cuestión entregando la Puna a Argentina en sus tres cuartas partes desconociendo la ocupación material de dicho territorio por parte de Chile, situación que databa desde la Guerra del Pacífico. Era lo mejor que pudo obtenerse atendidas las circunstancias.

²⁷ Idem anterior, pág. 76.

²⁸ El ex Presidente Montt Alvarez, presente en la cita, luego de protestar por las malas maniobras del práctico del O'Higgins tomó él mismo la conducción del navío que llevó a Errázuriz a su encuentro con Roca.

²⁹ *"Las ceremonias del Abrazo del Estrecho culminaron con un florido episodio, ejemplo incomparable de retórica diplomática y de florilegio verbal en versión criolla del lenguaje a la moda. Roca devolvió en el acorazado Belgrano el banquete que el día anterior le había ofrecido Errázuriz en el O'Higgins. A los postres, un cortocircuito produjo un apagón total. Se oyó la voz tonante de Errázuriz: "¡No importa! Nos ilumina el sol argentino", en poética metáfora de la bandera amiga; Roca le contestó rápido con otra metáfora: "¡Y la estrella de Chile!". Cfr. Castedo Hernández de Padilla, Leopoldo, Resumen Historia de Chile 1891-1925, tomo IV, Editorial Zigzag, Santiago, 1982, pág. 182.*

³⁰ Cuando se supo que no habría guerra, los belicistas chilenos culparon de traición a Errázuriz. *"Koerner, al saberlo, lloró (afirman) de impotencia. No le sería posible ensayar su ejército, perfectamente listo"*. Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 77.

15) Con fecha 22 de septiembre de 1898,³¹ las partes elevaron la cuestión fronteriza general al arbitraje de su Majestad Británica,³² como siempre había deseado nuestra diplomacia. La Corona británica designó un tribunal arbitral integrado por 3 miembros, un jurista y dos expertos geógrafos,³³ que se impusieron de la cuestión. Uno de ellos, el coronel Sir Thomas Holdich, Vicepresidente de la Real Sociedad Geográfica, a la cabeza de una Comisión Técnica integrada por numerosos expertos, por mandato del árbitro, visitó las zonas en litigio, acompañado por expertos de ambos países.³⁴

16) En el ínterin, sin embargo, continuaron los problemas entre ambos Estados, acusaciones realmente nimias, como ciertos caminos habilitados por Chile en las zonas en litigio, pero cada una elevada a la causa potencial de una guerra. Los bandos belicistas a uno y otro lado de la Cordillera insistían en la "solución armada". En Argentina, como siempre, la voz cantante la llevaba Zeballos: *"Si Chile busca la solución en las batallas, tendremos que aceptarlo, haciendo un paréntesis, penoso aunque fructífero, a nuestro progreso para eliminar de una vez por todas de Sudamérica la industria bárbara de la guerra que desde hace 30 años explota impunemente La Moneda. Un solo grito de ira subirá del oriente de los Andes, enjambres de batallones argentinos avanzarán por todas partes desde Magallanes a Iquique, y Chile será allanado y vencido al fin... Chile quedará reducido a lo que es su forma en el mapa, a una vaina, porque el pueblo argentino le arrancará la espada, sepultándola hecha pedazos entre las ondas del mar, para que no vuelva a amenazar jamás los territorios y los derechos de los débiles y de sus libertadores"*.³⁵

Los "pobres (débiles, sic)", naturalmente, eran los peruanos y bolivianos, y "los libertadores (de Chile)", los argentinos.³⁶ Otros enemigos de Chile eran el Canciller Amancio Alcorta y el ministro argentino en Chile don Epifanio Portela. Por Chile los belicistas estaban encabezados por don Eliodoro Yáñez, Canciller chileno, un argentinófobo convencido.

17) Al llegar don Germán Riesco a La Moneda decidió, como antes su primo don Federico, sepultar el clima de guerra. Desaparecido Alcorta por fallecimiento, fue reemplazado por Joaquín V. González. Riesco con-

³¹ Cfr. Benadava Cattán, Santiago, ob. cit., págs. 54 y 55.

³² A la sazón, la Reina Victoria.

³³ El tribunal estuvo integrado por Lord MacNagthen, Lord de Apelación y Miembro del Consejo Privado de Su Majestad; el general John C. Ardagh, Director de Inteligencia Militar y Miembro del Consejo de la Real Sociedad Geográfica, y el Coronel Thomas H. Holdich, Vicepresidente de la citada Sociedad. Cfr. Benadava Cattán, Santiago, ob. cit., pág. 62.

³⁴ Idem anterior.

³⁵ Cfr. Barros Van Buren, Mario, ob. cit., pág. 603.

³⁶ Cfr. Vial Correa Gonzalo, ob. cit., pág. 78.

tó además con otros dos reemplazos afortunados, pues para ello se valió de la colaboración del Canciller chileno, don José Francisco Vergara Donoso, que había reemplazado a Yáñez, y del Ministro argentino en Santiago don José Antonio Terry (quien substituyera a Portela), ambos firmes partidarios de la paz. Escribiría este último a su Mandatario: *"Puedo asegurar a V.E. que en ningún momento noté en el señor Riesco ni el menor desfallecimiento ni la más leve desconfianza para con los argentinos y su Gobierno. Presidía nuestras reuniones, y siempre y en todos los casos buscaba salvar las dificultades con un espíritu altamente justiciero e imparcial. En cuanto al señor Ministro de Relaciones Exteriores Vergara Donoso, es para mí ahora un verdadero amigo. Tiene todas las condiciones del caballero y del hombre de Estado"*.³⁷

Años más tarde el mismo Terry escribiría a su amigo Riesco: *"Encontré en Ud. al Presidente, tal como lo había soñado, más de una vez, para mi patria"*.³⁸

18) El fallo del rey Eduardo VII de Inglaterra fue emitido el 20 de noviembre de 1902. Considerando los territorios en discusión, bajo jurisdicción arbitral, de 95.000 kilómetros cuadrados, Chile obtuvo 55.000 y Argentina 40.000. Aun cuando los territorios adjudicados al vecino país pueden ser calificados de mejor calidad.³⁹ Fue un fallo salomónico y justo. Constituía no la aceptación completa de las tesis de cualquiera de los dos países, sino una demarcación transaccional.⁴⁰ En general, siguió la línea de la divisoria de las aguas, pero en algunos puntos se apartó de ella para seguir la de las más altas cumbres. La demarcación se practicaría por oficiales ingleses asesorados por peritos chilenos y argentinos.⁴¹

19) Gracias a las reseñadas gestiones del Presidente Riesco y de los ministros Vergara y Terry, el 28 de mayo de 1902, en Santiago, se firmaron los llamados "Pactos de Mayo", que señalarían desde allí en adelante los procedimientos en conformidad a los cuales se arbitrarían nuestras disputas con la vecina nación:

a) Se estableció un sistema arbitral para resolver pacíficamente las disputas territoriales derivadas de las demarcaciones de límites.

³⁷ Cfr. Riesco Errázuriz, Germán, *Presidencia de Riesco (1901-1906)*, Santiago, 1950, pág. 217.

³⁸ Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 79

³⁹ Idem, pág. 80.

⁴⁰ Es cierto que el tribunal arbitral era un tribunal de derecho, pero oportunamente el árbitro solicitó facultades de amigable componedor, facultades que tanto Argentina como Chile, bajo el Presidente Riesco, le confirieron. Esta decisión del mandatario chileno fue muy criticada en su época, pero resultó efectivamente la más juiciosa, considerando lo que vendría después.

⁴¹ Cfr. Benadava Cattán, Santiago, ob. cit., pág. 63.

b) Se limitaban los armamentos y se establecía una paridad del poder naval asegurado por una moratoria de 5 años en la adquisición de nuevas unidades navales, con un aviso previo de 18 meses.

c) En un acta complementaria se establecía la neutralidad o prescindencia de Chile en los asuntos argentinos en el Atlántico y la misma neutralidad o prescindencia de Argentina en los intereses chilenos en el Pacífico. Es el inicio de la llamada política bioceánica sostenida tan caramente por la diplomacia Argentina durante el siglo XX, que puede resumirse en: Argentina en el Atlántico y Chile en el Pacífico. Este principio sería expresamente descartado con motivo del Laudo Arbitral de Isabel II de Gran Bretaña en 1977 y el posterior tratado de Paz y Amistad de 1985.

20) La reacción inicial derivada de los Pactos de Mayo fue extremadamente dura en ambos países. De lado y lado las críticas iban desde acusar de traición a la completa victoria del "enemigo". Opiniones que, evidentemente, no podían estar en lo cierto. Los pactos, al igual que el fallo del árbitro, fueron producto de un cuidadoso análisis y de un gran sentido común, por lo que prestaron a ambos Estados un significativo servicio, al asegurar la paz.

21) La demarcación fronteriza quedó completa hacia 1905. *"Entre 1902 y 1905, el Mandatario (Riesco) presidió una hazaña quizás aun más impresionante. Chile, Argentina y los peritos británicos marcaron la frontera pendiente en el terreno... desde la Puna hasta el Beagle: 5.272 kilómetros a menudo desolados e inaccesibles, con 626 puntos geográficos, 181 accidentes identificables del terreno, y 487 hitos de hierro o piedra".*⁴²

22) Finalmente, se suscribirían los llamados pactos del ABC (entre Argentina, Brasil y Chile) con el objeto de formar un bloque diplomático que frenara los intereses imperiales de los Estados Unidos en el subcontinente. Esa sería la culminación de la política internacional de distensión entre las tres principales potencias del cono sur.

*"Argentina, Brasil y Chile eran, en ese momento, los tres países más importantes de Hispanoamérica, los más ordenados y poderosos. Cada cual, dentro de sus respectivas áreas, podía exhibir una cierta radiación espiritual que les permitía neutralizarse mutuamente. Un pacto de esta naturaleza tenía la doble virtud de desmoralizar todo otro bloque continental y, al mismo tiempo, presentar una fuerza mucho más poderosa a la política exterior de los Estados Unidos".*⁴³

⁴² Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 81.

⁴³ Cfr. Barros Van Buren, Mario, ob. cit., pág. 665.

La iniciativa del gobierno de Río de Janeiro fue de todas maneras fuente de grandes beneficios. Los pactos fueron firmados en Buenos Aires el 25 de mayo de 1915. Pese a no haber sido ratificados, se mantuvieron por años como un verdadero compromiso de honor entre las cancillerías de los tres países miembros. Estados Unidos entendió que la existencia del ABC entorpecería su hegemonía en la zona, pero no pudo hacer nada para evitarlo. Las potencias europeas (Inglaterra, Francia y Alemania) en cambio saludaron con gran entusiasmo al nuevo bloque, pues veían la capacidad de los tres países para contener el expansionismo de EE.UU. y a la vez mantenían las mejores relaciones con los tres países hispanoamericanos.⁴⁴

23) Más adelante, en el espíritu de paz y acuerdo señalado, el 16 de abril de 1941, se suscribiría el protocolo que dio origen a la Comisión Mixta de Límites encargada de colocar y reponer hitos fronterizos entre ambos países. Esta comisión ha funcionado sin inconvenientes durante más de 60 años. Cada año realiza actualizaciones e inspecciones de los hitos respectivos y su labor permite levantar cartografías comunes de la frontera.⁴⁵

Es el balance de nuestras complejas relaciones con Argentina en el periodo parlamentario. Más tarde vendrían otros conflictos que llegarían a revestir casi la misma gravedad, como el litigio del Palena y del Beagle (ambos resueltos felizmente para Chile, gracias al arbitraje de la siempre ponderada Corona Británica y los esfuerzos del Papa Juan Pablo II El Grande).

Las relaciones con Perú

Las relaciones con nuestro vecino del norte estuvieron condicionadas por la permanente querrela por el plebiscito no realizado que debía definir el destino de las ciudades de Tacna y Arica. Esta disposición del Tratado de Paz de Ancón de 1883 envenenaría las relaciones entre Chile y Perú, durante todo el periodo. Veremos brevemente cómo se desarrollaron los hechos:

1) El tratado de Ancón había establecido que al cabo de 10 años de su suscripción, un plebiscito sería el que determinaría el destino final de ambas ciudades "cautivas", según la expresión de los medios de prensa peruanos. A cambio, el país que obtuviera la soberanía debería pagar al otro la suma de diez millones de pesos o soles de plata de igual ley. Cabe preguntarse la razón de esta disposición que tantos dolores de cabeza

⁴⁴ Idem anterior, pág. 667.

⁴⁵ Cfr. Benadava Cattán, Santiago, ob. cit., pág. 64.

importaría.⁴⁶ En la mente de los negociadores chilenos estaban las siguientes explicaciones, que formaban parte de la tradicional “política peruana” de nuestra Cancillería:

a) En primer lugar se estimaba que habiéndose establecido la cesión directa de la provincia de Tarapacá como compensación de guerra, la fórmula del plebiscito sería más aceptable para la opinión pública peruana y contribuiría a mantener algún apoyo a su vacilante nuevo gobierno.

b) En tal sentido la eventual realización del plebiscito sería un simple trámite que se limitaría a certificar el dominio chileno sobre ambas ciudades.

c) De llevarse a cabo un plebiscito imparcial y sin el control chileno, éste debería efectuarse sólo una vez que ambas ciudades estuvieran efectivamente chilenizadas y por tanto asegurarse un resultado favorable a nuestro país.

2) El protocolo que debería arreglar los detalles formales para la celebración del plebiscito no se suscribió nunca. En el fondo de esta falta de preocupación estaba una cierta concepción de hechos consumados por parte de Chile: Una vez que Arica y Tacna hubieran sido chilenizadas, política permanente desde Balmaceda en adelante, ¿por qué no ahorrarse el plebiscito y disponer simplemente que Chile entregara los 10 millones de pesos de plata o aun más al Perú por las ciudades?

3) Frente a esta tesis estaba la peruana: La Cancillería del Rímac estimaba que al no haberse celebrado el plebiscito en la fecha indicada en el Tratado de Ancón, la cláusula que lo establecía había quedado sin efecto por incumplimiento chileno y que por tanto Chile debería devolver Tacna y Arica a Perú. Incluso algunos de sus juristas sostendrían que la violación de esta parte del tratado invalidaba la totalidad del mismo y por ello Perú tenía derecho a reclamar la devolución de la provincia de Tarapacá.

4) Las autoridades chilenas en Tacna y Arica se esforzaron al máximo por llevar adelante la política de chilenización, se trasladó a numeroso contingente militar a ambas ciudades, se reformó y amplió la adminis-

⁴⁶ Otro estudio de la gestión del doctor Federico Puga Borne, en la cuestión con Perú, se encuentra en Irarrázaval Gomién, Andrés, y otra, “El plebiscito sobre el destino de Tacna y Arica como solución jurídica a un conflicto bélico. El aporte de Federico Puga Borne”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, tomo XXII, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2000, págs. 193 y sgtes.

tración con población chilena, se dieron facilidades a agricultores para trasladarse a Tacna y Arica, se invirtieron cuantiosísimas sumas en financiar obras públicas de adelanto urbano, etc. Esta política fue impulsada por todos los Presidentes de la época y concretada en la práctica por el destacado intendente de Tacna don Máximo Lira y el canciller de don Pedro Montt, don Agustín Edwards. Incluso se creó una Corte de Apelaciones en Tacna.

5) Algunos intentos de fijar un límite más ajustado a la zona en disputa, entre Caleta Vítor y Caleta Chero bajo la administración de Errázuriz Echaurren no prosperaron debido a la prioridad que la administración de Errázuriz Echaurren puso en resolver los temas pendientes con Bolivia.

6) Como de costumbre, la opinión internacional era invariablemente contraria a los intereses chilenos. Consignemos un editorial del periodista Ernesto Quesada en el "El Tiempo" de Buenos Aires. Su tenor resulta algo enérgico y ciertamente infundado, pero era la voz común en toda Hispanoamérica: *"Chile ha consolidado sus conquistas, ha satisfecho al Perú y ha hecho de Bolivia un vasallo. La [eventual] concesión de un puerto a esta última y la construcción de un ferrocarril a La Paz, complementadas por la unión aduanera chileno-boliviana han convertido a Bolivia en una posesión comercial de Chile. Chile ha llegado a convertirse en la Inglaterra de este continente y ha transformado a Bolivia en una vecina India. Perú, despojado de sus riquezas naturales que una vez hicieron su fortuna, ha sido convertido en un país pobre, rodeado de naciones bajo la influencia directa de Chile, con lo que ha llegado a ser la Irlanda de esta nueva Inglaterra americana. De la hegemonía política y económica que Chile está ejerciendo no hay sino un paso para el establecimiento de una gran confederación de los Estados Unidos del Pacífico, en la que Chile jugaría un papel similar al de Prusia en el actual Imperio Germánico. La extraordinaria significación de los actos de Chile para el equilibrio de Sudamérica no puede ser desconocida por nadie. Chile podría llegar a ser la nación más importante, no sólo del Pacífico, sino de toda Sudamérica. En el Atlántico quedarían dos inmensas pero no grandes naciones –Brasil y Argentina– contrabalanceándose una con otra".*⁴⁷

*"Esto, dicho por un argentino, era en realidad el pensamiento que se susurraban entre sí casi todas las Cancillerías del continente".*⁴⁸

⁴⁷ Cfr. Quesada, Ernesto, "La política chilena en El Plata", *El Tiempo*, Buenos Aires, 14 de mayo de 1895.

⁴⁸ Cfr. Barros Van Buren, Mario, ob. cit., págs. 545 y 546.

7) Una nueva gestión, esta vez encabezada por el Vicepresidente de Perú, don Guillermo Billinghurst, quien tenía numerosas inversiones y amistades en el Norte chileno y en Santiago, conduciría al protocolo Billinghurst-Latorre, suscrito en abril de 1898, por el cual se acordaba proceder al plebiscito bajo el arbitraje de la Corona española. La fórmula, lograda gracias a la habilidad del Vicepresidente peruano, era atractiva, pero claramente perjudicial a los intereses de Chile. España creía (se sabría luego) que en un plebiscito sólo podían votar los habitantes originarios de las ciudades, lo que desde luego echaba por tierra la chilenización de las ciudades. Fue firmado en la creencia de que la política del superior de Billinghurst, el Presidente Piérola del Perú,⁴⁹ en el sentido de “polonizar” Bolivia (invadirla y dividir su territorio entre los vecinos, correspondiendo a Chile Oruro y Potosí) era la solución definitiva, pues nos permitía evitar toda negociación territorial con la Cancillería de La Paz. Incluso la eventual pérdida de Tacna y Arica podría ser compensada con los nuevos territorios bolivianos. De más está decir que tan peregrina tesis nunca se hizo realidad. El error de la suscripción del protocolo fue salvado por el Congreso Nacional, pues aprobado en el Senado, la Cámara no se pronunció devolviéndolo al Ejecutivo para proceder a nuevas negociaciones, con lo que lo sepultó definitivamente.

8) Así, la solución se mantenía en el aire. Varios conflictos enturbiaron el ambiente entre los dos países, siendo los más destacados el episodio de “la corona” y el de los “párrocos de Tacna”. El primero consistió en una simple descortesía o desaire al ministro chileno en Lima, don Miguel Echenique, quien había ofrecido una corona de bronce para la tumba de los caídos peruanos en la guerra y que nunca fue aceptada oficialmente. El segundo, mucho más grave, tuvo que ver con la presencia en las ciudades de párrocos peruanos, dependientes de la diócesis de Arequipa y hostiles a la chilenización. La autoridad chilena los expulsó y la autoridad eclesiástica se negó a permitir la llegada de sacerdotes chilenos. La cuestión fue resuelta con tanto tino como visión por la Santa Sede, la cual creó el Vicariato General Castrense o Capellanía Mayor, a cargo del gran obispo chileno don Rafael Edwards. Los sacerdotes dependientes del Vicariato, aunque sin permiso del obispo Arequipeño, monseñor Mariano Holguín, se hicieron cargo de las parroquias de Tacna y Arica, aunque bajo la amenaza del “entredicho” lanzado por el obispo peruano. Finalmente el incidente costó la ruptura de relaciones diplomáticas con el Perú en 1910.

⁴⁹ Don Nicolás de Piérola, el mismo que había conducido la última parte de la Guerra del Pacífico contra Chile, como dictador del Perú, había sido elegido Presidente de dicha nación.

9) Un intento final de congelar el plebiscito por 20 años fue sugerido por el mismo Billingham en 1913, pero las negociaciones no tuvieron éxito.

10) Finalmente, bajo la administración de don Arturo Alessandri, se recurriría al arbitraje del gobierno de Estados Unidos. Perú se oponía completamente a la celebración del plebiscito, mientras que Chile, conocedor del éxito de la chilenización, estaba de acuerdo con su celebración.

11) El 20 de julio de 1922 ambos gobiernos llegaron a convenir un Protocolo de Arbitraje a cargo del Presidente de los Estados Unidos, quien determinaría si procedía o no, en las circunstancias actuales, la realización del plebiscito. Si el árbitro concluía que debía realizarse el plebiscito, determinaría igualmente las condiciones de su celebración.

12) El 4 de marzo de 1925 el Presidente de EE.UU. Calvin Coolidge falló a favor de la tesis chilena disponiendo que el plebiscito debía celebrarse. Creó además una comisión plebiscitaria a cargo de llevar adelante el proceso, comisión que estaría a cargo de un representante estadounidense, uno chileno y otro peruano.

13) La comisión se instaló en Arica en agosto de 1925. La encabezaba el héroe de la Gran Guerra, el general John J. Pershing, y la integraban, por Chile, don Agustín Edwards Mac Clure, y por Perú, don Manuel de Freyre y Santander. Graves disturbios que estallaron en las ciudades dificultaron la labor de la comisión. El general Pershing fue luego reemplazado por el general William Lassiter, a cargo de las fuerzas militares estadounidenses en Panamá. Lassiter llegó a la convicción de que el plebiscito era impracticable en las condiciones de agitación que se vivían. Chile protestó y votó contra dicha resolución, que, según nuestro país, violaba la sentencia del árbitro al exceder las facultades de la comisión (el plebiscito había sido declarado procedente por el árbitro y no podía soslayarse ese hecho), pero con el voto del mismo Lassiter y el del peruano Freyre se aceptó la resolución y todo se paralizó. La fórmula plebiscitaria llegaba a su fin.

14) Perú reivindicó la soberanía sobre ambas ciudades desatando una feroz campaña diplomática y Chile mantuvo la posesión de las mismas. El conflicto fue resuelto sólo bajo el gobierno de don Carlos Ibáñez en 1929, con la suscripción del Tratado de Lima, que consagraría la partición de los territorios entre Chile (que conservó Arica) y Perú (que recuperó Tacna).⁵⁰

⁵⁰ Ver Benadava Cattan, Santiago, ob. cit., págs. 40 a 43.

Las relaciones con Estados Unidos

Puede resultar curioso incluir una referencia a las relaciones con la potencia del Norte, sobre todo si consideramos que la atención de nuestra diplomacia en el periodo estuvo casi por entero concentrada en nuestros múltiples problemas fronterizos. La razón está en un incidente que en cualquier otra ocasión habría sido considerado menor, pero que producto de una serie de desafortunadas actuaciones fue elevado al nivel de crisis mayor y estuvo a punto de provocar una guerra: es el llamado **Incidente del "Baltimore"**.

Describamos brevemente en que consistió el problema y luego las insólitas consecuencias que provocó:

1) El ambiente en Valparaíso: Hacia fines de la Revolución de 1891, un grupo importante de naves estadounidenses se encontraban surtas en la bahía con el objeto oficial de "proteger los intereses norteamericanos en el conflicto". La verdad es que esta flotilla, al mando del almirante Mc Cann, observaba con desconfianza el desarrollo del conflicto. El ambiente en el país era igualmente hostil a la presencia de los estadounidenses. Las razones de esta antipatía chilena eran bien conocidas y fundadas: Desde la actitud yanqui en la liquidación de la Guerra del Pacífico, en donde la diplomacia de EE.UU., dirigida por Mr. Blaine, secretario de Estado, se jugó por entero por defender los intereses peruanos, hasta el conflicto civil en donde los norteamericanos, dirigidos por el mismo Blaine, habían tomado evidente partido por el bando balmacedista; desde el incidente del Itata, hasta la actitud del ministro de EE.UU. en Chile, Patrick Egan, quien había abandonado toda prudencia en su apoyo al derrocado Presidente. Tales actitudes explicaban el rechazo que causaba en la dirigencia parlamentarista triunfante y en el pueblo la presencia estadounidense en el puerto.

2) Tras un periodo de meses sin autorizar los desembarcos, por temor a la reacción del pueblo, el capitán del crucero estadounidense "Baltimore", Mr. Schley, concedió permiso para un breve desembarco, el día 16 de octubre. Bajaron al puerto 177 hombres de la dotación del buque.

3) Los problemas empezaron en la noche en el llamado "barrio bravo", lugar de garitos y prostíbulos. Una riña entre un par de marineros y los parroquianos, en donde obviamente había corrido el alcohol. Producto de la trifulca, falleció acuchillado y baleado uno de los marinos estadounidenses, Charles Rigglin.

4) Un segundo, William Turbull, fue igualmente acuchillado por la turba que se formó entre chilenos y los marinos norteamericanos cercados en el barrio bravo.

5) La investigación hecha por el capitán Schley fue obviamente parcial. En base al testimonio de los mismos marinos concluyó que la agresión había sido deliberada, que Riggín no estaba bebido (según las declaraciones era ¡abstemio!) y que todo había sido una conspiración de las autoridades chilenas en contra de la tripulación indefensa. A igual conclusión llegó la investigación que se hizo más tarde apoyada en las mismas "pruebas" en la base del buque en EE.UU.

6) Mientras, en Chile el incidente fue calificado como una simple "pelea de borrachos" por la autoridad. El sumario criminal instruido en Valparaíso por el juez don Enrique Foster concluyó aceptando esta tesis sin realizar una investigación más profunda. Propuso penas de presidio para tres chilenos y un marino estadounidense, resolución esta última que aumentó el disgusto de las autoridades norteamericanas.

7) El gobierno de EE.UU. exigió explicaciones y una indemnización para las familias de los muertos.

8) La situación empeoró por la actitud del ministro Egan en Santiago, que hizo todo lo posible por inculpar al gobierno del incidente. El gobierno de EE.UU. manifestó su molestia y pidió explicaciones. Pero lo que colmó el vaso fue una imprudente nota que el canciller radical Manuel Antonio Matta remitió al embajador chileno en Washington, don Pedro Montt. El texto de la nota se hizo público y ella terminó por exasperar al gobierno norteamericano, que se preparó para lo peor.

9) En dicha nota Matta indicaba que el mensaje del Presidente Harrison era *"inconscientemente erróneo o deliberadamente falso"*. *No es posible concebir un lenguaje más inapropiado.*⁵¹

10) El gobierno del Presidente Harrison se preparó para la guerra, reunió una flota de 18 buques de guerra, acopió provisiones de carbón, alistó sus hombres y solicitó del Congreso federal las autorizaciones para la guerra. Además contaba con el ofrecimiento de los puertos argentinos para surtir a la flota estadounidense. En enero de 1892 todo estaba listo y emitió un ultimátum al gobierno chileno: se exigía el retiro de la nota de Matta y la reparación a los deudos de los marinos fallecidos mediante indemnizaciones pagadas por el gobierno chileno.

11) Contra todo lo que podría haberse esperado, el gobierno nacional, tomando recién conciencia de la gravedad de lo ocurrido, adoptó la deci-

⁵¹ Cfr. Barros Van Buren, Mario, ob. cit., pág. 530.

sión de excusarse. Mediante nota del 25 de enero, se aceptó retirar la nota de Matta, se ofrecieron excusas por los errores de concepto y se ofreció el pago (concretado más tarde) de 75.000 dólares como indemnización a los familiares.⁵²

12) La consecuencia del incidente fue, sin embargo, más duradera, pues gatilló la profunda desconfianza de nuestros líderes en el país del Norte. Así don Jorge Montt declararía en 1896: *"el gobierno yanqui era inescrupuloso y corrompido y que la doctrina Monroe podía acarrear la sujeción de todo el continente a los Estados Unidos"*.⁵³

Producto de esta desconfianza serán:

- a) La resistencia de Chile a integrar los órganos panamericanos, dominados desde siempre por Estados Unidos.
- b) La neutralidad mantenida en la Primera Guerra Mundial, contrariando lo ocurrido con todos los demás países de la región.
- c) La formación del llamado "ABC", tratado que vinculó a Chile, Brasil y Argentina, con el objeto de formar un bloque que evitara la hegemonía de las políticas imperiales de EE.UU. en Hispanoamérica.

Otras cuestiones internacionales

La lista de las cuestiones internacionales reseñadas con anterioridad puede resultar sorprendentemente abundante, pero nos resta todavía citar un par de cuestiones de interés para nuestra historia diplomática:

1) La Gran Guerra y la neutralidad de Chile:

Bajo las administraciones de don Ramón Barros Luco se definió la neutralidad chilena en la Primera Guerra Mundial. Resulta conveniente explicar mejor esta declaración de neutralidad, que en Hispanoamérica sólo fue compartida por México, Paraguay y Argentina. La guerra que se inició en Europa en 1914, debido al absurdo juego de alianzas y bravatas entre las potencias que se agrupaban entre la Triple Alianza (Alemania, Austria e

⁵² Sin que se sepa muy claramente, con el paso de los años surgió el mito de que la disculpa habría incluido el saludo con 21 cañonazos al pabellón estadounidense, y el arriar la bandera nacional, tras lo cual el oficial que ejecutó la orden se habría suicidado. Pura fantasía, tan adecuada a la mentalidad romántica de la época.

⁵³ Cfr. Vial Correa, Gonzalo, ob. cit., pág. 91.

Italia) y la Triple Entente (Inglaterra, Francia y Rusia) tuvo consecuencias notables para Chile. La llamada paz armada entre las potencias se vio quebrada el 28 de junio de 1914, por el asesinato en Sarajevo del heredero de la Corona Imperial Austrohúngara, Archiduque Francisco Fernando y su mujer, por mano de un terrorista y separatista serbio. Esta sería la causa detonante para el conflicto, cuyas razones más profundas fueron el surgimiento del nacionalismo en los pueblos eslavos, la decadencia de las monarquías habsburga y romanov, el imperialismo alemán y el militarismo obsesivo que se había apoderado de las cancillerías europeas.

“Dos fueron las causas principales de la Primera Guerra mundial: la rivalidad comercial entre Inglaterra y Alemania y la “paz armada”. El Imperio Británico, fortalecido por Disraeli y poderoso por su formidable Armada, había encontrado un rival en el Imperio Germánico. La industria alemana exportaba al mismo nivel que la inglesa. Enormes áreas de influencia, como América del Sur, eran ya seriamente dominadas por el comercio alemán. Las colonias germanas de África acusaban un nivel de industria y de vida mucho más alto y activo que el de las inglesas. Alemania, desprovista hacia esa fecha del orgullo protestante inglés, avanzaba sin cesar en todas las áreas donde la influencia británica no estaba amparada por una ocupación de hecho.

El equilibrio europeo, establecido en el Congreso de Viena, pugnaba por romperse”.⁵⁴

Los bandos enfrentados se mantuvieron sin grandes variaciones hasta el retiro de Rusia (aflicida por la Revolución de 1917) y la entrada de Estados Unidos en el conflicto, que inclinaría la balanza a favor de las democracias occidentales.

Para Chile el conflicto se tradujo en una baja de las ventas del salitre en 1914, debido fundamentalmente al bloqueo que Inglaterra impuso a las compras alemanas de nitrato. No es casualidad que el primer encuentro naval de importancia en la guerra, que ocurriera en las costas chilenas frente a Coronel, el 1° de noviembre de 1914, entre la flota alemana al mando del Conde Almirante Maximilian Graf Von Spee y la inglesa del Almirante Sir Christopher Cradock, que culminó con la victoria del primero, tuviera como “última ratio” el dominio de las rutas de aprovisionamiento de salitre para los alemanes.⁵⁵ Más tarde, frente a las Islas Falklands, los ingleses tendrían su revancha, destruyendo la flota alemana, pero la

⁵⁴ Cfr. Barros Van Buren, Mario, *ob. cit.*, págs. 676 y 677.

⁵⁵ Cfr. Parker de Bassi, María Teresa, *Tras la estela del Dresden*, tercera edición, Ediciones Tusitala, Santiago, 1995, pág. 83.

imposibilidad de contar con el nitrato chileno, base de la pólvora y por tanto de los explosivos necesarios para llevar adelante el esfuerzo bélico, forzaron a Alemania a perfeccionar el salitre sintético, que sería una de las más desastrosas consecuencias de la guerra para Chile. Adelantemos que tras una baja de las ventas en 1914, ellas se elevaron hasta casi triplicarse en 1917 y 1918, sería el fuego fatuo que pondría fin a la prosperidad del "oro blanco".

Con fecha 29 de agosto de 1914, la Cancillería remitió a todas las misiones nacionales en el exterior una circular por la cual fijaba los términos de la neutralidad. En nueve puntos fijaba su irrestricto apego al derecho internacional y hacía aplicable la Convención de la Haya sobre guerra naval. La neutralidad chilena fue en general respetada por las potencias en conflicto. Fueron escasos los incidentes que violaron esta neutralidad. Entre ellos los más conocidos serían todos episodios navales, lo que es fácil de explicar debido a la dilatada costa nacional y al deseo de las flotas en conflicto de ejercer una mayor influencia sobre las comunicaciones navales en el Pacífico. A la señalada batalla de Coronel, debemos agregar:

a) El hundimiento de la goleta francesa *Valentine*. Supuestamente hundida por una flota alemana frente al archipiélago de Juan Fernández. Francia intentaría que Chile pagara los daños, lo que resultaba una violenta violación del derecho internacional. Las autoridades chilenas amenazaron entonces con la ruptura de relaciones, lo que amedrentó al Quai D'Orsai. Llevado el asunto al arbitraje de EE.UU., Francia perdió su demanda.

b) El hundimiento del crucero alemán "*Dresden*", por parte de la flota inglesa. Refugiado el navío germano en la bahía de Cumberland, la flota inglesa lo atacó violando su estancia legal. Las autoridades inglesas debieron disculparse y la tripulación del "*Dresden*" fue internada en la Isla Quiriquina, frente a Talcahuano, hasta el término del conflicto.⁵⁶

c) El crucero alemán "*Prinz Eitel Friederich*" violó asimismo la neutralidad al pretender desembarcar tripulaciones de presas enemigas en Papudo. Su huida fue interceptada por el crucero chileno "*Ministro Zenteno*". El navío alemán solo pudo abandonar el mar territorial dando explicaciones, las cuales debió reiterar su cancillería.

⁵⁶ Un notable relato de estos hechos se contiene en la obra de María Teresa Parker, *Tras la estela del Dresden*, ya citada. Un caso digno de novela fue el de la fuga del teniente Kanaris, el que luego sería el gran Almirante, responsable de los servicios de inteligencia de Alemania en la Segunda Guerra Mundial y enemigo de Hitler. Otro asunto de interés es el de la leyenda sobre el supuesto tesoro en monedas de oro que habría existido a bordo del "*Dresden*", leyenda sin base histórica alguna, como queda claro en el relato citado.

d) Reclamaciones menores ocurrieron en el caso de la empresa de vapores alemanes Kosmos, que intentó burlar las restricciones chilenas impuestas en virtud de la neutralidad, lo que le valió severas multas.

Debemos sí reiterar que, aparte de lo indicado, la neutralidad no fue objeto de mayores violaciones, pese a la carencia de una flota que pudiera defender todo nuestro litoral.⁵⁷ Bajo las administraciones de Sanfuentes dicha neutralidad fue oportunamente renovada y defendida por nuestros diplomáticos.

2) Chile participa en la Sociedad de las Naciones:

Terminado el enfrentamiento en Europa, Chile se hace parte de la Sociedad de las Naciones, organización precursora de las Naciones Unidas, creada por el Tratado de Versalles de 1918, que puso fin a la guerra. Así nuestro país se insertaría plenamente en el naciente y vacilante orden internacional.

Comentarios finales

Las notas precedentes enuncian de manera meramente sinóptica las principales alternativas de las relaciones internacionales durante el parlamentarismo. Es mucho más lo que podría decirse de este riquísimo periodo de nuestra diplomacia, pero nos basta por ahora señalar que los grandes desafíos de la política internacional del país en la actualidad resultaron prefigurados por la acción de los hombres de aquella época. Y que debemos a personajes como Puga y König, Errázuriz y Riesco el testimonio de nuestra admiración y sincero agradecimiento por su muchas veces olvidada pero valiosísima contribución a la defensa de los intereses nacionales.

⁵⁷ Las explicaciones precedentes han sido tomadas de Barros Van Buren, Mario, ob. cit., págs. 676 a 684.

La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*

Fabricio Mantilla Espinosa

D:E:A. Derecho Privado General (Universidad París II)

Profesor y Coordinador de la línea de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Francisco Ternera Barrios

Abogado especialista en Derecho Privado, Profesor en

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO y

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, COLOMBIA

“Nuestras palabras, usadas tal como las usamos en la ciencia son recipientes capaces de contener y transportar significado y sentido, significado y sentido *naturales*. La ética, de ser algo, es sobrenatural, y nuestras palabras sólo expresan hechos, del mismo modo que una taza de té sólo podrá contener el volumen de agua propio de una taza de té por más que se vierta un litro en ella.”

La influencia del derecho francés en nuestro sistema de normas de indemnización de perjuicios extracontractuales es innegable; no sólo se ha manifestado a través del *Code Civil*, principal inspirador de don Andrés Bello en la redacción de los textos que regulan la materia, sino que, además, la doctrina francesa ha constituido, tradicionalmente, la principal fuente de inspiración de nuestra jurisprudencia en su labor interpretativa.¹

Ahora bien, el objetivo de este ensayo no es establecer un paralelo entre los regímenes de indemnización de perjuicios extracontractuales existentes en el derecho colombiano y en el derecho francés, ni, mucho menos, pretender sistematizar (si es que se puede hacer) la influencia de la doctri-

* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres de los autores.

** Wittgenstein, Ludwig. Conferencia sobre ética. Ed. Paidós, Barcelona, 1990, p. 37.

¹ Sobre la importación de modelos jurídicos extranjeros, consúltese: Agostini, Eric. *La circulation des modeles juridiques*. RIDC, Paris, 1990, pp. 461 a 467.

na francesa en nuestras decisiones jurisprudenciales.² Nuestra única intención es tratar de dar cuenta del estado actual del derecho colombiano, en lo que respecta a las normas indemnizatorias que consagran la noción de culpa como elemento constitutivo e igualmente determinar el verdadero alcance de la influencia del derecho francés en la materia.

Dentro de esta perspectiva, es importante precisar que, tanto en el Código Civil colombiano como en el Código Civil francés, las referencias a la culpa se encuentran en casi todos los artículos sobre responsabilidad extracontractual y en el título mismo de los capítulos correspondientes a dicha materia.³ Sin embargo, en la evolución legal y jurisprudencial que ha sufrido el derecho francés desde mediados del siglo XX, las referencias a la culpa han, prácticamente, desaparecido de ciertas normas indemnizatorias, para así dar lugar a la consagración de nuevos regímenes de responsabilidad conocidos como "objetivos". Mientras que, en el derecho colombiano, hemos pretendido alcanzar los mismos resultados de redistribución y colectivización de los riesgos propios de nuestra sociedad moderna, manteniendo la palabra "culpa" en la formulación de las disposiciones de indemnización de perjuicios extracontractuales, pero deformando completamente su sentido como *juicio de valor*.

Antes de comenzar el análisis específico de la normatividad colombiana, es importante precisar que "culpa" antes que todo es una palabra y que, como tal, su significado depende de los distintos usos⁴ que de ésta se haga dentro de los diferentes lenguajes particulares.⁵ Así, en el lenguaje de la indemnización de perjuicios extracontractuales del derecho civil, el legislador se limita a servirse de las palabras "delito" y "culpa" sin dar una definición específica de éstas;⁶ su significado debe ser entonces delimita-

² Para establecer los puntos en común y las diferencias existentes entre las distintas formulaciones normativas sobre responsabilidad extracontractual, en los dos sistemas jurídicos, recomendamos consultar: Pérez Vives, Alvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen II, Parte primera Ed. Temis, Bogotá, 1954, pp. 65 ss.

³ Véase el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil colombiano (arts. 2341 a 2360) y el Capítulo II, Título IV del Libro Tercero y Tercero-bis del *Code Civil* (arts. 1382 a 1386-17).

⁴ "El significado de una palabra es su uso en el lenguaje". Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 61 proposición 43.

⁵ El sentido de las palabras depende del uso que se haga de éstas dentro de cada contexto determinado. Así, las palabras y expresiones jurídicas tienen su propio sentido (atribuido por los juristas), el cual puede ser diferente al establecido por el uso ordinario de las mismas, o por su utilización dentro del lenguaje propio de otras disciplinas. Y los sentidos atribuidos por los juristas a cada palabra pueden igualmente variar de una rama a otra del derecho, y aun de una materia específica a otra dentro de la misma rama. Al respecto consúltese: Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Ed. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris, 2002, pp. 63 ss. y 250 ss.

⁶ A diferencia de lo que sucede en materia contractual, en donde el legislador colombiano (art. 63 C.C.) define el dolo y tres especies de culpa que sirven, principalmente, para agravar o aligerar la responsabilidad del deudor contractual incumplido, de acuerdo con la utilidad que reciban las partes del contrato celebrado (art. 1604 C.C.).

do en relación con las expresiones “dolo”, “fraude”, “comportamiento de modo impropio”, “mala intención”, “malicia”, “negligencia”, “imprudentemente”, “sin las precauciones necesarias”, “cuidado”, “prudencia”, “descuido”, “falta de diligencia”, etc., utilizadas tanto por el legislador⁷ como por la jurisprudencia⁸ para tratar de precisar su sentido.

Vemos cómo “culpa” y “delito” no son expresiones descriptivas que se limitan a enunciar meras situaciones de hecho ni a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos,⁹ sino palabras que se usan para expresar un *juicio de valor* sobre una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad.¹⁰ Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por dichos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva.¹¹

Las disposiciones del Código Civil y, principalmente, el uso que le dan los jueces a la palabra “culpa” nos permiten hacernos una idea de los casos en los cuales se considera un comportamiento concreto como culposo. Así, se estimaron culposos los siguientes comportamientos: el del conductor de un furgón que, sin licencia de conducir y en avanzado estado de embriaguez, colisionó contra un automóvil que se encontraba debidamente parqueado en zona urbana,¹² el comportamiento de la empresa administradora de un peaje que omitió realizar las obras necesarias para mantenerlo debidamente iluminado en la noche,¹³ el *error técnico* de la persona que temerariamente interpone una denuncia por estafa en un asunto de clara naturaleza civil¹⁴ y la equivocación del empleado bancario que realizó consignaciones en la cuenta de un cliente, las cuales dieron lugar a la sindicación de este último por peculado, y a su detención preventiva.¹⁵

⁷ Arts. 2343, 2344, 2346, 2348, 2349, 2353, 2355, 2356, 2357 y 63 C.C.

⁸ Consúltese, a manera de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 15/05/1992. M.P. Alberto Ospina Botero G. J., número 2455 pp. 397., y C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G. J., número 2419 p. 139.

⁹ Véase: Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, pp. 48 y 49.

¹⁰ Al contrario de lo que sucede en el lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil, en el lenguaje ordinario se suele utilizar la palabra “culpa” con sentido *descriptivo*, como sinónimo de *causa*, en frases como: “*los derrumbes se produjeron por culpa de las lluvias*”; y con un sentido *judicativo* en la expresión “*hacer algo sin culpa*”, cuyo significado es próximo de “actuar sin mala intención”. Por ejemplo, Fulano le presta su pluma a Zutano, sin advertirle que la válvula de la tinta se encuentra dañada; al firmar, Zutano mancha el documento, y Fulano se excusa argumentando: “*fue sin culpa*”.

¹¹ Un hermoso estudio literario sobre la palabra “culpa” en Bouchez, Madeleine, *La faute*. Ed. BORDAS, Paris, 1971.

¹² C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G. J., número 2419, pp. 139 ss.

¹³ C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995, pp. 873 ss.

¹⁴ C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV, pp. 418 ss.

¹⁵ C.S.J. Cas. Civ. 19/02/1962. M.P. Arturo C. Posada. G. J., Tomo CVI, pp. 148 ss.

Mientras que en las conductas específicas que han sido consideradas "delictuosas" se exige el *dolo* o la *mala fe*,¹⁶ como en el caso de interponer una denuncia penal, sirviéndose de un testigo mentiroso.¹⁷

El calificar un acto como "culposo" constituye un reproche, una censura que se hace a un comportamiento determinado, de acuerdo con las costumbres, la *forma de vida* de una sociedad específica. Así, la culpa sólo existe en el caso concreto,¹⁸ y no como un concepto abstracto y absoluto,¹⁹ una especie de "estado puro de la culpa" que pueda servir para explicar todas las conductas culposas, y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas. Por consiguiente, al considerar una conducta específica y circunstanciada como "culposa", estamos creando un *hecho institucional*, imponiendo el *estatus social*²⁰ que implica emitir un *juicio*.²¹ Considerar algo como "culposo" es, en cierta forma, similar a considerarlo "feo", "gracioso" o "bueno". Lo que no podemos pretender es encontrar la belleza, la gracia, lo bueno y la culpa en un estado puro, como un ingrediente, que permita definir siempre y en todo lugar las cosas feas, graciosas, buenas o culposas.²²

Ante la imposibilidad de definir "la culpa" de forma absoluta, nos encontra-

¹⁶ Que, según los arts. 63 y 2302 inc. 3 C.C., consisten en la "intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

¹⁷ C.S.J. Cas. Civ. 7/03/1934. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, G. J. LVII, pp. 74 ss.

¹⁸ Véase: Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 165.

¹⁹ "[...] En lugar de decir: 'Esta es la carretera correcta hacia Granchester', podría decirse perfectamente: 'Esta es la carretera correcta que debes tomar si quieres llegar a Granchester en el menor tiempo posible'. [...] La carretera correcta es aquella que conduce a una meta arbitrariamente determinada, y a todos nos parece claro que carece de sentido hablar de carretera correcta independientemente de un motivo predeterminado. Veamos ahora lo que posiblemente queremos decir con la expresión 'la carretera absolutamente correcta'. Creo que sería aquella que, al verla, *todo el mundo* debería tomar por *necesidad lógica*, o avergonzarse de no hacerlo. Del mismo modo, el bien absoluto, si es un estado de cosas describable, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, realizaría *necesariamente* o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera." Wittgenstein, op. cit., pp. 36, 37 y 38.

²⁰ Consúltense: Searle, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Ed. Alianza / Ensayo, Madrid, 2001, pp. 103 ss., y Searle, John, *La construcción de la realidad social*. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997. Sobre las "instituciones jurídicas", recomendamos consultar: MacCormick, Neil et Weinberger, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit*. Ed. Story Scientia / LGDJ, Bruxelles, París, 1992.

²¹ Austin, John Langshaw. *Cómo hacer cosas con palabras*. Ed. Paidós Studio, Barcelona, 1990, pp. 200 ss. "La culpa [...] implica una apreciación de orden moral, un juicio de valor sobre lo que está bien, o sobre lo que está mal. Ciertos hechos son moralmente condenados por todas las morales que profesa el hombre, religiosas o laicas: asesinato, estafa, etc. Otros hechos pueden presentar ciertos problemas, porque las reglas morales no son las mismas para todos los individuos, en todos los momentos de la historia, y en todos los países". Starck, Boris. *Droit civil, obligations*. Ed. Librairie techniques, Paris, 1972, p. 116.

²² "La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las *propiedades* son *ingredientes* de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas, como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella". Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 45.

mos en la necesidad de analizar caso por caso, para poder determinar si el comportamiento dañoso fue o no culposo.²³ Por esta razón, todos los intentos de los juristas por definir la culpa mediante una fórmula general que explique todos los comportamientos censurables han resultado infructuosos.²⁴ “La culpa –decía Jossierand– es un pecado jurídico que nunca hemos podido definir”.²⁵ “De lo que no se puede hablar, mejor es callarse”.²⁶

Dentro de esta óptica, haremos algunos breves comentarios con respecto a la delimitación del sentido de la palabra “culpa” (I), y a su deformación actual (II), dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios extracontractuales del Derecho Civil.

I. LA DELIMITACIÓN DEL SENTIDO DE LA PALABRA “CULPA”

Si bien es cierto que tratar de definir la “culpa” implicaría un sinsentido, es innegable que para hacer el juicio de valor que ésta implica, nuestros jueces deben hacer ciertas consideraciones, más o menos objetivas, a saber: una comparación de la conducta específica que se pretende juzgar con la conducta de un sujeto hipotético (A), y la exigencia de cierta capacidad de reflexión, por parte del sujeto cuya conducta se califica (B).

A. La comparación de la conducta específica con la conducta del sujeto hipotético

De acuerdo con lo establecido en nuestro Código Civil (principalmente en su art. 63), “la culpa” requiere una comparación entre el comportamiento dañoso del sujeto específico y el comportamiento de un sujeto hipotético.²⁷ “Toda valoración resulta de la apreciación de una cosa comparada

²³ Nuestra jurisprudencia parece haber asumido una posición similar en C.S.J. Cas. Civ. 4/09/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 p. 19.

Ahora bien, el juez no puede aplicar un criterio puramente personal de aquello que considera como culposo. La determinación de la culpa obedece a la *forma de vida* de la sociedad en la que el juez vive, y a nombre de la cual impone su decisión.

²⁴ Véase, como ejemplo: Pérez Vives, Alvaro. op. cit., pp. 68 ss., Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de obligaciones*. Ed Temis, Bogotá, 1998, pp. 50 y 51, y Martínez Ravé, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis, Bogotá, 1998, pp. 128 ss.

²⁵ Limpens, Jean. *La Faute et l'acte illicite en droit comparé*. Mélanges Dabin, t. II, p. 732.

²⁶ Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ed. Alianza, Madrid, 1973, p. 203, proposición 7.

²⁷ Para apreciar la culpa el Código Civil establece como sujeto de comparación, en materia extracontractual, el buen padre de familia actuando en las mismas circunstancias (arts. 2350 y 63 C.C.). Sin embargo, en materia contractual, tanto el legislador como la jurisprudencia, en caso de contratos celebrados por profesionales, suelen reemplazar dicho sujeto de comparación por un profesional de la misma rama, actuando en las mismas circunstancias, y de esta forma aumentar el contenido de sus obligaciones de medios. Véase, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 1915 y 1918 C.C., en cuanto al carácter oculto de los vicios de la cosa vendida tanto para el comprador como para el vendedor.

con otra; aquella implica una comparación, una relación, y ese carácter relativo es su esencia misma”.²⁸

Ahora bien, a pesar de que el simple análisis de las similitudes y diferencias existentes entre las conductas de los dos sujetos parece suficiente para definir la comparación,²⁹ nuestra jurisprudencia insiste en servirse de las expresiones “apreciación *in abstracto*” y “apreciación *in concreto*”, con fines explicativos. Dentro de esta perspectiva, se dice que la apreciación se realiza *in abstracto*, cuando el comportamiento del agente se compara con el de un sujeto hipotético (normalmente, el buen padre de familia); y, cuando se compara dicho comportamiento con el patrón de conducta normal del agente mismo, se habla de apreciación *in concreto*. Sin embargo, estas expresiones no sólo carecen de utilidad, sino que, además, crean graves confusiones en la materia.

Dichas expresiones carecen de utilidad, puesto que la apreciación *in concreto* no parece tener ninguna aplicación práctica. En efecto, en materia extracontractual, el comportamiento del agente se compara siempre con el del mismo sujeto hipotético que sirve de patrón general de conducta para todos los miembros de la sociedad: el comportamiento del buen padre de familia.³⁰ Y en materia contractual:³¹ el buen padre de familia o el profesional avisado. Vemos, pues, cómo dichas expresiones se encuentran desprovistas de toda utilidad práctica y, por ende, deberían ser suprimidas del lenguaje particular del Derecho Civil. Así las cosas, bastaría la simple y llana referencia al sujeto hipotético de comparación.

Además, estas expresiones pueden prestarse para graves confusiones, ya que un importante sector de la doctrina moderna (tanto francesa como colombiana) les ha asignado un sentido completamente diferente. En efecto, para dichos autores,³² la apreciación *in concreto* requeri-

²⁸ Schopenhauer, Arthur. *Le fondement de la morale*. Ed. Le livre de Poche, Paris, 1991, p. 104.

²⁹ Comparar: “[...] fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I. Madrid, 1992 p. 521.

³⁰ Arts. 2350 y 63 C.C.

³¹ El art. 1927 del Código Civil francés parece consagrar una apreciación *in concreto* de la conducta del depositario; sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de dicho país tienden a interpretar dicha formulación normativa como una comparación *in abstracto* cuyo sujeto hipotético sería “un buen depositario en las mismas circunstancias”. Al respecto consúltese: Larroumet, Christian. *Les Obligations. Le Contrat*. Ed. Economica, Paris, 2003, pp. 655 y 656.

Así las cosas, sólo restaría la posibilidad de que los contratantes establecieran convencionalmente una apreciación *in concreto*, lo cual no justifica el uso generalizado que se le pretende dar a dicha expresión.

³² Véase, a manera de ejemplo: Larroumet, Christian. Op. cit., pp. 655 ss., Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. *Le fait juridique*. Ed. Armand Colin, Paris, 1997, pp. 99 ss., y Tamayo Lombana, Alberto. Op. cit., pp. 51 y 52.

ría un examen subjetivo, psicológico, del comportamiento del agente, y serviría, entonces, para determinar el “dolo”. Mientras que la apreciación *in abstracto* se utilizaría exclusivamente para establecer la “culpa”. Este nuevo significado de origen doctrinario resulta muy desafortunado, puesto que tanto el “dolo” como la “culpa” constituyen *juicios de valor*, y, por ende, implican un examen subjetivo del comportamiento del sujeto, para determinar la intención de causar daño, en el primer supuesto, o la negligencia, imprudencia o impericia, en el segundo supuesto.

B. La exigencia de cierta capacidad de reflexión por parte del sujeto normativo

El art. 2346 C.C. establece que “[l]os menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”. Dicha disposición exige, por parte del sujeto normativo, cierto grado de raciocinio y ciertas condiciones mentales para que su comportamiento dañoso sea susceptible de reproche moral y jurídico.³³ Esta consideración objetiva obedece al sentimiento que despiertan en nuestra sociedad los comportamientos dañosos de los infantes y los dementes. Dentro de nuestras costumbres occidentales, se disculpan moralmente las actuaciones de dichas personas aun cuando aquellas infieran daños a los demás miembros de la comunidad.³⁴ Este tratamiento especial frente a

³³ Diferente es la situación en el derecho francés, ya que el art. 489-2 C.C y su aplicación jurisprudencial han llegado a consagrar una supuesta “culpa” cometida por personas privadas de su capacidad de reflexión. Así las cosas, en el derecho francés, tanto el demente como el menor de diez años pueden ser declarados responsables dentro de los supuestos del régimen general de responsabilidad por culpa consagrado en los artículos 1382 y 1383 C.C.fr. [art. 2341 C.C. colombiano]. Esta criticable desfiguración de la noción de culpa ha servido de argumento a la doctrina, no menos criticable, que defiende la existencia de la famosa “culpa objetiva”. Véase, por ejemplo: MM. Mazeaud et Chabas, François. *Leçons de droit civil. Obligations*. Ed. Montchrestien, Paris, 1991, pp. 438 ss; Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. *Op. cit.*, pp. 82 ss y Bénabent, Alain. *Les Obligations*. Ed. Montchrestien, Paris, 1997 pp. 322.

³⁴ “[...] [Según una parte de la doctrina y de la jurisprudencia contemporáneas, la culpa sería una noción abstracta y objetiva: el hecho de no comportarse como un hombre razonable, y no implicaría ni facultad de discernimiento ni imputabilidad. Sin embargo, es contrario al lenguaje común hablar de la culpa de un bebé o de un loco; suponiendo que en este caso se tratara todavía de responsabilidad, sólo podría tratarse de una responsabilidad objetiva. En realidad, lo que pretende dicha doctrina es cambiar la regla, declarando responsables a los inconscientes, pero manteniendo, al mismo tiempo, las mismas palabras, a las que para sus finalidades les cambiaron el sentido: afirmar el fundamento moral de la responsabilidad, sosteniendo que ésta está completamente fundada sobre la culpa, pero sobre una culpa que no tiene ninguna significación moral, porque es objetiva. [...] Dicho método está sustentado en una mera logomaquia incoherente”. Malaurie, Philippe, et Aynès, Laurent. Ed. Cujas, Paris, 1998, p. 42.

esta clase de personas puede explicarse por un sentimiento de *justicia distributiva*, que nos lleva a tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.³⁵

En lo que respecta a los infantes, el legislador consideró que a partir de los 10 años se les puede censurar moralmente y sancionar jurídicamente sus comportamientos dañosos. Al parecer nuestro legislador partió del supuesto de la existencia de un principio de reflexión por parte del menor para poder declararlo responsable. A partir de los siete años los niños comienzan a desarrollar la reflexión, es decir, comienzan a pensar antes de actuar, estableciendo de este modo una especie de deliberación interior previa a sus actuaciones.³⁶

En cuanto a los dementes, cabe resaltar el hecho de que el legislador se sirvió de la palabra "demente", que, en el lenguaje ordinario, tiene un significado bastante general,³⁷ lo cual deja suficiente libertad al juez para que precise el grado de reflexión necesario para cada caso concreto. En este orden de ideas, el supuesto de hecho de la norma comprendería también la demencia transitoria o carencia de la facultad de reflexión al momento de la actuación dañosa.

Por otro lado, el art. 2345 C.C. establece que "[e]l ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa." Ahora bien, para poder entender dicha disposición en armonía con lo dispuesto en el art. 2346 C.C., es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, el art. 2345 C.C. se debe aplicar, por analogía, a todos los estados de alteración de las facultades mentales por consumo de sustancias psicotrópicas. Y, en segundo lugar, hay que tener muy claro que una persona bajo el efecto de tales sustancias puede carecer, completamente, o en gran medida, de capacidad de reflexión y, por ende, ser considerado temporalmente demente, en los términos del art. 2346 C.C.

Así, pues, a primera vista, habría una contradicción entre las dos dis-

³⁵ Sin embargo, nuestra jurisprudencia parece no hacer las mismas consideraciones cuando el daño fue causado conjuntamente por el hecho del agente y el hecho de la víctima menor de diez años (art. 2357 C.C.); hipótesis en la cual descarta la exoneración parcial de responsabilidad, argumentando una supuesta "culpa objetiva" que no toma en consideración la edad de la víctima. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 8/09/1950. M.P. Manuel José Vargas. G. J., números 2087 - 2088, pp. 45 ss.

³⁶ Sobre los diferentes periodos del desarrollo intelectual del niño, consúltese: Piaget, Jean. *Problèmes de psychologie génétique*. Ed. Denoël/Gonthier, Paris, 1972, pp. 54 ss.

³⁷ "Demente. [...] Loco, falto de juicio. [...] Que padece demencia, debilidad de las facultades mentales. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I, p. 678.

posiciones. Sin embargo, con el art. 2345 C.C., el legislador parece haber querido ir un paso más atrás en la cadena causal y sancionar, realmente, la culpa consistente en el consumo voluntario de dichas sustancias, como causa mediata del daño, y no una supuesta culpa de la persona que padece una demencia transitoria, como causa inmediata del daño.³⁸

Ahora, si bien es cierto que las soluciones adoptadas por nuestro Código Civil en la materia parecen estar acordes con las convicciones morales y la *forma de vida* de nuestra sociedad, no podemos desconocer el sentimiento de injusticia que despiertan ciertos daños causados por menores de diez años o dementes que carecen de una persona que se encuentre a cargo de ellos, y que, por consiguiente, privan a la víctima de cualquier posibilidad de ser indemnizada. Esta situación se hace aun más evidente si el agente cuenta con los medios económicos suficientes para resarcirlo.

Con el fin de encontrar una solución satisfactoria para dichas situaciones, el legislador francés de 1968 dispuso, en el art. 489-2 C.C.fr., que las personas afectadas por problemas mentales son susceptibles de cometer culpa, y por ende, pueden ser responsables.³⁹ Sin embargo, dicha solución contraría abiertamente la idea que tiene la sociedad francesa de un comportamiento culposo. El legislador alemán, por su parte, optó por una solución completamente diferente. En efecto, el § 829 BGB prevé la posibilidad que tiene el juez de condenar al autor del daño (quien no pudo haber incurrido en culpa, por razones psicológicas) a resarcir todos, o algunos, de los perjuicios ocasionados a la víctima, por razones de equidad,⁴⁰ lo cual implica un cierto grado de inseguridad jurídica. Frente a este problema de vital importancia, nuestro derecho positivo no parece aún haber tomado partido.⁴¹

³⁸ Al respecto recomendamos consultar el análisis hecho por Saleilles, Raymond. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*. Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1925, pp. 386 y 387, y Aberkane, Hassen. *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*. RTD civ, Paris, 1958, pp. 523 ss.

³⁹ A partir del 5 de mayo de 1984 la Corte de Casación Francesa ha hecho extensiva dicha solución a los infantes. Véase al respecto: Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Ed. Dalloz. Coll. *Connaissance du droit*, Paris, 1998, pp. 73 ss.

⁴⁰ Sobre el particular recomendamos consultar: Ferrand, Frédérique. *Droit privé allemand*. Ed. Dalloz, Paris, 1997, pp. 370 y 371., y Saleilles, Raymond. Op. cit., pp. 385 ss.

⁴¹ Consúltese al respecto el excelente estudio de Fernández Muñoz, Mónica Lucía. "La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno". *Rev. Estudios Socio-Jurídicos*. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp. 237 ss.

II. LA DEFORMACIÓN DEL SENTIDO DE LA PALABRA “CULPA”

A partir de la primera mitad del siglo XX, los cambios en la estructura productiva y social que ha sufrido nuestro país llevaron a nuestra jurisprudencia a crear nuevas normas de indemnización de perjuicios extracontractuales, a través de la utilización de nuevas técnicas interpretativas que permitieran adaptar los textos creados por el legislador del siglo XIX a las nuevas exigencias propias de la concepción del *Estado de Bienestar* (*Welfare State*).⁴²

Dentro de esta perspectiva, una nueva norma que no permitiera al sujeto normativo exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa, resultaba indispensable para poder dejar en cabeza de los agentes los costos de las indemnizaciones que implican aquellas actividades en cuyo desarrollo no es fácilmente identificable un comportamiento negligente o imprudente.⁴³ Así, nuestra jurisprudencia decidió servirse del art. 2356 C.C., e interpretarlo como la disposición que consagra un nuevo régimen de responsabilidad que sólo admite la prueba de la causa extraña, como causal de exoneración.⁴⁴

Sin embargo, tanto nuestra doctrina, como nuestros jueces, en sus decisiones, se han mantenido aferrados al uso de la palabra “culpa” para tratar de justificar los nuevos regímenes de responsabilidad en los cuales no se hace ningún *juicio de valor* sobre el comportamiento del sujeto normativo.⁴⁵ Esta tendencia no sólo se ha manifestado en el régimen de responsa-

⁴² “La concepción del Estado de Bienestar muestra la toma de conciencia por parte de la sociedad, de que ella es un todo que no puede remitirse a nada distinto que a ella misma, y de que le corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren sus asociados, según los principios de la transferencia y la distribución”. Terestchenko, Michel. *Philosophie politique*. Tome I. Ed. Hachette, Les fondamentaux, Paris, 1994, p.149.

⁴³ Los costos, en principio, serían distribuidos dentro de un grupo de personas más amplio, a través de la utilización del seguro de responsabilidad civil. Véase: Tunc, André. *La responsabilité civile*. Ed. Economica, Paris, 1989, pp. 76 ss.

⁴⁴ Consúltense, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civil. 14 / 03/ 38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza G.J., t. XLVI, pp. 216 y 217., C.S.J. Cas. Civil. 31 / 05/ 38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992 p. 1157., y C.S.J. Cas. Civ. 05/05/ 1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 p. 894.

⁴⁵ “[U]na noción completamente nueva, la de *Estado de Bienestar*, a menudo ha sido introducida (en algunos países como Colombia) dentro de un juego de lenguaje que le es ajeno: el juego de lenguaje del *Estado Legalista*.

Así, el Estado quiere ser *de Bienestar*, pero no tiene los *medios lingüísticos* para serlo”. Silva Romero, Eduardo. Op. cit., p. 121.

Véase una excelente crítica a esta tendencia jurisprudencial, en la aclaración de voto de los doctores Hernán Guillermo Aldana Duque y Héctor Marín Naranjo, in C.S.J. Sala Plena, 6/ 04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436, pp. 147 a 149.

bilidad por las actividades peligrosas (art. 2356 C.C.),⁴⁶ sino, además, en las decisiones sobre los daños causados por animales fieros (art. 2354 C.C.)⁴⁷ y por el hecho del edificio en ruinas (art. 2350 C.C.)⁴⁸

Vemos cómo nuestra jurisprudencia pretende sostener la existencia de una teoría general de la responsabilidad civil, cuya “esencia” se encontraría en el concepto de “culpa”, es decir, una responsabilidad civil con un alto contenido moral.⁴⁹ Lo cual implica una gran contradicción, puesto que sostener la existencia de la “culpa”, como condición de aplicación de las normas de indemnización de perjuicios y, al mismo tiempo, excluir todo *juicio de valor* sobre el comportamiento del sujeto normativo reduce la palabra “culpa” a cinco letras (c.u.l.p.a.) que sólo sirven para tratar de ocultar la existencia de regímenes objetivos de responsabilidad.⁵⁰

⁴⁶ Recomendamos consultar, sobre la utilización de vehículos automotores terrestres: C.S.J. Cas. Civil. 18/03/1976 M.P. Germán Giraldo Zuluaga G.J. No. 2393 pp. 67 ss, C.S.J. Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 09/1992 pp. 619 ss., C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995 p. 873 ss., C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 pp. 984 y 985, C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2001 pp. 2439 y 2440. Respecto a la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992 pp. 1157 y 1158, C.S.J. Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2002 pp. 2613 ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., Respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20/08/1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2427 p. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2439 pp. 158 ss. y C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1962. M.P. José Hernández Arbeláez. G. J., números 2253 – 2254 pp. 341 ss. Respecto a daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1/10/1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G. J., números 2268 -2269 pp. 161 ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 pp. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J., números 2352 a 2357 pp. 173 ss.

⁴⁷ Véase: C.S.J. Sala Plena, 6/04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436 pp. 143 a 147.

⁴⁸ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G. J., número 2399 pp. 54 y 55., C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268 – 2269, p. 279, y C.S.J. Neg. Gen. 9/10/1963. M.P. Efrén Osejo Peña, G. J., números 2268 – 2269, p. 708.

⁴⁹ Consúltese, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. *Jurisprudencia y Doctrina* 07/2000 p. 1138, C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 p. 878, C.S.J. Cas. Civ. 4/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G. J., número 2455 pp. 504 ss. C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G. J., números 2330 a 2332 pp. 55 ss., C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 pp. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 11/10/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 pp.101 ss.

⁵⁰ Lo cual resulta aun más irónico si tenemos en cuenta que, en la actualidad, el campo de aplicación del art. 2341 C.C., el cual exige expresamente la culpa del agente, se ha reducido, prácticamente, a ciertos casos de competencia desleal (estas decisiones son muy censurables, dado que existe una norma específica: el art. 20 de la Ley 256 de 1996) y de abuso del derecho por denuncias penales en materia civil. Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/11/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 pp. 1045 ss., C.S.J. Cas. Civ. 13/10/1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta. G. J. 2431 pp. 203 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV pp. 418 ss.

Ahora bien, para tratar de justificar sus decisiones, la jurisprudencia colombiana ha recurrido a la "importación" de verdaderos "*cadeaux empoisonnés*" elaborados por la doctrina francesa, como la noción de la "culpa objetiva" (A), y los ha adaptado, de diversas maneras, a situaciones particulares de nuestro derecho nacional (B).

A. La noción de "culpa objetiva" de la doctrina francesa...

Parte de la doctrina francesa⁵¹ ha sostenido la existencia de una "culpa objetiva", es decir, "[...] una noción puramente objetiva, compuesta únicamente por un comportamiento de hecho, jurídicamente calificado como anormal, sin que haya lugar a tomar en cuenta la psicología del autor".⁵²

Esta "nueva noción de culpa" fue elaborada con el fin de buscar un fundamento único para todos los regímenes de responsabilidad civil extracontractual, y así negar el carácter objetivo de la responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1384 inc. 1 C.C. fr.) y, de paso, tratar de explicar la solución consagrada en el art. 489-2 C.C. fr.

Sin embargo, dicha teoría no sólo adolece de graves contradicciones estructurales, sino que, además, su adopción por el derecho colombiano ha traído como consecuencia importantes confusiones dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil.

La teoría de la "culpa objetiva" conlleva graves contradicciones estructurales. En efecto, pretender mantener la "culpa"⁵³ como fundamento único de la teoría de la responsabilidad civil, so pretexto de conservar el reproche moral al comportamiento del agente, y, al mismo tiempo, suprimir su carácter subjetivo, no es más que un gran contrasentido que sólo consigue desnaturalizar el significado de la palabra "culpa".⁵⁴ La culpa, para la sociedad colombiana, implica un *juicio de valor*, éste es el uso corriente que se hace de dicha palabra, de este modo la entendió el legislador, así la entienden y la usan los colombianos en sus vidas cotidianas y nuestros jueces en sus providencias. ¡No se puede cerrar los ojos ante esta realidad!

⁵¹ Principalmente MM. Mazeaud et Chabas, François. Op. cit., Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. Op. cit., pp. 82 ss., y Bénabent, Alain. Op. cit., pp. 322.

⁵² Bénabent, Alain. Op. cit., p. 322.

⁵³ Dentro de esta óptica, Henri Mazeaud sostiene que la apreciación *in abstracto*, al no tomar en consideración los aspectos subjetivos del agente, sería el fundamento de la culpa objetiva y restringe la apreciación *in concreto* para la determinación del dolo. Mazeaud, Henri. *La "faute objective" et la responsabilité sans faute*. Dalloz chr., Paris, 1985, pp. 14 y 15.

Es importante ver también la contradicción en la que incurre la doctrina que acepta dicho significado de las expresiones "apreciación *in abstracto*" y "apreciación *in concreto*", pero niega a la vez la existencia de la culpa objetiva; por ejemplo: Larroumet, Christian. Op. Cit., pp. 656 ss.

⁵⁴ Véase una crítica al respecto en: Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent. Op. cit., p. 42.

Además, la adopción de la teoría de la “culpa objetiva”, por parte de nuestra doctrina, ha acarreado importantes confusiones dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios de nuestro Derecho Civil. En efecto, por una parte, algunos doctrinantes colombianos, en su deseo de definir la culpa, y como consecuencia de la fascinación que tradicionalmente ha ejercido la doctrina extranjera sobre ellos, han terminado mezclando completamente la noción de culpa, como *juicio de valor*, con la teoría de la “culpa objetiva”. En este orden de ideas, encontramos definiciones tales como: “El concepto de culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico, que consiste en no prever un resultado dañoso habiendo podido preverlo, o en preverlo y confiar en poder evitarlo. [...] Este criterio abstracto nos enseña que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia”.⁵⁵

Por otra parte, otro sector de nuestra doctrina ha llegado a elaborar dos definiciones distintas y excluyentes de la culpa. la primera subjetiva, aplicable al régimen general (art. 2341 C.C.),⁵⁶ y la segunda objetiva, aplicable a los regímenes de responsabilidad por las actividades peligrosas y por el hecho del edificio en ruinas (arts. 2356 y 2350 C.C.).⁵⁷ Así, dentro de esta óptica, la misma palabra “culpa” tendría dos sentidos no sólo diferentes, sino radicalmente opuestos dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil,⁵⁸ lo cual resulta, a todas luces, criticable.⁵⁹

Vemos, pues, las graves contradicciones e inconsistencias en las que han incurrido nuestros juristas por su tendencia a crear grandes construcciones teóricas, generales y abstractas, incapaces de explicar las soluciones adop-

⁵⁵ Valencia Zea, Arturo, y Ortiz Monsalve, Alvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. De las obligaciones. Ed. Temis, 1998, pp. 172 y 173.

⁵⁶ “[...] [L]a culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 176.

⁵⁷ “[...] [L]a ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presume. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo I I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 266.

⁵⁸ “Para nosotros, la culpa en sentido psicológico está dada por la negligencia, la imprudencia o la impericia que hacen que el agente se comporte de una determinada manera. Existirá culpa normativa cuando el agente, independientemente de elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes concretos”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo I, p. 203.

⁵⁹ En materia de exoneración parcial de responsabilidad (art. 2357 C.C.), nuestro Tribunal Supremo ha llegado al extremo de sostener que el comportamiento culposo de la víctima se examina de forma objetiva, mientras que el comportamiento culposo del agente se examina de forma subjetiva. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 8/09/1950. M. P. Manuel José Vargas. G. J., números 2087-2088, pp. 45 ss.

tadas por nuestros tribunales para los casos concretos. Por lo demás, resulta lamentable nuestra costumbre inveterada de “transplantar” al derecho colombiano las teorías y soluciones jurídicas propias de derechos extranjeros, sin que se consulten la realidad nacional y las disposiciones particulares de nuestro ordenamiento jurídico.

B. ...y sus aplicaciones específicas en el derecho colombiano

Además de la “importación” de la teoría general de la “culpa objetiva”, nuestra Corte Suprema ha realizado varias aplicaciones y adaptaciones específicas con el fin de poder calificar como culposos ciertos comportamientos que no han sido objeto de ningún *juicio de valor*, y así hacerlos entrar en el supuesto de hecho de disposiciones tales como los arts. 2350 y 2356 C.C.⁶⁰ Dentro de esta perspectiva, podemos identificar las tres principales teorías explicativas:

1) La teoría de la obligación legal de resultado⁶¹

“[...] [La culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad consagrada en el art. 2356. Sólo que, cuando se ejerzan actividades peligrosas, el daño indica la violación de una obligación legal determinada (obligación de resultado), es decir, indica culpa; pero ya sabemos que en tal evento la imputación de culpa no se destruye con la demostración de que se ha cumplido con el deber general de prudencia y diligencia”.⁶²

Esta teoría al tratar de explicar dicho régimen especial de responsabilidad extracontractual, a través de una analogía con la teoría clásica de la responsabilidad objetiva en materia contractual,⁶³ conlleva dos graves inconsistencias:

Por una parte, confunde las nociones de *deber jurídico general* y de *obligación*. En efecto, para que exista una obligación, en sentido estricto, se

⁶⁰ Para un análisis completo del régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio, y Terner Barrios, Francisco. “La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del Código Civil colombiano”. En *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídico. Ed. Universidad Diego Portales. Escuela de derecho, Santiago, 2004, pp. 211 a 249.

⁶¹ La cual presenta grandes similitudes con la teoría de Planiol sobre la culpa consistente en la mera violación del deber general e indeterminado de no causar daño a otros. Para un análisis y crítica concisos de esta teoría, recomendamos consultar: Capitant Henri. *Sur l'abus des droits*. RTD civ. 1928, pp. 371 ss., y Gaudemet, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965, pp. 391 ss.

⁶² Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., p. 200.

⁶³ Para un análisis y crítica de la teoría clásica, en materia contractual, que sostiene que las *obligaciones de resultado* implican una presunción de causa y de culpa que no admite prueba en contrario, consúltese: Larroumet, Christian. Op. cit., pp. 629 ss.

necesita que las partes estén determinadas, es decir, que haya un deudor, en cuyo patrimonio se encuentre un elemento pasivo, y un acreedor, en cuyo patrimonio se encuentre el derecho del crédito correlativo. Mientras que el supuesto *deber jurídico general* pesaría sobre todas las personas, sin que pudiéramos afirmar la existencia de un verdadero derecho correlativo en cabeza del resto de miembros de la comunidad, antes de la ocurrencia del daño.⁶⁴ Sostener que *A* tiene el *deber* de no hacer algo, implica que *B* tiene el *derecho correlativo* para exigirle el comportamiento debido, es decir, impedirle que actúe, si aún no ha empezado a actuar, y obligarlo a que cese de actuar, si ya había comenzado su acción. Y en este supuesto “deber general” no existe ningún “derecho general” correlativo que permita exigirle al deudor cierto comportamiento antes de que se cause el perjuicio.⁶⁵

Por otra parte, la teoría confunde las nociones de incumplimiento y de culpa. El incumplimiento es una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por la norma; mientras que la culpa tiene una connotación subjetiva: el haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un buen padre de familia en las mismas circunstancias. Por consiguiente, el incumplimiento no implica, necesariamente, una culpa. Aquel es una cuestión meramente objetiva que no aporta nada a la valoración subjetiva relativa propia de los juicios de valor.

2) La teoría de la presunción de culpa⁶⁶

“[...] [E]l artículo 2356 C.C. establece una presunción de culpa, *juris et de jure*, es decir, que producido el daño, demostrado el nexo de causalidad entre éste y el acontecimiento, se presume la culpa de quien ejerce la actividad peligrosa.

Si no se puede desvirtuar el hecho presumido, o sea la culpa, la presunción es *juris et de jure*”.⁶⁷

⁶⁴ “El deber general e indeterminado, sancionado por el art. 1382 [2341 C.C. colombiano, no constituye una obligación en el sentido propio y estricto del término; ya que al cobijar indistintamente a todas las personas, éste no grava, en particular, el patrimonio de ninguna de ellas”. Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*. Tome I. Ed. Sirey, Paris, 1922, p. 59.

⁶⁵ Sobre los correlativos *obligación y derecho de crédito y libertad y no-derecho*, consúltese: Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Ed. Fontamara. Col. BEFDP, México, 1997. Véase también: Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Ed. UNAM, México, 1998, p. 39.

⁶⁶ En la doctrina francesa inmediatamente posterior a la creación del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, se pueden encontrar alusiones a esta teoría. Consúltese, al respecto: Larroumet, Christian, et Bénac-Schmidt, Françoise. *Responsabilité du fait des choses inanimées*. *Répertoire Civil*. Recueil Dalloz, Paris, 1989 pp. 8 ss.

⁶⁷ Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones*. Tomo IV. Ediciones Librería del Profesional, p. 151.

Una presunción de culpa que no admite prueba en contrario no es más que un juego de palabras para poder excluir la culpa del régimen especial de indemnización de perjuicios. En efecto, "la culpa" se excluye en la acción: el demandante no tiene que probarla. Y se excluye en la excepción: el demandado no puede, tampoco, argumentarla como causal de exoneración.⁶⁸ Pregunta: ¿En dónde se encuentra, entonces, la culpa? ¿En dónde se hace el *juicio de valor*? Respuesta: no se hace, en ningún momento y en ningún caso. Está excluido.

Ahora, normalmente se suele afirmar que la "presunción de culpa" sólo se puede desvirtuar mediante la prueba de la causa extraña; sin embargo, esto resulta igualmente criticable, ya que la "culpa" es una calificación subjetiva del comportamiento del agente, y la prueba de la causa extraña sólo sirve para romper el nexo causal. Explicamos nuestra afirmación: cuando se dice que un comportamiento es culposo, se está sosteniendo "Fulano, usted actuó mal", y si Fulano logra probar la causa extraña, estará diciendo "yo no causé el daño, fue Mengano o tal cosa". Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó bien (sin culpa), sino que su actuación, culposa o inculpable, no causó el daño.

3) La teoría de las actividades culposas en sí mismas⁶⁹

"Insistir en que la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa presunta implica un absurdo insostenible. [...] [L]a actividad productora del daño aumentaba en tal forma los peligros de producirlo, que quién la creó es culpable por ese simple hecho. [...] [L]a responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad. [...] [L]a ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presume. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada".⁷⁰

⁶⁸ "Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, tiene que poderse desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no, ésta deja de ser una presunción de culpa". Rodière, René. "La Présomption de responsabilité du fait des choses inanimées". En *Mélanges Ripert*. Ed. Pichon, Paris, 1950 p. 189.

"[...] [L]as presunciones absolutas o de derecho son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica. Estas constituyen verdaderas reglas substanciales imperativas [...]". Larroumet, Christian. *Introduction à l'étude du droit privé*. Ed. Economica, Paris, 1995, p. 337.

⁶⁹ En la doctrina francesa, los profesores Flour y Aubert parecen insinuar una tesis muy similar a la de las actividades culposas en sí mismas. Véase: Flour, Jacques, et Aubert, Jean-Luc. Op. cit., pp. 83 y 84.

⁷⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo I I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, pp. 269, 271 y 266.

Esta teoría pretende desconocer abiertamente el significado que tiene de la palabra “culpa” en materia de indemnización de perjuicios, recurriendo a categorías predeterminadas de actividades culposas. En efecto, sostener que la conducta misma del agente es la culpa excluye, por una parte, *la relatividad del objeto de la apreciación*, ya que la calificación se está haciendo respecto de una categoría predeterminada, ensimismada, y general de conducta, y no respecto de la conducta particular, específica, determinada y circunstanciada de un individuo. Y, por otra parte, también excluye *la comparación*, toda vez que la culpa quedaría reducida a la mera realización de la conducta, y no a la forma cómo ésta fue realizada; es decir, de manera distinta de como habría actuado el sujeto hipotético de comparación.

Vemos cómo dicha teoría, al excluir el *juicio de valor*, extiende la calificación de “culposas” a categorías absolutas de conductas cotidianas (como conducir un automóvil, utilizar una máquina o construir un edificio) que no merecen ningún reproche social, y que el sistema jurídico no pretende, de ninguna manera, censurar ni inhibir.

En suma, todas las teorías doctrinales utilizadas para justificar las decisiones jurisprudenciales en la materia sólo obtienen un resultado: la deformación completa del significado de la palabra “culpa”.⁷¹ Así, dentro de esta óptica, la palabra “culpa” quedó reducida a un simple cascarón vacío que sólo ha servido para disfrazar verdaderos regímenes objetivos de indemnización de perjuicios de origen jurisprudencial.

A manera de conclusión, es importante recordar que si bien es innegable el aporte del derecho francés al desarrollo de nuestras normas de indemnización

⁷¹ Es más, la Corte Suprema llega hasta mezclar las distintas teorías (que son excluyentes) en una misma sentencia, por ejemplo: “[...] todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una *obligación de resultado* consistente en vigilar dicha actividad [...]”.

[...] habría que puntualizar que gravita sobre quien realiza actividades de esta especie, *la presunción de ser responsable* del daño causado con ocasión de su ejercicio.

[...] cuando el daño alegado encuentra su ventero en la convergencia de sendas actividades peligrosas, pues, en tal supuesto, las respectivas *presunciones de culpa* que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente [...]” C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 p. 984 (la cursiva es nuestra).

“[...] el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una *obligación legal de resultado* que consiste en vigilar dicha actividad [...]”.

[...] la ley *presume la culpa* de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control [...]” C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995 p. 880 (la cursiva es nuestra).

zación de perjuicios, no debemos perder de vista el efecto perverso que esta misma influencia ha tenido en nuestro sistema jurídico, el cual se encuentra lleno de inconsistencias que no son nada distinto a los intentos frustrados de “transplantar” en bloque unas construcciones teóricas desarrolladas para responder a problemas que no corresponden, necesariamente, a aquellos de nuestra realidad nacional.⁷²

⁷² “[...] [E]l derecho colombiano ha sido siempre una copia de sistemas jurídicos extranjeros [...] el legislador colombiano raramente ha tenido en cuenta las circunstancias específicas del país en el momento de promulgar las leyes. La consecuencia de esto es inevitable. El derecho colombiano no corresponde a las necesidades del pueblo colombiano y, por consiguiente, resulta ineficaz”. Silva Romero, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 287 y 288.

Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas¹

Baltazar Morales Espinoza

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

I. JUSTIFICACION DEL TEMA

Conforme al Código de Aguas, los modos de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser originarios y derivativos.

A su turno, en los originarios se distingue entre adquisición por actos de autoridad, y por el solo ministerio de la ley.

De todas las posibilidades expuestas, las de mayor aplicación y ocurrencia están dadas por las formas originarias y por actos de autoridad, entendiendo en este último caso mayoritariamente las que se derivan por resolución del Director General de Aguas.

Los derechos de aprovechamiento originarios y por actos de autoridad se materializan o concretan previa gestión y tramitación del Procedimiento Administrativo pertinente, que al efecto se establece en el Código de Aguas en los art. 130 y ss. del texto legal y que es de competencia de la Dirección General de Aguas.

No obstante lo antes apuntado, en cuanto a que el procedimiento administrativo descrito en los arts. 130 y ss. del Código de Aguas es el

¹ La Ley N° 19.880 "Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado", y se encuentra publicada en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 2003.

medio para la constitución de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas por actos de autoridad, la verdad es que tal procedimiento tiene un uso y aplicación mayor. En efecto, el propio art. 130 señala: "Toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento y que de acuerdo con este Código sea de competencia de la Dirección General de Aguas, deberá presentarse ante la oficina de este servicio del lugar, o ante el Gobernador respectivo".

Es decir, lo principal son las solicitudes de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas, "pero existen otras, tales como peticiones de fiscalización, denuncia de obras no autorizadas, solicitud de cambio de puntos de captación, restitución de las aguas, etc."²

Como puede observarse y apreciarse, el uso y aplicación del procedimiento administrativo de los arts. 130 y ss. del Código de Aguas es de la mayor importancia y relevancia, no sólo por ser un mecanismo de constitución de derechos de aprovechamiento, sino también por ser la vía por la cual de manera usual se plantearán todas las cuestiones o controversias que sean de competencia del organismo administrativo denominado Dirección General de Aguas, lo que lo transforma en un procedimiento de general aplicación y uso para los operadores de aguas.

En el contexto de todo lo descrito anteriormente es que cobra interés el tema que en este trabajo abordaremos, pues se tratará de determinar en cada caso qué aspectos o contenidos de la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado, se terminarán también aplicando al procedimiento administrativo de aguas, conforme a la aplicación directa o supletoria del texto legal indicado.

Fuentes de la aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo de aguas

La Ley N° 19.880 establece, conforme a sus arts. primero y segundo, dos ámbitos de aplicación, y que son, a saber, el criterio orgánico y el funcional.

Conforme al primero de los nombrados, que se encuentra en el art. 2° de la ley: "Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministe-

² Francisco Segura Riveiro "Derecho de Aguas" Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Imprenta Siglo XXI Ltda. Concepción, Chile pág. 105.

rios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

En el art. 1° de la ley, que desarrolla el criterio funcional, se expresa: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter supletorio”.

Por otro lado el propio Código de Aguas, en los arts. 298 y ss., trata de la Dirección General de Aguas, señalando de manera específica en el art. 298 que la Dirección General de Aguas es un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, y que el jefe superior del servicio se llama Director General de Aguas y que es funcionario de confianza del Presidente de la República.

Así, y relacionando los preceptos nombrados, tenemos que la Dirección General de Aguas tiene la calidad de servicio y además dependiente del Ministerio de Obras Públicas;³ y del mismo modo, al gozar de un procedimiento administrativo especial en relación a las materias de aguas en los arts. 130 y ss. ya comentados;⁴ no puede sino concluirse que las normas de la Ley N° 19.880 le resultan plenamente aplicables de manera supletoria, esto es, en todo lo que el procedimiento administrativo especial de aguas no tenga expresamente una regla diversa.

II. APLICACIÓN EN GENERAL

El Código de Aguas –salvo la regulación de algunos aspectos organizativos y competenciales de la Dirección General de Aguas y su Director, que tienen incidencia en el procedimiento administrativo de los arts. 130 y ss.– no regula o establece una serie de aspectos o presupuestos generales para la iniciación o desarrollo del procedimiento administrativo en comentario. En efecto, hay una serie de aspectos –extra procedimiento propiamente tal–, como son: los principios que informan el procedimiento, requisitos del petionario de aguas, derechos del mismo, etc., que no gozan de regulación alguna.

³ Aplicación de la Ley N° 19.880, art. 2°, conforme al criterio orgánico descrito.

⁴ Aplicación de la Ley N° 19.880, art. 1°, conforme al criterio funcional descrito.

Es en estos aspectos de aplicación general donde cobra mayor protagonismo la aplicación de la Ley N° 19.880 y sus principales instituciones de este ámbito, y es precisamente lo que veremos a continuación.

1. Principios del procedimiento⁵

En efecto, la ley N° 19.880, a partir de los arts. 4° y ss., consagra y desarrolla una serie de "principios del procedimiento", los que se aplican directamente al procedimiento administrativo de aguas. Se mencionan y desarrollan los siguientes principios: Principio de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

Sin perjuicio de que todos los principios son aplicables al procedimiento de aguas, desarrollaremos sólo los más relevantes para el procedimiento de las aguas. Así se mencionan:

- Principio de escrituración. Conforme al mismo, el procedimiento administrativo y sus actuaciones se pueden expresar por escrito o por medios electrónicos.
- Principio de celeridad. De acuerdo al cual la Dirección General de Aguas debe impulsar de oficio el procedimiento, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente que se firme, y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.
- Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.
- Principio de la no formalización. La Dirección General de Aguas debe tramitar el procedimiento administrativo con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables, pudiendo subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.
- Principio de inexcusabilidad. La Dirección General de Aguas está obli-

⁵ Hay que hacer presente que algunos de estos principios ya existían con anterioridad en nuestro Ordenamiento Jurídico, tanto por aplicación de diversos preceptos de la Constitución Política del Estado, cuanto por las normas de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

gada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera sea su forma de iniciación.

2. Derechos de las personas⁶

El art. 17 de la Ley N° 19.880 contiene y desarrolla una serie de derechos a favor de los particulares –solicitante o peticionario de aguas, o simplemente gestores del procedimiento administrativo de aguas– en sus relaciones con la Administración –Dirección General de Aguas–. Se mencionan los siguientes derechos: Conocer en cualquier momento la tramitación del procedimiento y obtener copia de los documentos existentes y devolución de los mismos; identificar a las autoridades y al personal del servicio ante quien se tramita el procedimiento; eximirse de presentar documentos inconducentes o reiterados; acceder a los actos administrativos y documentos; ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios; acompañar alegaciones y documentos; exigir responsabilidad; obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos para proyectos, actuaciones o solicitudes, y cualquiera otro que reconozca la ley.

3. Capacidad para actuar

Un aporte de interés que realiza la Ley N° 19.880 sobre el procedimiento administrativo de aguas se refiere a la capacidad para iniciar el procedimiento administrativo de los arts. 130 y ss. En efecto, el Código de Aguas nada dice respecto a los requisitos de capacidad que debe cumplir la persona que inicia el procedimiento administrativo, entendiendo que en este aspecto rigen las reglas generales. Pues bien, en el ámbito descrito la Ley N° 19.880 constituye una novedad, ya que permite conforme al art. 20 no solo iniciar el procedimiento a las personas que gocen de plena capacidad conforme a las reglas generales, sino también a los menores de edad y sin la asistencia de la persona que ejerce la patria potestad, tutela, o curatela.

En otras palabras, también hoy pueden actuar ante la Administración, y la Dirección General de Aguas, directamente por sí, los hombres mayores de 14 años, y las mujeres mayores de 12 años; lo que claramente constituye una innovación en la materia.

⁶ En relación a los derechos de las personas, y en el caso de aguas, respecto del solicitante o peticionario y los terceros, valga lo mismo indicado en relación a los principios, esto es, la mayoría de ellos ya estaban dados por la propia Carta Política, y/o por la preceptiva de la Ley de Bases de la Administración del Estado antes apuntada.

4. Actuación por medio de apoderados

Igualmente la Ley N° 19.880 en su art. 22 contempla la existencia y figura de los apoderados, estableciendo que se puede actuar por medio de ellos, presumiendo la ley que lo hacen con todas las facultades necesarias para la consecución del fin respectivo, salvo manifestación expresa en contrario. El poder se debe constituir por escritura pública o instrumento privado suscrito ante notario; debiendo siempre constituirse por escritura pública en los casos en que el acto administrativo de que se trate produzca efectos que exijan esa solemnidad.

El Código de Aguas nada dice al respecto, debiendo entenderse en consecuencia que sobre la materia rigen las reglas generales, y en especial las indicadas por el art. 22 recién comentado, especialmente en lo que se refiere al poder constituido por escritura pública para los casos en que el mismo se constituya para gestionar solicitudes de aprovechamiento de aguas, ya que en éstas, conforme al art. 150 del Código de Aguas: "La resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública, que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto...". Es decir, el poder por instrumento privado notarial quedaría para ser usado para otro tipo de solicitudes que se presenten a la Dirección General vía procedimiento de los arts. 130 y ss. del Código de Aguas, y para los casos de los terceros que concurren al procedimiento referido a formular oposición.

5. El plazo

En materia de plazos valga indicar que el Procedimiento Administrativo de Aguas tiene reglas propias y definidas. Por ello este aspecto queda fundamentalmente entregado a la regulación propia. Sin perjuicio de lo expuesto, podemos destacar la figura de la "ampliación de los plazos", que contempla el art. 26 de la Ley N° 19.880, al indicar que "La Administración, salvo disposición en contrario, podrá conceder, de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de terceros".

Así la propia Dirección, el solicitante, o terceros, podrían requerir para una actuación específica del procedimiento un mayor tiempo que el originalmente asignado al mismo.

Finalmente, valga mencionar la diversidad en materia de cómputo de los plazos. Así como en la Ley N° 19.880 los plazos son de días hábiles, entendiéndose como inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos, en el Procedimiento Administrativo de Aguas los plazos son de días corridos. “Desde ya destacamos que los plazos son de días corridos, salvo aquellos que expresamente se establecen como hábiles. De esta forma... un plazo sin más indicación, éste ha de entenderse de días corridos. Aquellos que la ley ha hecho de días hábiles son mencionados así en el texto”.⁷

6. Procedimiento de urgencia

En el caso del Procedimiento Administrativo de Aguas se debe indicar que no existe un procedimiento distinto o alternativo o supletorio al que se relata a partir de los arts. 130 y ss. del Código de Aguas.

Sin embargo, en la Ley N° 19.880 la situación es diversa. En efecto, en el Capítulo V relativo a las disposiciones finales, en su art. 63 se contempla un Procedimiento de Urgencia, que en lo sustancial y en la medida en que concurran los requisitos pertinentes significa que todos los plazos del procedimiento se reducen a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

7. Silencio administrativo

El Código de Aguas ninguna norma trae relativa al llamado “silencio administrativo”.⁸

A su turno, la Ley de Procedimientos Administrativos sí lo hace a partir de los arts. 64 y ss, y también, al igual que en el caso anterior, en el Capítulo Quinto relativo a las disposiciones finales, distinguiéndose al efecto entre el llamado “silencio positivo” y “silencio negativo”.

Como es de todos conocido, esta temática es sin duda uno de los aspectos de mayor relevancia e importancia; y sin duda es y será de los tópicos de mayor aplicación al procedimiento de aguas.

⁷ Segura Riveiro, obra citada, pág. 106.

⁸ La materia efectivamente en nuestro medio viene a tener tratamiento legal sólo a partir de la dictación de la Ley N° 19.880, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

8. Revisión⁹ de los actos administrativos

Al igual como en los apartados anteriores, el procedimiento de aguas no contiene regulación expresa alguna relativa a causales de revisión de los actos administrativos dictados por la propia autoridad, en este caso la Dirección General de Aguas.

Planteamos que existe ausencia de regulación expresa, porque entendemos que al ejercer recursos administrativos o judiciales contra actuaciones de la Dirección de Aguas algunas causales tienen que necesariamente invocarse. Sin embargo, nuestro comentario va en el sentido de ausencia de regulación legal sobre la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, valga consignar que la ley de Procedimientos Administrativos regula de manera expresa a lo menos dos causales de revisión de la actuación administrativa, como son: la invalidación (arts. 53 y ss.) y la revocación (art. 61), las que se podrán invocar derechamente, sin perjuicio de otras causales reconocidas en la doctrina y jurisprudencia, como son, por ej., la caducidad, el agotamiento, el decaimiento, etc., dependiendo de la solicitud que al efecto se presente.

III. APLICACIÓN EN PARTICULAR

En este apartado nos vamos a referir al procedimiento administrativo de aguas propiamente tal, el que será examinado a la luz de las distintas etapas que distingue la Ley N° 19.880, como son la etapa de iniciación, instrucción y finalización del procedimiento,¹⁰ agregando nosotros una cuarta y una quinta, relativas a la comunicación y a la impugnación.

A. Etapa de iniciación

Conforme a los arts. 130 y ss. en relación con los arts. 140 y 141 del Código de Aguas, que se refieren a la etapa en comentario, se exige: señalamiento de lugar de presentación de la solicitud de que se trate, requisitos de la misma para el evento de que se pida un derecho de aprovechamiento, y publicación de ella en el Diario Oficial y otros diarios,

⁹ Se habla de "Revisión" para seguir la terminología de la ley. Sin embargo y en estricto rigor, de lo que se trata es de causales de extinción del acto administrativo.

¹⁰ El art. 18 inciso segundo de la Ley N° 19.880 dice: "El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción, y finalización".

según la ubicación en que se haya efectuado la presentación de la solicitud. La publicación se deberá efectuar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación, conforme lo indica el art. 141 inc. primero del Código de Aguas.

Especial comentario merece el art. 140 en relación con el art. 149, ambos del Código de Aguas, al establecer el primero las exigencias esenciales para las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, en términos tales que la omisión o incumplimiento imperfecto de ellos importará la denegación de la referida solicitud por parte de la Dirección General.

En la misma línea apuntada valga indicar que “la jurisprudencia es uniforme en entender a la publicación como notificación. Así se pronunció, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago: “La publicación tiene el rol de notificación, de manera que su omisión u error trae consigo la nulidad de lo obrado en el procedimiento administrativo”.¹¹

La etapa de iniciación en la Ley Nº 19.880 se encuentra a partir de los arts. 28 y ss. de la ley. De la regulación a esta etapa, se destaca por su aplicación supletoria al procedimiento administrativo del Código de Aguas entre otros aspectos la iniciación de oficio. En efecto, los arts. 28 y 29 tratan del procedimiento de oficio por la propia Administración en los supuestos que la norma contempla. Esta iniciación oficiosa sin duda está en armonía con la función social o colectiva del agua y la necesidad de una explotación sustentable de la misma.

Del mismo modo, otro aspecto relevante a considerar por la vía de la aplicación supletoria en esta etapa son las llamadas “medidas provisionales”, las que podrá adoptar el órgano administrativo de oficio o a petición de parte y con la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer. Se trata en el fondo de las llamadas medidas cautelares del Derecho Procesal, y que se establecen por la ley administrativa y que pueden solicitarse en cualquier momento del procedimiento administrativo, incluso antes de que se dé comienzo al mismo propiamente tal, y con especial utilidad en la etapa de deducción de recursos administrativos.

Por último, otra posibilidad que contempla la Ley 19.880 en esta etapa es la “acumulación o desacumulación de procedimientos”, permitiendo que el órgano administrativo pueda disponer la acumulación de procedimientos a otros más antiguos en la medida en que guarde con ellos identidad sustancial, o íntima conexión, o su desacumulación. Este aspecto también

¹¹ Segura Riveiro, obra citada, págs. 106 y 107.

puede aplicarse respecto al procedimiento administrativo del Código de Aguas, salvo en los casos en que éste se utilice para la constitución de derechos de aprovechamiento, ya que en estos casos de lo que se trata es de la existencia de dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y la solución del Código de Aguas es el remate conforme al art. 142 del texto ya nombrado.

B. Etapa de instrucción

Esta etapa en general tiene por finalidad acreditar y verificar la existencia y contenido de los datos y antecedentes en virtud de los cuales debe dictarse la resolución final por parte de la Dirección General de Aguas.

En el ámbito del Código de Aguas, esta etapa se caracteriza por la facultad de la Dirección General de decretar o solicitar, de oficio o a petición de parte, inspecciones oculares, aclaraciones, informes, nuevo antecedentes, mediciones, estudios, etc., para así poder dictar una resolución fundada al efecto.

Esta etapa de instrucción, conforme al art. 134 del Código de Aguas, tiene una extensión de 30 días corridos, y el inicio de su cómputo quedará determinado por la existencia o no de oposición¹² a la solicitud presentada, en los presupuestos que el mismo precepto nombrado contempla y regula, y para lo cual nos remitimos al mismo.

La etapa de instrucción en la Ley N° 19.880 se ubica en los arts. 34 y ss. y permite cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia el mismo. Solo se pueden rechazar las pruebas que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución fundada.

Las actuaciones que practique la Administración para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas se comunicarán con la suficiente antelación a los interesados.

Finalmente se contempla por parte del órgano de la Administración la facultad de ordenar un período de información pública, contado desde una publicación al efecto, que se traducirá en la facultad de formular observaciones por parte de cualquier persona.

¹² Conforme al art. 141 del Código de Aguas pueden formular oposición todos aquellos que se crean perjudicados por la solicitud presentada y la junta de vigilancia. Se entenderá además que hay oposición en los casos en que en el plazo de 30 días contados desde la publicación o notificación, según el caso, de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud un tercero pida para sí parte o el total de ellas, y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos.

C. Etapa de finalización

Conforme al art. 134 del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas dispone de un plazo de cuatro meses para dictar resolución y resolver acerca de la solicitud presentada, contados desde que se hubieren cumplido las medidas para mejor resolver que hubiere dictado o decretado en la etapa anterior.

“Si no hubiere oposición, el Director General de Aguas constituirá el derecho de aprovechamiento, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuera legalmente procedente (art. 141 inc. final). Evidentemente que en el caso que hubiere habido oposición, deberá también constituirse el derecho de aprovechamiento cuando la oposición se rechazare y siempre que hubiere aguas disponibles”.¹³

La resolución respectiva deberá contener los requisitos que indica el art. 149 del Código de Aguas.

Finalmente, valga consignar que esta etapa también puede terminar por resolución dictada por el Presidente de la República en los casos de circunstancias excepcionales y de interés general a que alude el art. 141 inciso tercero de la Ley de Aguas, y también por remate en los casos de los arts. 142 y ss. de la misma ley.

La etapa de finalización en el procedimiento administrativo de la Ley N° 19.880 contempla dos tipos de causales, a saber:¹⁴ la llamada causal normal, y las causales anormales. La primera se refiere a la resolución final que se indica en los arts. 40 y 41 de la Ley de Procedimientos Administrativos, y corresponde a la resolución que debe dictar el Director General de Aguas conforme al art. 134 en relación con el art. 149, ambos del Código de Aguas.

Las causales anormales –y aquí estaría el aporte de la Ley N° 19.880 al procedimiento administrativo de aguas en este punto– son el desistimiento, la declaración de abandono, la renuncia, la imposibilidad material de continuar por causa sobreviniente. Estas también ponen término al procedimiento, pero ya sin decidir sobre las cuestiones planteadas por los interesados.

¹³ Profesor Rene Ramos Pazos, “Algunas Notas sobre Derecho de Aguas”, *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción*. Editorial de la Universidad de Concepción, N° 182, año 1987, pág. 114.

¹⁴ La distinción de las causales en normales y anormales no es legal, sino didáctica.

Así en el caso del procedimiento administrativo de aguas, los solicitantes o peticionarios que, una vez presentada la solicitud, se desistan de la misma, se les declare en abandono del procedimiento, presenten renuncia, o se genere alguna causal de imposibilidad material de continuar, darán lugar a poner término al procedimiento de aguas sin que la Dirección General dicte resolución de fondo sobre las solicitudes planteadas. Así en definitiva el campo de las causales anormales de terminación deviene en un importante campo de aplicación supletoria para el procedimiento de aguas.

D. Comunicación¹⁵ de las resoluciones

En el procedimiento administrativo de aguas en comento, se contempla la medida de publicación para las presentaciones que afecten o puedan afectar a terceros. La publicación se deberá hacer por una sola vez en el Diario Oficial y en un diario destacado de Santiago o en un diario o periódico de la provincia respectiva o de la capital de región, según correspondiere. Se consigna la "notificación" de tipo personal para los casos en que aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y siempre que el número de éstas no haga dificultosa la medida (art. 131 inc. final Código de Aguas); y la denominada especial o por cédula para comunicar las resoluciones de la Dirección General de Aguas (art. 139 inc. primero Código de Aguas)

La Ley N° 19.880 regula la materia a partir de los arts. 45 y ss. En materia de notificaciones, contempla tres tipos de notificación. Las dos ya mencionadas en el Código de Aguas, y que en general tienen el mismo tratamiento y contenido que les asigna el Código. Y una tercera, que es la llamada notificación tácita y que opera en los casos en que no se hubiere practicado notificación alguna, o la que existiere fuere viciada; se entenderá el acto debidamente notificado en los casos en que el interesado¹⁶ a quien afectare realiza cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad. Es decir, claramente tiene aplicación supletoria la llamada notificación tácita recién descrita.

En lo que se refiere a la publicación, claramente la casuística de la Ley N° 19.880 es mayor a la del procedimiento de aguas. En efecto, el art 48 de la Ley N° 19.880 señala que deberán publicarse en el Diario Oficial, entre otros, los actos administrativos que contengan normas de general aplicación, los

¹⁵ Bajo la expresión "Comunicación", la doctrina administrativa comprende los casos de notificación y publicación que se deban practicar.

¹⁶ En términos del Procedimiento de Aguas, solicitante, o tercero.

que interesen a un número indeterminado de personas, los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, etc. Claramente los casos de comunicación por la vía de la publicación son mayores a los que se indican en el Código de Aguas; siendo en este ámbito y por la vía supletoria, amplía la facultad de la autoridad administrativa de aguas de ordenar esta forma de comunicación en los casos en que proceda.

E. Impugnación de las resoluciones

En el procedimiento de aguas se contemplan dos mecanismos de impugnación, como son el "Recurso de Reconsideración" para ante el Director General de Aguas, art. 136; y el "Recurso de Reclamación" para ante la Corte de Apelaciones, art. 137; y que son de naturaleza administrativa y jurisdiccional respectivamente, y en ambos casos con una tramitación a lo menos mínima establecida al efecto.

La Ley N° 19.880 establece sólo recursos de tipo administrativo, como son el de reposición y jerárquico, ambos en el art. 59, revisión en el art. 60, y aclaración en el art. 62.¹⁷ De los cuatro mecanismo de impugnación mencionados, son aplicables por vía supletoria los tres últimos, atento que el de reposición es el equivalente al de reconsideración que establece, contempla y regula el Código de Aguas, y en consecuencia este recurso al contar con regulación propia en cuanto a su existencia y aspectos básicos se basta a sí mismo, no habiendo a este respecto en opinión del suscrito aspecto alguno que pueda resultar aplicable.

En el contexto del recurso de reposición, o reconsideración también llamado, y al analizar ambos textos legales se constata que la regulación es prácticamente la misma, salvo en lo relativo al plazo para interponer el recurso, pues en el Código de Aguas el plazo es de 30 días, y en cambio en el otro es de cinco días. En lo demás la regulación coincide.

Sin perjuicio de lo indicado respecto a los mecanismos de impugnación en sede administrativa, valga decir un par de palabras sobre los recursos o acciones de tipo jurisdiccional.

En el ámbito jurisdiccional, el propio Código de Aguas regula el recurso de reclamación ya antes señalado. Sin perjuicio de ello, creemos y postula-

¹⁷ "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", de este autor, *Revista de Derecho Actualidad Jurídica* N° 9 de la Universidad del Desarrollo. Enero del año 2004, págs. 187 y ss.

mos que es perfectamente deducible impetrar también el recurso de protección, y también, por qué no, la nulidad pública.

Además de no existir en las normas de aguas razones de texto que impidan o restrinjan el uso de los mecanismos de impugnación judicial apuntados, no hay tampoco en los preceptos constitucionales que consagran los institutos en consideración alguna limitación o restricción a su ejercicio.

En el plano jurisprudencial, el tema se ha planteado con algunos matices a lo señalado. Así y en relación al recurso de protección se ha señalado: "Parte de nuestra doctrina ha sostenido que no sería posible recurrir de protección en contra de una resolución de la Dirección General de Aguas cuando se ha sido parte del proceso administrativo, ello porque a su respecto operarían las reglas establecidas en el Código de Aguas.

Sin embargo, en este punto la jurisprudencia ha distinguido según quien sea el recurrente. Si el recurrente es el solicitante frente a la Dirección, el recurso de protección ha sido declarado inadmisibile. Si el recurrente es quien se ha opuesto a la concesión de un derecho de aprovechamiento por parte de la Dirección dentro del procedimiento administrativo, la jurisprudencia ha acogido estos recursos, pero con algunos alcances respecto al tribunal competente, que más adelante analizaremos. Si el recurrente es un tercero ajeno al procedimiento administrativo, se ha considerado procedente la vía del recurso de protección para restablecer el imperio del derecho frente a actos arbitrarios o ilegales".¹⁸

Así en definitiva, en una perspectiva general y en armonía con el ordenamiento jurídico global de nuestro país, y particularmente atendiendo a las fuentes del Derecho mencionadas, vemos perfectamente posible la ampliación de los mecanismos de impugnación, a los dos últimos de tipo judicial en comentario.

¹⁸ "Criterios de Interpretación Judicial y Administrativa en Derechos de Agua", autor Guillermo Leighton Quiñones. Memoria de Prueba, año 2003, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, pág. 71.

Privaciones y restricciones de libertad

Héctor Oberg Yáñez

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Libertad es la herencia del bravo, al decir del poeta. Empero no es a este tipo de libertad a la que deseamos referirnos en esta ocasión, sin que ello implique desconocer el real alcance y valía de aquélla. Nos interesa, por ahora, esta libertad más prosaica, la que desea el común de la gente, esa que nos permite deambular por los lugares que deseamos y hacer, aparentemente, lo que nos viene en ganas. Con todo, todavía hay necesidad de restringir este campo. En efecto, la doctrina reconoce que la libertad personal tiene un triple contenido: "a) primero, está constituido por la facultad de obrar o desenvolverse libremente, sin perjuicio del derecho de los demás miembros de la comunidad (libertad personal en sentido estricto). b) segundo, la libertad ambulatoria o de locomoción, que es el derecho inherente a toda persona de moverse libremente en el espacio. c) Y tercero, la seguridad individual, es decir, el derecho de toda persona a no ser privada de su libertad ni ésta ser restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" (Julio Banacloche).

Es nuestra Constitución la que establece en el artículo 19 que ella asegura a todas las personas: "7. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual", y en consecuencia "b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes". Y agrega que nadie puede ser arrestado o detenido o sujeto a prisión preventiva o preso sino por orden de la autoridad facultada expresamente por la ley, lo que se hará efectivo en su casa o en los lugares públicos destinados a tal objeto.

Es, entonces, a través de los medios que señala el Código Procesal Penal con el nombre genérico de medidas cautelares personales que tiene lugar la restricción o privación de libertad de una persona. Tales medios son la citación, la detención y la prisión preventiva, sin perjuicio de lo cual existen otros tipos de restricción. En todo caso, la adopción de ciertas medidas cautelares en el proceso penal "está sujeta al cumplimiento de dos requisitos o presupuestos: la apariencia de derecho y el peligro en la demora. En cuanto a la apariencia de derecho, en el proceso penal se configura por la razonable probabilidad acerca de la responsabilidad del sujeto pasivo de la medida. En el caso de la detención, el cumplimiento de este requisito lo valora quien la practica (art. 129 C.P.P.), o bien supone una imputación previa del tribunal (arts. 127 y 128 C.P.P.).

Respecto de la prisión preventiva, este requisito se expresa en las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del art. 139 C.P.P." (Gonzalo Cortez M.). La finalidad última de ésta es asegurar o garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dado que en caso contrario no se lograría la satisfacción sancionatoria que espera la sociedad si al tiempo de dictarse sentencia definitiva no existen los elementos personales sobre los cuales pueda cumplirse. No hay que olvidar que el proceso penal tiene como objeto un hecho –que es posible sea constitutivo de un delito– que se imputa a una persona determinada, por lo que se hace necesario exista un conjunto de medidas que tiendan a asegurar la presencia de esa persona durante el desarrollo del proceso, como también al tiempo de pronunciarse el fallo.

Todas estas medidas son una necesidad social, una carga que eventualmente debemos soportar todos los miembros de la sociedad en aras a conservar la paz social, como lo manifiesta Hernando Londoño. Pero además de ser una carga, tales medidas tienen un carácter excepcional, y así lo deja de manifiesto el art. 122 inc. 1º del C. Procesal Penal, que expresa que "las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación". Por otra parte, es preciso tener en consideración que respecto del imputado está operando la presunción de inocencia, toda vez que no se ha declarado formalmente la existencia del hecho punible que se le atribuye ni su participación culpable en él. Por consiguiente, tales medidas asegurativas tienen un carácter excepcional y una interpretación restrictiva y no se pueden aplicar por analogía. Al efecto el art. 5º del C. Procesal Penal prescribe que "no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la

Constitución y las leyes". Es lo que se conoce con el nombre de "trato de inocente", esto es, la obligación del Estado de tratar al imputado como si fuera inocente.

Por otra parte, hay que tener en consideración, a la vez, que junto al interés de la persona afectada por una restricción o privación de libertad, se encuentra también el interés de la justicia, el cual requiere para su existencia la concurrencia de los siguientes requisitos: a) gravedad de la infracción imputada y la severidad de la sanción; b) la complejidad del caso; y c) la personalidad del actor.

Por ahora, y sin que ello signifique desconocer su importancia, se examinarán aquellas limitaciones a la libertad personal más trascendentes para quien las sufre: la detención y la prisión preventiva o provisional, como la nominan algunas legislaciones.

La prisión preventiva o prisión provisional es una medida cautelar, de carácter personal, en virtud de la cual se priva a una determinada persona de su libertad individual a fin de asegurar su presencia en el acto del juicio oral, impidiendo su huida y garantizando el cumplimiento de la posible condena que le pueda ser impuesta.

Cumple también otras finalidades: 1º) Prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del imputado; 2º) Asegurar la presencia del presunto culpable para la práctica de diligencias de prueba, a la vez que 3º) se le impide destruir o hacer desaparecer efectos, armas o instrumentos del delito.

Su aplicación se rige por el principio de la excepcionalidad, implicando dicha medida una tensión didáctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso.

Puede decirse que nuestra legislación positiva, ajustándose a la Constitución y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 1949, art. 9), al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 1950, art. 5), al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (de 1966, art. 9), regula la prisión preventiva inspirándose en los siguientes principios: a) No debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria, y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

Siguiendo estas ideas, la Corte de Apelaciones de La Serena en un instructivo ha señalado que para decretar la prisión preventiva deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que se encuentre formalizada la investigación (art.140 inc. 1° C.P.P.).
2. Que exista una petición del Ministerio Público o del querellante (art. 140 inc. 1° C.P.P.).
3. Que las demás medidas cautelares personales resulten o parezcan insuficientes para asegurar los fines del procedimiento (art. 139 inc. 2° C.P.P.).
4. Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga (art. 140 letra a) C.P.P.).
5. Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor (art. 140 letra b) C.P.P.).
6. Que existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar:
 - a) Que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación.
 - b) Que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad.
 - c) Que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la víctima (art. 140 incs. 2°, 3° y 4° C.P.P.).
7. Que la prisión preventiva no aparezca o resulte desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable (art. 141 inc. 1° C.P.P.).
8. Que el imputado no se encuentre efectivamente cumpliendo una pena privativa de libertad (art. 141 inc. final C.P.P.).

Una vez decretada la prisión, se hará efectiva expidiendo el tribunal la correspondiente orden de prisión, que de acuerdo con el art. 154 del C.P.P. debe expedirse por escrito y contener:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debe ser aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualicen o determinen;
- b) El motivo de la aprehensión; y
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, o al establecimiento penitenciario o lugar público o de prisión que determinará, o de permanecer en su residencia, según corresponda.

Estos mismos requisitos son comunes para la orden de detención.

Para hacer más expedita la comprensión de estos conceptos, estimamos oportuno servirnos de alguna jurisprudencia extranjera, que perfectamente puede aplicarse en nuestro país, aunque sólo sea como orientadora de ciertos criterios.

En efecto, el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha permitido distinguir, tanto desde un punto de vista conceptual, como desde una óptica práctica, entre restricciones y privaciones de libertad.

Para establecer si se está ante un caso de privación de libertad o, por el contrario, ante uno de restricción de libertad, es el análisis de "la situación concreta, teniendo en cuenta un conjunto de criterios, como la naturaleza, duración, efectos y modo de ejecución de la medida en cuestión", lo determinante para establecer la naturaleza de la medida decretada por la autoridad. Para el TEDH "entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o esencia. Luego, el que se esté ante una privación o restricción de libertad dependerá de la intensidad con la que se ve afectada la libertad de una persona: si la intensidad es grande –y lo será en supuestos como el traslado forzoso a lugares no queridos por el afectado, o la estancia duradera y obligada en un sitio indeseado–, hay que hablar de privación de libertad. Si, por el contrario, es leve, y no se prolonga en el tiempo en forma excesiva, o no supone obligación de desplazamiento o permanencia obligada, se estaría ante una simple restricción de libertad. Según fallos del TEDH, las restricciones y las privaciones de libertad afectan a dos bienes jurídicos distintos: libertad física y libertad de circulación. Empero en realidad afectan a uno solo: la libertad personal.

El TEDH utiliza el término restricciones de libertad para hacer referencia a aquellas limitaciones de la libertad de carácter leve o poco intenso, que se practican con el objeto de llevar a cabo determinadas averiguaciones vinculadas no a un posible proceso penal, sino a la función preventivo-poli-

cial y de mantenimiento de la seguridad ciudadana que se encomienda a las autoridades gubernativas.

Para que una conducta sea considerada como restrictiva de la libertad, tiene que afectar en grado mínimo a la libertad personal de un individuo, porque si la duración de ella excede a la finalidad propia de la medida adoptada, o si conlleva un traslado forzoso a un lugar distinto a aquel en que tiene lugar la limitación, no puede hablarse de restricción de libertad. Además, cualquier medida que pretende considerarse como restricción de libertad no puede estar vinculada a la existencia actual o futura de un proceso penal, sino que debe relacionarse con la actividad gubernativa dirigida al mantenimiento del orden público y la paz social, y a la protección de la seguridad ciudadana.

Cuando a una persona se le restringe su libertad, se le está reteniendo; por el contrario, cuando se le priva de su libertad, se le detiene. Y para saber si hay retención o detención habrá que estar a la finalidad e intensidad que pretenda la medida que se quiere adoptar. Es, entonces, previa a la decisión de retener o detener la de restringir o privar de su libertad a una persona.

El Tribunal Supremo Español (TSE) en relación con la retención ha afirmado que "quizá ha de ser, como siempre, la justeza de la proporcionalidad lo que clarificará en cada supuesto concreto la exacta medida. Para evitar la impunidad descarada. Para evitar el atropello de la persona humana...".

Y agrega que "en principio podría decirse que cualquier retención realizada por la Policía contra la voluntad de la afectada supone una auténtica privación de libertad, lo mismo si ésta pasa a presencia judicial como si lo es a disposición judicial..". Ahora, en el supuesto que se produzca una solicitud de identificación por sospechas, lo que constituye una escala inferior a la retención –y admitiendo que ésta es legal y constitucionalmente admisible–, con mayor razón ha de admitirse también la legitimidad de aquélla, habida cuenta que después de la identificación se produjo la detención de la persona afectada. Por consiguiente, el pedir la Policía la identificación de una persona que, por las circunstancias de un momento concreto, infunde serias sospechas, es correcto y legal, más si a continuación han de detenerla por tener en su poder, por ejemplo, cocaína y heroína en cantidad superior a la requerida para consumo personal. Los controles y eventuales registros, con inmovilización transitoria de las personas, aparecen entre las funciones de prevención e investigación. Nuestra Constitución proclama que toda persona tiene derecho a la

libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de las formalidades legales y en los casos previstos en la ley. El Código Procesal Penal es el regulador de la materia relativa a la detención y a la prisión. En un plano inferior, en orden a las limitaciones del derecho a la libertad, han de situarse los controles preventivos llevados a cabo por los agentes de la policía (control de alcoholemia, registros). Y no es posible equiparlos con la privación de libertad a que se refiere la Constitución, incluyendo aquella situación derivada de la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto. Es así como el TSE en sentencias de 7 de julio de 1995 y de 2 de febrero de 1996 expresa que “la llamada diligencia de “cacheo” consiste en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir de prueba de un delito... (e) indudablemente implica una breve medida coactiva que afecta la libertad ambulatoria, pero en este sentido se diferencia en forma esencial de la detención, pues su efecto es cuantitativamente reducido. Por esta razón las exigencias previstas en la ley para una detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo. En este punto la doctrina procesal europea es prácticamente unánime. En cualquier caso, cualquier tipo de restricción de la libertad de la persona exige un adecuado respeto del principio de proporcionalidad; y a este respecto ha de reconocer a los agentes policiales una profesionalidad y experiencia en orden a valorar el grado de sospecha o las razones que justifiquen este tipo de medidas”.

En lo que respecta a la prisión preventiva, el art. 139 inc. 2º del C. Proc. Penal indica que “sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”, agregando que será improcedente cuando “aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable” (art. 141 C. Proc. Penal). Pues bien, para el TEDH el primer dato que debe necesariamente estar presente para acordar una prisión preventiva es el de que recaigan sobre el afectado sospechas fundadas de haber cometido un delito. Este primer elemento –el *fumus delicti comissi*– debe ir acompañado de otros que pongan de relieve la existencia de *periculum in mora*: antecedentes penales, riesgo de colusión o entorpecimiento del proceso, alarma social, riesgo de fuga. Todos estos elementos están recogidos en nuestra legislación procesal penal en el art. 140 C. Proc. Penal.

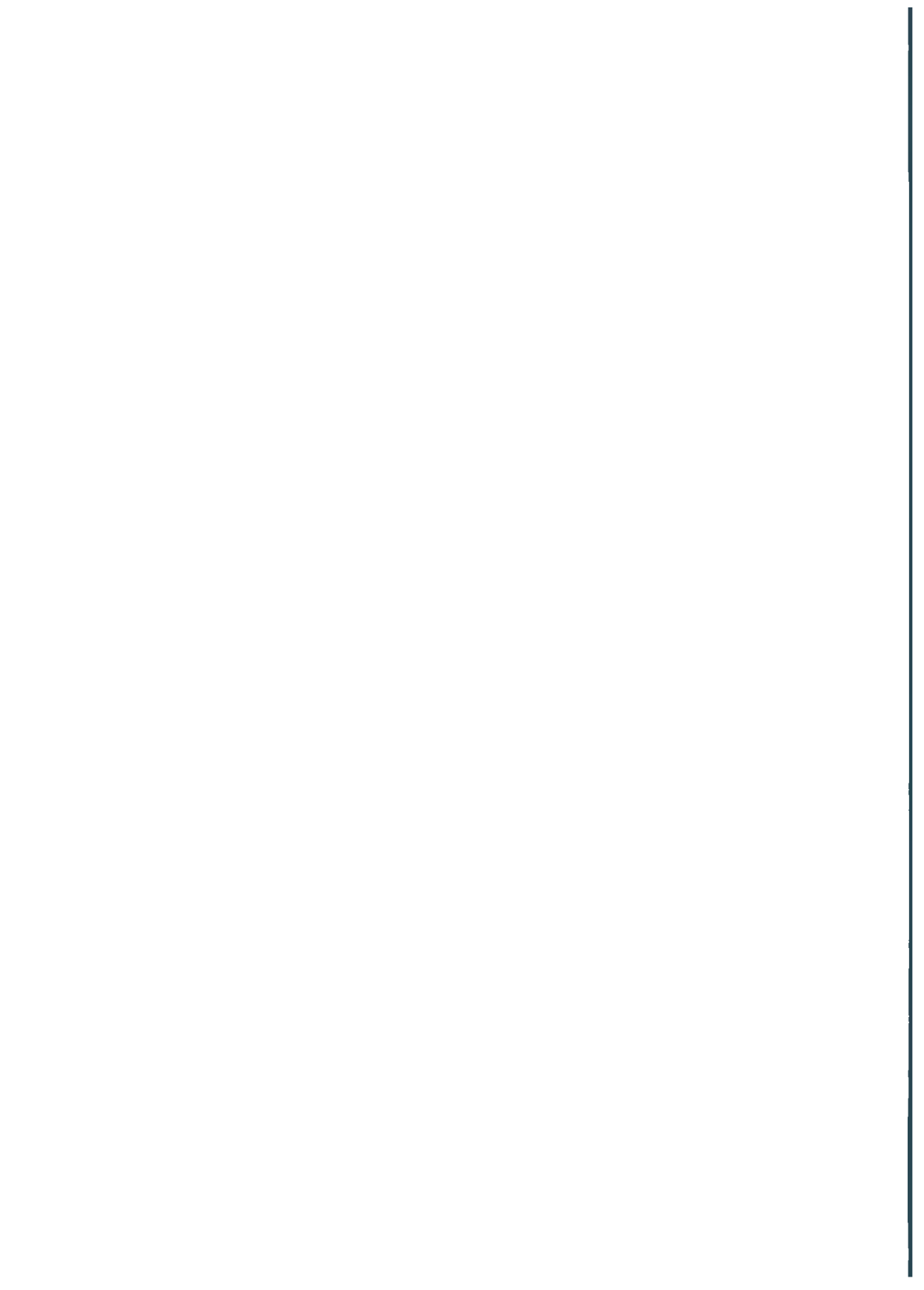
Considerando el carácter cautelar de esta medida, el motivo último que justifica la prisión preventiva es el de asegurar tanto la celebración del juicio oral como, posteriormente, la eventual ejecución de la sentencia.

Por ello resulta esencial evitar la fuga de los imputados. Y hay ordenamientos –el español entre ellos– que establecen una relación directa entre el riesgo de fuga y la gravedad de la pena que puede imponerse como consecuencia del delito por el cual se acusa: así, a mayor pena, mayor riesgo de fuga y, en consecuencia, prisión preventiva prácticamente automática. Sin embargo, el TEDH ha sostenido que tal criterio no es, sin más, válido para justificar una prisión preventiva, ya sea para acordarla o mantenerla. Hay otras circunstancias que deben tomarse en consideración, como ser los referentes al carácter del afectado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares, que pueden confirmar que existe peligro de fuga o bien que se justifica la prisión preventiva. Luego, para disponer y mantener una prisión preventiva, hay que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para saber si procede o no la prisión preventiva, toda vez que es difícil establecer en forma previa criterios generales. Empero, será preciso tener en cuenta el criterio favorable al derecho a la libertad personal, y así rechazar argumentos para justificar el mantenimiento de la prisión preventiva si no hay pruebas de que exista riesgo de presión sobre los testigos, ni riesgo de huida, ni riesgo de incomparecencia judicial, ni problemas de preservación del orden público.

Más allá del principio de legalidad, debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada (fallo Trib. Const. Español 26/07/95) a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico.

Con todo, para precisar la pertinencia de esta medida cautelar es menester examinar el caso concreto que se presenta, y analizarla considerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen para la medida adoptada, lo cual sólo puede hacerse a través de la comparación ponderativa entre los presupuestos y finalidades que, en abstracto, justifican que se acuerde o mantenga una prisión preventiva. Por ende, sólo le corresponde al tribunal, en su tarea de protección del derecho funda-

mental a la libertad, supervisar la existencia de una motivación suficiente y razonable. Entendiendo por esta última que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las partes del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión preventiva.



El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: “El derecho de retracto”

Carlos Pizarro Wilson

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Instructor de Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Si bien la expresión “incumplimiento lícito” puede sorprender, el nuevo derecho de retracto introducido en la Ley de Protección al Consumidor constituye una manifestación ejemplar de este fenómeno jurídico.¹ ¿Cómo aceptar en el derecho que el incumplimiento contractual carezca de consecuencias para quien ha empeñado su palabra? Sin embargo, la perplejidad tiende a desaparecer ante instituciones tradicionales del derecho contractual. Así, por ejemplo, el aforismo “la mora purga la mora”, reflejo de la excepción del contrato no cumplido, constituye un incumplimiento justificado por el artículo 1552 del Código Civil. Asimismo, pueden incluirse en las hipótesis de incumplimiento lícito la fuerza mayor o caso fortuito y el hecho del acreedor.

El aumento considerable en la sociedad actual de nuevas formas de publicidad y métodos de venta destinados a captar la atención del consumidor ha desencadenado la necesidad de establecer técnicas destinadas a proteger el consentimiento informado del consumidor. Las transformaciones en la forma de vender bienes y servicios han generado ciertos peligros para el consumidor, cuya voluntad resulta más frágil en las ventas a distancia, ya sea por catálogos o por Internet o cuando enfrenta técnicas agresivas de venta. El riesgo en este tipo de ventas consiste en la ausencia de un período de reflexión destinado a adoptar una decisión informada por parte del consumidor al momento de adquirir un bien o servicio.

En presencia de una cierta desigualdad entre proveedores y consumidores debe propenderse al equilibrio en la relación de consumo. Este objetivo puede lograrse a través de un incremento de la información o permitiendo la reflexión, ya sea sobre la oportunidad de celebrar el contrato (plazo de re-

¹ CHABAS, Cécile, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, LGDJ, 2002.

flexión) o de mantenerlo (plazo de retractación). La primera alternativa, en palabras de Mazeaud, ha significado que “el legislador consumerista a puesto en práctica una estrategia de disuasión contractual que se traduce en particular por un formalismo informativo extremadamente riguroso al momento de celebrar el contrato”.² La segunda alternativa permite al consumidor poner término de forma unilateral al contrato en un plazo breve establecido en la ley. A esta última técnica se la denomina derecho de retracto.

El retracto constituye un fenómeno ubicuo en el derecho comparado, el cual ha sido introducido en la legislación nacional en la última reforma a la Ley de Protección al Consumidor (LPC).³ Este derecho a retractarse opera cada vez que el legislador pretende proteger a la parte débil del contrato. Suele señalarse que el consumidor es la parte débil que requiere una protección, entendiendo al proveedor o profesional como un individuo sin escrúpulos listo a todo con el fin de lograr la celebración del contrato. Sin embargo, esta descripción constituye una caricatura que no responde necesariamente a la realidad de la relación de consumo. La justificación de protección al consumidor debe someterse a condiciones estrictas que permitan solucionar una real situación de desequilibrio. Un ámbito en que la legislación comparada y nacional pretenden justificada la protección del consumidor es justamente en los contratos en que no existe una presencia física de los contratantes al momento de celebrar el contrato. En este ámbito se introduce el derecho de retracto en la LPC. Esta técnica permite una disuasión contractual, al mismo tiempo que insta a precaver al consumidor de los riesgos del endeudamiento. De ahí que se vincule a un período de reflexión. El sujeto beneficiario del derecho a retractarse puede derrocar la palabra dada sin proceder a la ejecución del contrato y sin que exista responsabilidad alguna en su contra.

El desequilibrio usual entre consumidores y proveedores, ya sea por la imposibilidad de apreciar la calidad y características del bien de manera directa o en virtud de técnicas agresivas de contratación, justifican interrogarse acerca de la utilidad que puede presentar un derecho a arrepentirse a favor del consumidor.

Para efectos de proceder al análisis del nuevo derecho de retracto, me referiré a la calificación jurídica de la institución y su relación con la fuerza obligatoria del contrato. En segundo lugar, abordaré el ámbito de aplicación a fin de dilucidar las hipótesis específicas en que se contempla el ejercicio del derecho de retracto. Por último, trataré los efectos del derecho de retracto.

² MAZEAUD, Dennis, “L’attraction du droit de la consommation”, en *RTD com.* 1998, p. 95.

³ Ley 19.955, del 13 de julio de 2004.

I. Calificación Jurídica

En el ordenamiento jurídico existen ciertas manifestaciones excepcionales del derecho de retracto. El artículo 2124 del Código Civil relativo al mandato señala que *“Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona”*. No concurriendo estas circunstancias, el mandatario se hará responsable en los términos del artículo 2167. Un tratamiento particular del derecho a retractarse puede encontrarse a propósito de las arras. En la venta con arras, cada uno de los contratantes tiene la facultad de retractarse, aquel que las dio, perdiéndolas, y el que las recibió, restituyéndolas dobladas.⁴ En legislación especial es posible, también, verificar un derecho a retracto. La Ley 18.045, de Mercado de Valores, y la Ley 19.705, relativa a la Oferta Pública de Compra, disponen en los mismos términos que la aceptación de la oferta será retractable de manera total o parcial. El ejercicio del derecho de retracto podrá verificarse hasta antes del vencimiento del plazo o de sus prórrogas. En tal caso, el oferente o el administrador de la oferta, si lo hubiere, deberá devolver los títulos, traspasos y demás documentación proporcionada por el accionista tan pronto éste le comunique por escrito su retractación.

En los referidos casos el derecho de retracto es excepcional y responde a situaciones específicas que no inciden en una inflexión relevante a la fuerza obligatoria del contrato, dando solución, más bien, a situaciones particulares.

Una cuestión distinta ocurre con el derecho de retracto en la LPC, cuyo artículo 3º bis, a propósito de *los derechos y deberes del consumidor*, señala:

“El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo...”.

La regulación del derecho de retracto en la LPC plantea un primer escollo, consistente en la necesidad de explicar su calificación jurídica.

En la dogmática coexisten dos concepciones en cuanto a la formación del consentimiento. De una parte, la explicación tradicional, según la cual el consentimiento se forma de manera instantánea. Basta el encuentro entre

⁴ El artículo 1804 dispone: *“Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega”*.

la oferta y la aceptación para que se configure el vínculo contractual dando inmediata vigencia al principio de la fuerza obligatoria del contrato. En esta perspectiva el derecho de retracto interviene a la época de ejecución del contrato, colocando término de manera unilateral al acto ya formado. En este contexto el derecho de retracto se asimila al ejercicio de un derecho de resolución unilateral.

Sin embargo, para otra doctrina el derecho de retracto no opera en la fase de ejecución del contrato, sino que durante la formación evolutiva del mismo. En este caso se plantea una formación progresiva del consentimiento contractual. En este sentido se pronuncia Baillood, según el cual:

“En todas las hipótesis de derecho de arrepentimiento, aquel que se beneficia emite un primer consentimiento, pero sobre el cual podrá revenir en un plazo más o menos breve. En otros términos, cuando existe el derecho de arrepentimiento, no es suficiente que la voluntad exista al momento de la celebración del acto, todavía es necesario que después de este instante aquella se mantenga durante un cierto período”.⁵

Para esta doctrina el consentimiento prestado al momento de la celebración del contrato resultaría insuficiente, ya que la formación del contrato no estaría consumada. El consentimiento prestado no resulta definitivo, estando sujeto a un período de reflexión obligatorio a fin de precaver la libertad e información del consumidor. Sólo una vez expirado el plazo de retracto el consentimiento se consolidará dando nacimiento a las obligaciones y derechos emanados del contrato. De esta manera se da pleno cumplimiento al interés del legislador de otorgar al consumidor un período de reflexión en el cual deberá evaluar la oportunidad de la operación. Esta opinión es defendida por Calais-Auloy, quien sostiene que “la firma no es suficiente para la conclusión del contrato, ya que es efectuada por un consumidor cuyo consentimiento aún es embrionario. El contrato será concluido al expirar el plazo de reflexión... La facultad de renuncia no deroga la fuerza obligatoria del contrato: cuando es ejercida, el contrato no está aún concluido”.⁶

A las teorías esbozadas se agrega la posible confusión que puede existir entre el derecho a retractarse y otras figuras afines. En primer lugar encontramos el derecho a desahuciar todo contrato a duración indefinida. En los contratos a duración indeterminada existe siempre el derecho a ponerles término de manera unilateral. El fundamento de esta prerrogativa radica

⁵ BAILLOD, Raymonde, “Le droit de repentir”, en *RTD civ.*, 1984, pp. 227 y ss.

⁶ CALAIS-AULOY, Jean, “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, en *RTD civ.* 1994, p. 242.

en la prohibición de comprometer indefinidamente la voluntad. La libertad del individuo pone atajo al compromiso perpetuo. A diferencia del derecho de retracto, el desahucio interviene una vez consolidada la relación jurídica, siendo exigibles los derechos y obligaciones a penas perfeccionado el contrato. En realidad el desahucio nada más permite colocar término al contrato de manera unilateral durante la ejecución del mismo. Tampoco cabe confundir el derecho de retracto con la condición suspensiva, ya que el hecho constitutivo de la condición no puede quedar supeditado a la sola voluntad de alguno de los contratantes.⁷

En realidad el derecho de retracto constituye una prerrogativa particular del consumidor que lo habilita para destruir el vínculo contractual. Sin embargo, no se trata de un derecho discrecional que se aplique en ambos sentidos, sino que el consumidor sólo puede poner término al contrato mientras perdura el tiempo de reflexión, estando impedido de renunciar a dicho plazo. Es decir, el consumidor tiene dos alternativas: ejercer el derecho de retracto poniendo término a la relación jurídica creada, siempre y cuando se verifique durante el plazo de reflexión, o esperar el transcurso del tiempo a fin de consolidar la relación jurídica. El consumidor no puede, en consecuencia, adelantarse a la expiración del término para darle plena eficacia al contrato, siendo el plazo un elemento irrenunciable a su favor. Se puede decir que la voluntad del consumidor es apta para destruir el acto, mas no para confirmarlo, siendo sólo el transcurso del tiempo el elemento imprescindible para posibilitar la consolidación del contrato. Puede afirmarse que la intervención determinante de la voluntad unilateral del consumidor en la destrucción de la situación contractual constituye el elemento más significativo del derecho de retracto.

En consideración a las circunstancias en que se manifiesta el consentimiento del consumidor, la facultad de retracto tiene por finalidad preservar la reflexión del beneficiario, al permitir un consentimiento informado o, al menos, otorgar un período de tiempo breve en que pueda verificarse dicha reflexión.

La regulación del derecho de retracto en la LPC parece consagrar un verdadero derecho resolutorio unilateral a favor del consumidor. Así, la voluntad del consumidor está provista del poder de infligir una excepción a la fuerza obligatoria del contrato. Aunque en la discusión parlamentaria no aparece la problemática acerca de la calificación jurídica del retracto, puede concluirse a partir del texto legal que el retracto opera una vez formado el contrato. Basta citar la primera frase del art. 3° bis, según el cual “*el*

⁷ BAILLOD (n. 5), N° 14, p. 238.

consumidor pondrá término unilateralmente al contrato...". en el mismo sentido se pronuncia el art. 3° *ter*, al señalar que "se faculta al alumno o a quién efectúe el pago en su representación para que... *deje sin efecto el contrato con la respectiva institución*". En ambos preceptos se alude al término del contrato ya formado, siendo la voluntad unilateral del consumidor el factor determinante para resolver el contrato. Cabe concluir que el derecho de retracto en la legislación nacional implica un deterioro de la fuerza obligatoria del contrato.⁸

Este poder unilateral de vida y muerte sobre el contrato que detenta el consumidor requiere una regulación estricta a efectos de no introducir factores de inseguridad jurídica en el mercado. Esta necesidad de regulación justifica el análisis de las hipótesis en que procede el derecho de retracto.

II. Ambito de aplicación del derecho de retracto

La aplicación del derecho de retracto debe restringirse a situaciones en que la voluntad del consumidor esté expuesta a manifestarse de manera irreflexiva o generada en un entorno agresivo de comercialización de bienes o servicios. El artículo 3° *bis* de la LPC describe las situaciones precisas en que puede ejercerse el derecho de retracto. Según este precepto, el consumidor detenta la facultad de poner término de manera unilateral al contrato en el plazo de diez días a contar de la recepción del producto o desde la contratación del servicio. A continuación el mismo artículo identifica las hipótesis específicas en que procede el derecho de retracto.

1. *"En la compra de bienes y contratación de servicios ofrecidos en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión.*

*El ejercicio de este derecho se hará valer mediante carta certificada enviada al proveedor, al domicilio que señala el contrato, expedida dentro del plazo indicado en el encabezamiento".*⁹

⁸ Sobre la fuerza obligatoria del contrato, véase mi trabajo "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, 2004.

⁹ Esta hipótesis fue la primera en vista en el trámite legislativo. El artículo 3° *bis* estaba redactado de la siguiente forma: a) En la contratación de servicios de tiempo compartido. Se entiende por Contrato de Servicio de Tiempo Compartido aquel en cuya virtud se pone a disposición del usuario, por períodos convenidos, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre una unidad variable o determinada de un bien raíz, con o sin servicios de hotelería, en inmuebles ubicados en el país o en el extranjero, mediante el pago de una cantidad de dinero". En *Informe de la Comisión Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín 2787-03*, p. 51.

De manera principal, esta primera hipótesis en que puede ejercerse el derecho de retracto por el consumidor alude a las ventas del derecho de uso en inmuebles bajo modalidad de tiempo compartido. En estas ventas el consumidor se ve expuesto a técnicas de comercialización agresivas en las cuales es usual que el consentimiento sea obtenido mediante presiones indebidas que impiden la debida reflexión. Sin embargo, el legislador no quiso restringir la aplicación de este precepto al fenómeno de "tiempo compartido", ya que la redacción del primigenio proyecto de ley varió colocando el énfasis en la forma de comercialización de bienes y servicios. En todos aquellos casos en que la venta sea realizada en reuniones cuyo objeto sea la comercialización de bienes o servicios y el consentimiento sea prestado en la misma reunión procede el derecho de retracto.

Es claro que en este ámbito la práctica de técnicas agresivas de comercialización había dado lugar a ingentes abusos en desmedro de los consumidores. Conocidas son las formas en que vendedores poco escrupulosos presionan a los incautos consumidores a fin de obtener un pago inmediato con el uso de tarjetas de crédito. Con la modificación introducida a la ley se pondrá término a estas situaciones abusivas, al permitir la retractación del consumidor en el plazo de diez días desde la celebración del contrato respectivo.

Luego de identificar el ámbito de aplicación, se explicita la forma de hacer efectivo el derecho de retracto. Para la plena eficacia de la retractación deberá enviarse carta certificada al proveedor en el domicilio indicado en el contrato. Para efectos de la fecha, la carta deberá ser despachada antes de expirar el plazo de diez días. Alguna impropiedad en el lenguaje se detecta para contabilizar el plazo para ejercer el derecho de retracto. Según previene el art. 3° bis a), la carta debiera ser despachada dentro de los diez días siguientes a la "recepción del producto" o desde "la prestación del servicio"; sin embargo, en el caso de ventas de derechos de uso y goce, como es el caso en el "tiempo compartido", no existe recepción de producto alguno y tampoco se trata de la prestación de un servicio. De ahí que el plazo deba comenzar a correr desde la fecha de celebración del contrato respectivo, la cual coincidirá con la reunión en que se obtuvo el consentimiento del consumidor.

2. *"En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos, o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato.*

En este caso, el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a 90 días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien materia del contrato se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor”.

Diversas formas de contratar están previstas en este precepto como ámbito de aplicación del derecho de retracto. En general la regla tiene por objeto la protección al consumidor que adquiere un bien o un servicio mediante la contratación a distancia, ya sea por medios electrónicos o a través de catálogos, prospectos o avisos.¹⁰ Estas formas de contratación se han desarrollado en las sociedades contemporáneas a raíz de la escasez de tiempo. La característica principal que presenta la contratación a distancia consiste en la ausencia de presencia física de las partes contratantes. Esta circunstancia impide que los consumidores tengan la posibilidad de apreciar el producto o conocer las propiedades del servicio contratado. Para impedir el recibo de productos o prestación de servicios defectuosos el legislador ha contemplado el derecho de retracto.

En primer lugar, la letra b) se refiere a los “contratos por medios electrónicos”. Por estos contratos deben entenderse todos aquellos actos jurídicos cuya formación se verifica a través de Internet, mailing, correo electrónico u otro mecanismo electrónico que implique la ausencia de presencia física entre las partes contratantes. Luego, se incluyen en la normativa “los contratos celebrados por medio de comunicación a distancia”.¹¹ Se trata de las ventas a domicilio por medio de catálogos o prospectos en que el consumidor carezca de la posibilidad de apreciar de manera directa la calidad del producto.

Sin embargo, la protección del consumidor en los contratos electrónicos y aquellos celebrados a distancia puede dejarse sin efecto por la voluntad

¹⁰ Véase BOTANA GARCÍA, Gema, “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”, en *Derecho del comercio electrónico*, Coords. Rafael Illescas Ortiz e Isabel Ramos Herranz, Madrid, La Ley, 2001, pp. 283-366.

¹¹ Se entiende por técnica de comunicación a distancia “todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor (art. 2.4). En el Anexo 1 se incluyen como ejemplos de técnicas de comunicación a distancia las siguientes: impreso sin destinatario, impreso con destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, catálogo, teléfono con intervención humana, teléfono sin intervención humana, radio visiófono (teléfono con imagen), videotexto con teclado o pantalla táctil, correo electrónico, fax y televisión. Luego se agrega “la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquellas que todavía se utilizan poco en la actualidad”. Véase, BOTANA, (n. 11), p. 321.

unilateral del proveedor. En efecto, el derecho de retracto está supeditado a la exclusión por voluntad del proveedor, el cual puede excluir el derecho de retracto informándolo en los mismos términos que la oferta al consumidor. Por tratarse de contratos por adhesión, resulta previsible que la exclusión del derecho de retracto será una cláusula de estilo en este tipo de contratación. De esta manera la protección al consumidor se desvanece y parece más bien formal que sustantiva.

En esta hipótesis el plazo para ejercer el retracto comienza desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios. Con todo, el plazo no comienza a correr si el proveedor no ha cumplido con la obligación de enviar confirmación escrita y copia del contrato al consumidor. El art. 12 A, siguiendo la Directiva Comunitaria 2000/31, establece la obligación del proveedor de otorgar al consumidor un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas. El consentimiento sólo se entiende formado una vez que el proveedor ha cumplido con la referida obligación.

Nada impide al proveedor exigir el pago total o parcial del bien o servicio contratado. Pero si dicho pago ha sido financiado de manera total o parcial con un crédito otorgado por el propio proveedor o un tercero, el retracto no sólo pondrá término al contrato principal, sino también al mutuo o crédito. Se trata de una típica figura de grupo contractual, siendo la ley la fuente que explica la ineficacia del contrato de crédito al producirse la resolución del contrato electrónico o a distancia.

Operado el derecho de retracto, el proveedor debe proceder a la restitución del pago en un breve plazo que no podrá exceder de 45 días a la comunicación del retracto. Si se trata de servicios, la devolución sólo comprenderá la parte correspondiente a los servicios no prestados. Aquí se aplica una regla general vigente para los contratos de tracto sucesivo en que la resolución no puede tener un efecto total.

Por último, se consagra la obligación del consumidor de entregar en buen estado el bien contratado, al igual que los accesorios del mismo.

3. La tercera hipótesis en que procede el derecho de retracto se vincula con la prestación de servicios educacionales. El artículo 3^º *ter* dispone:

“En el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades, se faculta al alumno o a quien efectúe el pago en su repre-

sentación para que, dentro del plazo de diez días contados desde aquél en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, deje sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados.

Para hacer efectivo el retracto a que se refiere este artículo, se requerirá ser alumno de primer año de una carrera o programa de pregrado y acreditar, ante la institución respecto de la cual se ejerce esta facultad, encontrarse matriculado en otra entidad de educación superior.

En ningún caso la institución educacional podrá retener con posterioridad a este retracto los dineros pagados ni los documentos de pago o crédito otorgados en respaldo del periodo de educación respectivo, debiendo devolverlos todos en el plazo de 10 días desde que se ejerza el derecho a retracto.

Este artículo viene a solucionar un problema presente desde hace un tiempo en las postulaciones a los establecimientos de educación superior. Con el objeto de "atrapar" los estudiantes, las universidades procedían a cerrar las matrículas en un período durante el cual todavía podían presentarse modificaciones importantes en las listas de espera. Esto significaba colocar al estudiante en la situación de decidir por un establecimiento en particular aún existiendo posibilidades de matricularse en otro de su preferencia. Ahora el futuro estudiante podrá ejercer el retracto dentro de los diez días siguientes a la publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades tradicionales. Eso sí, el alumno matriculado deberá acreditar que optó por otro establecimiento educacional, debiendo acreditar esta circunstancia y que se encuentra matriculado en otra entidad de educación superior.

Luego, también se contempla la indivisibilidad entre el contrato de prestación de servicios educacionales y el mandato otorgado para hacer cobros en el futuro, el cual por el solo ministerio de la ley se entiende revocado.

Con todo, la institución de educación superior podrá retener por costos de administración un porcentaje de la matrícula cancelada, que no podrá exceder del uno por ciento.

Por último, sólo cabría agregar que la ley no establece el derecho de retracto en materia de créditos ni compra de inmuebles, cuestión usual en el derecho comparado.

III. Efectos del derecho de retracto

Los efectos del derecho de retracto dicen relación con el contrato respecto del cual se ejerce y, además, puede significar la ineficacia de otros actos que le son conexos.

1. Efecto principal del derecho de retracto. El derecho de retracto en todas las hipótesis descritas pone término a la relación contractual. Según señale, el retracto implica una inflexión a la fuerza obligatoria del contrato. A pesar de la formación del consentimiento por el encuentro entre la oferta y la aceptación, esta última no es suficiente para consolidar la relación contractual, la cual queda supeditada a la voluntad unilateral del consumidor, quien en un plazo breve puede ponerle término. El efecto es similar al desahucio unilateral en los contratos a plazo indefinido. En efecto, un principio general en materia contractual consiste en la facultad de cualquiera de las partes contratantes de ponerle término sin expresión de causa. De esta manera el retracto se asemeja a la resolución contractual, ya que las partes deben proceder a las restituciones mutuas; el proveedor debe restituir lo pagado por el consumidor y éste debe proceder a la entrega del bien con todos sus accesorios. Tratándose de un servicio contratado, el retracto implica un efecto retroactivo unilateral, ya que sólo el proveedor debe restituir el precio cancelado, el cual debe restringirse al pago de los servicios no prestados. En suma, el retracto constituye un derecho potestativo a favor del consumidor sometido a una doble restricción; de una parte, sólo habilita al consumidor para poner término al contrato y en ningún caso puede renunciar al plazo establecido en su favor; luego, en segundo lugar, el retracto está sometido a un plazo breve. Una vez transcurrido el plazo, el consumidor no podrá retractarse, pasando el contrato a ser plenamente obligatorio para las partes. Hay que tener presente que tratándose del retracto en los contratos por medios electrónicos y a distancia el proveedor detenta la facultad de excluir el retracto, siempre y cuando lo informe por los mismos medios que empleó para la celebración del contrato.

2. Efecto secundario del retracto. Según dijimos, el retracto puede significar la ineficacia de otros contratos relacionados con el acto principal. Así ocurre en la hipótesis prevista en el art. 3° *bis* letra b) y en el art. 3° *ter*. En el primer precepto el retracto implica el término del contrato celebrado por medios electrónicos o por comunicación a distancia y habiendo sido financiado el precio con un crédito se produce también la resolución de éste. En el caso de los contratos de servicios educacionales, el retracto coloca término al mandato que hubiere sido otorgado para cobros futuros

por el solo ministerio de la ley. En ambos casos se trata de una aplicación de la teoría de grupos de contratos, según la cual la ineficacia de un contrato miembro del grupo puede significar la ineficacia de los otros actos que participan en la misma operación jurídica.¹²

¹² Sobre este asunto, las tesis imprescindibles en derecho francés de TAYSSIE, Bernard, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975; NÉRET, J., *Le sous-contrat*, Paris, LGDJ, 1979 y BACACHE-GIBELLI, M., *La relativité des conventions et les groupements de contrats*, Paris, LGDJ, 1996. En derecho nacional, LÓPEZ SANTA-MARÍA, J., "Las cadenas de contratos o contratos coligados", en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, p. 159; FIGUEROA YAÑEZ, G., "El efecto relativo en los contratos conexos", en *Contratación privada. Contratos predispuestos, contratos conexos, Código europeo de contratos*, Soto Coaguila, C. Y Jiménez Vargas-Machuca (coord.), Lima, Jurista, pp. 317 y ss.

Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia.

Patricio Oyaneder Davies

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Sobre la eficacia de los actos jurídicos

La eficacia, en términos generales, podemos entenderla como la aptitud o idoneidad que se predica de un acto jurídico para alcanzar sus efectos propios, esto es, crear una nueva situación jurídica intersubjetiva: constituyendo, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica. Para que ello tenga lugar es necesario que la regla jurídica forjada en ejercicio de la autonomía privada sea conforme a derecho, esto es, que haya sido creada con pleno acatamiento al *principio de legitimidad material y formal* establecido en las normas de mayor jerarquía de las cuales deriva su pertenencia al sistema jurídico. Dicho de otro modo, las partes deberán dar cabal cumplimiento a los mandatos normativos que regulan la forma en que pueden darse sus propias reglas y el contenido que pueden dar a las mismas. Sólo de ese modo estaremos ante una regla de *iure* idónea para insertarse al ordenamiento jurídico; de lo contrario, estaremos ante un acto ineficaz.

Pues bien, en lo que sigue vamos a circunscribirnos a revisar la ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión.

Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una antinomia aparente.

La materia a tratar se encuentra regulada en el Párrafo 4º de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley N° 19.496) intitulada: "Normas de Equidad en las Estipulaciones y en el Cumplimiento de los Contratos", cuyo artículo 16 (primer párrafo) es del siguiente tenor: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:". La Ley N° 19.955, publicada en el Diario Oficial del día 14 de julio del año 2004, agregó al texto primitivo del citado precepto legal un nuevo supuesto constitutivo de cláusula o estipulación abusiva, que, por tanto, en los contratos de consumo celebrados por adhesión¹ no producirá efecto alguno, *id est*, será ineficaz. Adicionalmente, se agregó, en lo que a nosotros interesa, un nuevo precepto, el artículo 16 A, que reza: "Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración".

Con lo expuesto, podemos entrar de lleno al análisis de la materia que motiva estas líneas. Desde luego, cabe precisar que nos referimos a supuestos especiales de ineficacia, regidos por una ley también especial, como lo es la Ley N° 19.496, que sólo tiene aplicación respecto de los contratos de consumo celebrados por adhesión, según se desprende –principalmente– de lo dispuesto en sus artículos 1º y 16.

Lo preceptuado en los citados artículos 16 y 16A tornan la ineficacia a que se refieren dichas normas legales de difícil calificación, toda vez que contienen preceptos antagónicos e incompatibles entre sí dentro de la teoría de las ineficacias. En efecto, si bien se mira, el artículo 16 es tajante al señalar que las cláusulas a las que venimos refiriéndonos "*no producirán efecto alguno*"; empero, a reglón seguido, el artículo 16A dispone que "*declarada la nulidad de una o más cláusulas (...)*". Esto nos enfrenta a dos tipos de nulidades diversas dentro de las cuales podríamos –aparentemente– encuadrar la ineficacia de que trata la Ley 19.496, cuales son: las *nulidades originarias (o efecto)* y las *nulidades*

¹ Ya nos hemos referido a los contratos por adhesión y a las cláusulas abusivas en nuestro trabajo "Breves Consideraciones en torno a los Contratos por Adhesión, las Condiciones Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas", publicado en revista *Actualidad Jurídica*, N° 9, enero 2004, págs. 371 y siguientes.

virtuales (o sanción), decisión de la cual se siguen importantes consecuencias prácticas, atendido el estatuto jurídico que rige en uno y otro caso, según estimemos que estamos en presencia de una u otra clase de nulidad. Por ello, para quienes adherimos a la Teoría Bimembre de la Nulidad en el Derecho Chileno, las precitadas disposiciones nos remiten a un problema interpretativo de suyo relevante, cual es determinar si nos encontramos ante un caso de nulidad originaria o de nulidad virtual.

Hasta antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.955 a la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, la situación, a juicio nuestro, era clara, nos encontrábamos indefectiblemente ante supuestos de *nulidad radical* (*Nichtigkeit*), por cuanto la materia sólo estaba regulada en el artículo 16, que derechamente impedía la inserción al orden normativo de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de consumo celebrados por adhesión, valiéndose de las expresiones *no producirán efecto alguno*, ineficacia que opera de pleno derecho, *ab initio*. La duda surge, como hemos dicho, tras la inclusión del artículo 16A, que, por el contrario, sugiere la necesidad de que sea el órgano jurisdiccional el que declare abusiva la estipulación en cuestión para que sea proscrita del sistema jurídico ("*declarada la nulidad*"), por lo que sería aplicable el régimen de nulidades virtuales contenido en los artículos 1681 y siguientes del Código de Bello. La antinomia es ostensible.

De modo que, si quisiéramos sostener que nos encontramos ante un supuesto de *nulidad virtual*, tendríamos que afirmar que estamos en presencia de un "acto jurídico que carece de alguno de los requisitos establecidos en la ley para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes" (artículo 1681 del Código Civil). Pero basta una rápida revisión del artículo 16 de la Ley N° 19.496 para comprender que él no contempla supuestos susceptibles de configurar un vicio de nulidad absoluta o relativa (nulidades virtuales). Para una mejor comprensión de lo aseverado, transcribimos íntegramente la citada norma: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan;

- b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;
- f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y
- g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

No obstante lo señalado, seguramente muchos se verán tentados a tratar de encuadrar los supuestos reproducidos en algunas de las causales constitutivas de vicios de nulidad virtual, caso en que además nos encontramos en la dificultad de determinar si la hipótesis en cuestión acarreará la aplicación del estatuto de la nulidad absoluta o de la relativa, lo cual, por cierto, atenta contra la certeza jurídica.

Adicionalmente, para considerar que estamos ante casos propios de una nulidad sanción (o virtual), ya sea absoluta o relativa, tendríamos que admitir que la estipulación o el contrato, según el caso:

1. Carece de alguno de los requisitos que la ley prescribe para que tenga valor, atendida su especie y la calidad o estado de las partes.
2. Está dotado de validez provisional, es decir, que produce sus efectos en tanto no sea declarada su nulidad.

3. Es susceptible de saneamiento por el transcurso del tiempo si no se alega su nulidad oportunamente, o por ratificación en los casos que la ley lo admite.

Atendido lo manifestado, a juicio nuestro, la ineficacia instituida en el artículo 16 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, corresponde a la nulidad radical. Pasamos a explicar brevemente nuestro aserto:

1. Ninguna de las disposiciones que regulan la ineficacia en la Ley N° 19.496 hace referencia a la ausencia de requisitos necesarios para el valor del acto o contrato en los términos del artículo 1681 del Código Civil.

2. Los términos perentorios del artículo 16: *“No producirá efecto alguno”*, lo cual significa claramente que bajo ningún supuesto es posible atribuir, siquiera provisionalmente, validez a la cláusula o contrato, esto es, que jamás se insertó en el sistema jurídico creando una nueva situación jurídica intersubjetiva. El acto es, insistimos, nulo *ab origine*. Por lo mismo, no estamos en presencia de vicios susceptibles de saneamiento, como sí lo son –por el contrario– los que dan lugar a la nulidad virtual.

3. De admitir que la nulidad que consagra la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores es susceptible de sanearse (nulidad virtual), estaríamos poniendo, cuando menos temporal o provisionalmente, al servicio del predisponente el poder coercitivo del Estado para obtener el cumplimiento de estipulaciones que van más allá de lo que el legislador permite; o, si se quiere, contra lo que el derecho repele se inserte al ordenamiento jurídico.

4. No resulta lógico que el juez deba declarar nulo lo que la ley ya ha declarado expresamente que carece de todo efecto y, por ende, no pertenece al ordenamiento jurídico por carecer de la necesaria validez derivada.

Así las cosas, las expresiones “declarada la nulidad” utilizadas en el artículo 16 A deben ser entendidas solamente como una referencia al aspecto práctico de la ineficacia. En efecto, cuando el consumidor considere que alguna de las cláusulas del contrato es contraria al artículo 16, será necesario, indefectiblemente, que acuda a la justicia, pero para el solo efecto de que el juez constate la nulidad (que ha operado de pleno derecho), salvo, claro está, que el predisponente reconozca buenamente la nulidad de la pretendida cláusula. En otros términos, el órgano jurisdiccional sólo está llamado a constatar que la regla en cuestión no ha ejecutado el mandato de la norma superior de la que pretendía derivar su existencia y, por consi-

guiente, no ha sido idónea para crear una nueva regla jurídica, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley en comento.

De la manera señalada, creemos nosotros, debe entenderse la ineficacia regulada en la Ley N° 19.496, y, en consecuencia, la nulidad tratada en ella ha de regirse por el estatuto jurídico propio de las nulidades radicales. No existe, en consecuencia, antinomia alguna en el articulado de la mencionada Ley.

Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset

Julio Alvear Téllez

Profesor Facultad de Derecho
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A poco que se reflexione sobre los modelos de organización política contruidos bajo la égida de la Revolución Francesa, se constata, grosso modo, que lo que realmente se desenvuelve en Europa Continental, y después en Latinoamérica, en los dos últimos siglos, no es la democracia de los pensadores ilustrados del siglo XVIII,¹ sino algo distinto, más concreto, más humano, más defectible: el régimen representativo, que en muchos aspectos no cumplió las promesas de sus hagiógrafos.²

Como se sabe, está en la médula del concepto de democracia que el pueblo se manifieste y gobierne. En ella todos los ciudadanos pueden participar en la génesis y ejercicio del poder político. Era lo que se hacía adecuadamente –si bien que selectivamente– en la democracia ateniense de la época de Pericles. Pero esta democracia directa, en la que el pueblo participa por sí mismo en la cosa pública, es un sistema posible sólo en naciones poco numerosas. Porque dada, entre otras circunstancias, la cantidad de la población, la estructura del territorio y la complejidad de los asuntos públicos en los Estados contemporáneos, la democracia se ejerce de modo indirecto, es decir, a través de representantes.

Conferido lo anterior, es oportuno señalar que no es lo mismo democracia que sistema representativo. De ahí que la autenticidad democrática de los sistemas políticos modernos descansa por entero, dentro de su propia lógica, en el carácter genuino de la representación popular. Si tal cosa no se

¹ A este respecto es interesante, entre otros, Groethuysen, Bernard, *"Philosophie de la Révolution Française"*, edición española de Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

² Sobre la mitología política de la Revolución Francesa, divulgada por sus propagandistas desde sus mismos orígenes, es inexcusable consultar las obras de Lucien Jaume, especialmente *"Le discours jacobin et la démocratie"*, París, Fayard, 1989 y *"Les Déclarations des droit de l'homme"*, París, Flammarion, 1989.

da, si los detentores del poder público no son escogidos, o si lo son no actúan, de iure y de facto, según los métodos y teniendo en vista las metas deseadas por el pueblo, entonces la democracia contemporánea no es más que una vana apariencia.

Este sistema político representativo coincide, en mayor o menor medida, con lo que en el vocablo político se conoce con el nombre de "democracia liberal", a la que sus teóricos³ también exigen que respete a las minorías y atienda en lo posible sus aspiraciones. Es requisito asimismo de este sistema que se garantice la autenticidad de la voluntad popular mediante el voto directo, libre, secreto e informado.

Don José Ortega y Gasset, cuyo pensamiento político y social no es fácil de encasillar, adhirió a lo que podríamos denominar la "mitología política" de la Revolución Francesa. Pero al observar el morbo igualitario que se desprendía de ella, se quedó a medio camino en una especie de reacción salvadora.

Expliquémonos. Se puede apuntar que para Ortega la democracia liberal era la más alta forma de organización política ideada por los hombres. Y ello porque suponía la práctica de algunos elementos de la antropología del liberalismo clásico: la exaltación del individuo y sus derechos frente al poder del Estado y, en general, de la sociedad, la afirmación de la supremacía de las leyes naturales sobre las estatales, la limitación de la injerencia del Estado en la vida social y económica, el predominio de la libre competencia y de la iniciativa privada, la defensa del parlamentarismo y de la división de poderes, y la idea de que la libertad es la condición de todo valor.⁴

Sin embargo, para Ortega, la democracia es algo puramente jurídico-político: una respuesta al problema de la titularidad del poder, que coincide con el gobierno del pueblo ejercido por sus representantes. Y en este punto, más allá del dogma de la soberanía popular, el pensador español constata que no es conveniente que el pueblo, transformado en masa, ejerza el gobierno o la autoridad política, si no está capacitado ni cualificado para llevar a cabo esta labor. Lo que se pide de un cocinero, por qué no

³ Entre los teóricos de la democracia moderna es preciso mencionar, entre otros, y con importantes diferencias de matices, a John Locke (1632-1704), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Thomas Paine (1737-1809), Benjamín Constant (1767-1830), Stuart Mill (1806-1873) y Walter Baehot (1826-1877).

⁴ Sobre el pensamiento político de Ortega, cfr. Sánchez Cámara, I.: "Sobre la vigencia del pensamiento político de Ortega", en Domínguez A., Muñoz, J. y de Salas, J. (Coordinadores): *El primado de la vida (Cultura, estética y política en Ortega y Gasset)*, Cuenca, Servicio de Publicaciones (UCLM), 1997, p. 73

exigirlo de un gobernante: tener capacidad, habilidad, preparación, en suma, ser competente. Dice Ortega:⁵ *“existen en la sociedad operaciones, actividades, funciones (...) que son, por su misma naturaleza, especiales, y, consecuentemente, no pueden ser ejecutadas sin dotes también especiales. Por ejemplo: (...), las funciones de gobierno y de juicio político sobre los asuntos públicos”*.⁶

Surge aquí la distinción entre una minoría excelente y una mayoría vulgar e indocta, una elite y una masa, dos tipos humanos, dos clases de hombres o dos funciones sociales, en la que no deja de subyacer un cierto pesimismo en la capacidad intelectual y moral de lo que denomina “masa”, sujeto no de la racionalidad, sino de las fuerzas ciegas de pasiones y demagogias. La elite no se identifica con una clase social determinada, sino que está formada por todos aquellos individuos que sobresalen en cualquier actividad social, y que ejercen influencia sin necesidad de ocupar puestos de poder. La dirección que reclama Ortega para estas minorías es de carácter espiritual y cultural, no está fundada en ningún privilegio social o político –hoy diríamos mediático–, no en la violencia ni en el dinero, sino en el influjo y la atracción, en la ejemplaridad y la competencia, sin la que no puede darse una sociedad sana y bien vertebrada.⁷

⁵ Cfr. *“La Rebelión de las Masas”*, Obras Completas, Tomo IV, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 147.

⁶ La filosofía política clásica gustaba de atribuir la dirección del gobierno a los mejor preparados. Por ejemplo, Santo Tomás de Aquino sostiene al respecto que *“Puesto que un hombre es parte de la ciudad, es imposible que sea bueno si no está bien ordenado respecto del bien común: un todo no puede estar bien constituido si sus partes no le están ordenadas. Por lo cual es imposible que el bien común de la ciudad sea bien logrado, si los ciudadanos no son virtuosos, al menos aquellos a los cuales compete gobernar; respecto de los demás, y en lo que corresponde al bien de la comunidad, es suficiente que sean virtuosos en la obediencia a los mandatos del príncipe. Por esto el Filósofo dice, en el libro III de la Política, que “es la misma la virtud del príncipe y la del buen varón; en cambio no es la misma la virtud de cualquier ciudadano y la del buen varón”* S. Th., II-II, q. 92, 1., ad.3. Y en otro lugar: *“Aquel que quiere el bien común de la multitud quiere también en consecuencia el bien suyo, por dos razones. Primero, porque el bien propio no puede existir sin el bien común, sea de la familia, de la ciudad o del reino. Por lo cual Máximo Valerio dice de los antiguos romanos que “preferían ser pobres en un imperio rico que ricos en un imperio pobre”. Segundo, porque, por ser el hombre parte de la casa y de la ciudad, es menester que considere qué es lo bueno para él teniendo en cuenta qué es lo prudente respecto del bien de la multitud: pues, en efecto, la buena disposición de las partes se juzga de acuerdo a su relación al todo. Por esto Agustín dice, en el libro de las Confesiones, que “es deforme aquella parte que no está en congruencia con su todo”* S. Th. II-II, q. 47, 10 ad. 2. Del mismo modo, San Agustín afirma que *“si el pueblo llegara poco a poco a depravarse de manera que prefiriese el bien privado al bien público, y vendiera su sufragio al mejor postor, y sobornado por los que ambicionan el poder, entregara el gobierno de sí mismo a hombres viciosos, ¿acaso no obraría bien el varón que, conservándose incontaminado en medio de la general corrupción y gozando a la vez de gran poder, privase a ese pueblo de la facultad de conferir honores, para depositarla en manos de unos pocos buenos, incluso de uno solo? (...) Es conveniente que el pueblo juicioso elija a sus magistrados y que se vea privado de esta facultad el que no lo es”* (De Libero Arbitrio, I, 46 y 50).

⁷ Cfr. Cerezo Galán, P., *“Experimentos de nueva España”*, en Domínguez A., Muñoz, J. y de Salas, J. (Coordinadores): *El primado de la vida (Cultura, estética y política en Ortega y Gasset)*, Cuenca, Servicio de Publicaciones (UCLM), 1997, pp. 117-118.

La irrupción del “hombre-masa” en el campo político, de lo cuantitativo en lo cualitativo, da origen a una disfunción —la “hiperdemocracia”— que a través del morbo del igualitarismo tendrá la capacidad de corromper el sistema, naciendo la “democracia morbosa”. En la primera *“el alma vulgar, sabiéndose vulgar, tiene el denuedo de afirmar el derecho a la vulgaridad y lo impone dondequiera (...). La masa arrolla todo lo diferente, egregio e individual. Quien no sea como todo el mundo, quien no piense como todo el mundo corre el riesgo de ser eliminado. Todo el mundo era la unidad compleja de masa y minorías especiales. Ahora todo el mundo es masa”*.⁸ En la segunda, las masas hicieron degenerar la igualdad jurídico-política de la democracia en igualitarismo, en la medida en que afirmaron que todos somos iguales en todos los ámbitos, el intelectual, el moral, el social, etc. Tal situación conduce al *plebeyismo*.

Como sostiene el profesor Alejandro de Haro, Ortega se enfrentará aquí contra la anarquía y la sinrazón de las masas, y contra todo afán de nivelación y homogeneización. *“El gran problema que Ortega planteó para nuestro tiempo es la imposición de lo vulgar sobre lo excelso, de la sinrazón sobre la razón, del totalitarismo sobre la verdadera democracia, o lo que es lo mismo, de la democracia morbosa sobre la vieja democracia, pues el exceso de libertad y el igualitarismo conducen al totalitarismo de las masas (...) El exceso de libertad y el dominio del populacho dio lugar a auténticas tiranías, en la medida en que la ignorancia, la indiferencia y la incultura de las masas las convirtieron en caldo de cultivo para que un demagogo emergiera y las ideologizara”*.⁹

Supuesto lo anterior, podemos observar como hoy en día el igualitarismo es la bandera de lucha de gran parte de la mitología política contemporánea. La democracia morbosa debiera estar en el banquillo de los acusados, y no obstante, lo están quienes osan mirar sus estragos con rectitud de espíritu. En este contexto, es oportuno saborear la fina y a la vez categórica prosa de Ortega estigmatizando un mal que hoy todos sufrimos.

Transcribimos a continuación trechos del célebre artículo del pensador madrileño titulado “Democracia morbosa”, publicado en “El Espectador” el año 1916:

⁸ Cfr. *“La Rebelión de las Masas”*, Obras Completas, Tomo IV, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 148.

⁹ Cfr. Alejandro de Haro Honrubia, *“¿Democracia o democracia morbosa? Análisis sobre la génesis del totalitarismo y su proyección actual bajo la forma de una dictadura netocrática”*, Universidad de Castilla la Mancha, 2004, pp 4-5.

La democracia es un principio de Derecho Público, no una "forma de vida"

La bondad de una cosa arrebatada a los hombres, y puestos a su servicio, olvidan que hay muchas cosas buenas con quienes es forzoso compaginar aquélla. La democracia, como democracia, es decir, estricta y exclusivamente como norma de derecho político, parece una cosa óptima. Pero la democracia exasperada y fuera de sí, la democracia en religión o en arte, la democracia en el pensamiento y en el gesto, la democracia en el corazón y en la costumbre es el más poderoso morbo que puede padecer una sociedad.

Cuanto más reducida sea la esfera de acción propia a una idea, más perturbadora será su influencia si se pretende proyectarla sobre la totalidad de la vida. Imagínese lo que sería un vegetariano en frenesí que aspire a mirar el mundo desde lo alto de su vegetarianismo culinario: en arte censuraría cuanto no fuese el paisaje hortelano; en economía nacional sería eminentemente agrícola; en religión no admitiría sino las arcaicas divinidades cereales; en indumentaria sólo vacilaría entre el cáñamo, el lino y el esparto, y como filósofo se obstinaría en propagar una botánica transcendental. Pero no parece menos absurdo el hombre que, como tantos hoy, se llega a nosotros y nos dice: "Yo, ante todo, soy demócrata".

En tales ocasiones suelo recordar el cuento de aquel monaguillo que no sabía su papel y a cuanto decía el oficiante, según la liturgia, respondía: ¡Bendito y alabado sea el Santísimo Sacramento! Hasta que, harto de la insistencia, el sacerdote se volvió y le dijo: "Hijo mío, eso es muy bueno, pero no viene al caso".

La "cultura democrática" y el áurea de mediocridad

No es lícito ser ante todo demócrata, porque el plano a que la idea democrática se refiere no es un primer plano, no es un "ante todo". La política es un orden instrumental y adjetivo de la vida, una de las muchas cosas que necesitamos atender y perfeccionar para que nuestra vida personal sufra menos fracasos y logre más fácil expansión. Podrá la política, en algún momento agudo, significar la brecha donde debemos movilizar nuestras mejores energías, a fin de conquistar o asegurar un vital aumento, pero nunca puede ser normal esa situación. Es uno de los puntos en que más resueltamente urge corregir al siglo XIX. Ha padecido éste una grave perversión en el instinto ordenador de la perspectiva, que le condujo a situar en el plano último y definitivo de su preocupación lo que por naturaleza sólo penúltimo y previo puede ser.

Democracia no es "plebeyismo"

En los últimos tiempos ha padecido Europa un grave descenso de la cortesía, (...) (llegando) al imperio indiviso de la descortesía. Nuestra raza valetudinaria se siente halagada cuando alguien la invita a adoptar una postura plebeya, de la misma suerte que el cuerpo enfermo agradece que se le permita tenderse a su sabor. El plebeyismo, triunfante en todo el mundo, tiraniza. Y como toda tiranía es insufrible, conviene que vayamos preparando la revolución contra el plebeyismo, el más insufrible de los tiranos.

Tenemos que agradecer el advenimiento de tan enojosa monarquía al triunfo de la democracia. Al amparo de esta noble idea se ha deslizado en la conciencia pública la perversa afirmación de lo bajo y ruin.

La extravagancia de la democracia: el credo socialista

Como la democracia es una pura forma jurídica, incapaz de proporcionarnos orientación alguna para todas aquellas funciones vitales que no son derecho público, es decir, para casi toda nuestra vida, al hacer de ella principio integral de la existencia se engendran las mayores extravagancias. Por lo pronto, la contradicción del sentimiento mismo que motivó la democracia, nace ésta como noble deseo de salvar a la plebe de su baja condición. Pues bien, el demócrata ha acabado por simpatizar con la plebe, precisamente en cuanto plebe, con sus costumbres, con sus maneras, con su giro intelectual. La forma extrema de esto puede hallarse en el credo socialista –porque se trata, naturalmente, de un credo religioso–, donde hay un artículo que declara la cabeza del proletario única apta para la verdadera ciencia y la debida moral.

En el triunfo del movimiento democrático contra la legislación de privilegios, la constitución de castas, etc., ha intervenido no poco esta perversión moral que llamo plebeyismo.

El igualitarismo: amigo de la injusticia

Y si antes decía que no es lícito ser "ante todo" demócrata, añado ahora que tampoco es lícito ser "sólo demócrata". El amigo de la justicia no puede detenerse en la nivelación de privilegios, en asegurar igualdad de derechos para lo que en todos los hombres hay de igualdad. Siente la misma urgencia por legislar, por legitimar lo que hay de desigualdad entre los hombres.

Aquí tenemos el criterio para discernir dónde el sentimiento democrático degenera en plebeyismo. Quien se irrita al ver tratados desigualmente a los iguales, pero no se inmuta al ver tratados igualmente a los desiguales, no es demócrata, es plebeyo.

La revolución del resentimiento: origen de la democracia morbosa

(En la fábula de la uva y de la zorra) la zorra sigue estimando como lo mejor la madurez en el fruto y se contenta con negar esa estimable condición a las uvas demasiado altas. El "resentido" va más allá: odia la madurez y prefiere lo agraz. Es la total inversión de los valores: lo superior, precisamente por serlo, padece una capitis diminutio, y en su lugar triunfa lo inferior.

En los comienzos de la Revolución Francesa una carbonera decía a una marquesa: "Señora, ahora las cosas van a andar al revés: yo iré en silla de manos y la señora llevará el carbón." Un abogadete "resentido" de los que hostigaban al pueblo hacia la revolución hubiera corregido: "No, ciudadana: ahora vamos a ser todos carboneros".

Vivimos rodeados de gentes que no se estiman a sí mismas. Quisieran los tales que a toda prisa fuese decretada la igualdad entre los hombres; la igualdad ante la ley no les basta: ambicionan la declaración de que todos los hombres somos iguales en talento, sensibilidad, delicadeza y altura cordial. Cada día que tarda en realizarse esta irrealizable nivelación es una cruel jornada para esas criaturas "resentidas", que se saben fatalmente condenadas a formar la plebe moral e intelectual de nuestra especie. Cuando se quedan solas les llegan del propio corazón bocanadas de desdén para sí mismas. Es inútil que por medio de astucias inferiores consigan hacer papeles vistosos en la sociedad. El aparente triunfo social envenena más su interior, revelándoles el desequilibrio inestable de su vida, a toda hora amenazada de un justiciero derrumbamiento. Aparecen ante sus propios ojos como falsificadores de sí mismos, como monederos falsos de trágica especie, donde la moneda defraudada es la persona misma defraudadora.

Este estado de espíritu, empapado de ácidos corrosivos, se manifiesta tanto más en aquellos oficios donde la ficción de las cualidades ausentes es menos posible. ¿Hay nada tan triste como un escritor, un profesor o un político sin talento, sin finura sensitiva, sin procer carácter? ¿Cómo han de mirar esos hombres, mordidos por el íntimo fracaso, a cuanto cruza ante ellos irradiando perfección y sana estima de sí mismo?

Periodistas, profesores y políticos sin talento componen, por tal razón, el Estado Mayor de la envidia, que, como dice Quevedo, va tan flaca y amarilla porque muerde y no come. Lo que hoy llamamos "opinión pública" y "democracia" no es en gran parte sino la purulenta secreción de esas almas rencorosas.

La mujer ante el derecho internacional público

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

La Sociedad de las Naciones, nacida del Tratado de Versalles el 28-06-1919, amén de procurar la convivencia pacífica entre los pueblos, procuró el mejoramiento jurídico de la condición de la mujer, lo que se tradujo en normas que protegían su trabajo y proscibían el tráfico femenino. En 1934, la XV Reunión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones trató la petición formulada por diversos Estados de que se comprendiera en su programa el tema de la condición jurídica y social de la mujer en orden a suprimir toda diferencia en razón de sexo. Tres años después, la Sociedad de las Naciones preparó y publicó un extenso documento sobre la situación jurídica de la mujer en los distintos países. Incluso alcanzó a crearse la Comisión de Estudio de la Condición Jurídica de la Mujer, formada por siete Estados miembros, la que no alcanzó a concluir su labor por haberse desatado, en 1939, la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, la Carta de San Francisco de 26-06-1945, que creó la Organización de Naciones Unidas, contiene ya en su Preámbulo y en distintos artículos el *principio de igualdad sexual*, el cual fue recogido en el articulado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General en París el 10-12-1948, la que, tanto en su Preámbulo como en sus artículos 1º y 2º, afirma la igualdad de todos los seres humanos sin distinción de sexo, idea que remata en el artículo 16, que establece que hombres y mujeres disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante éste y luego de su disolución.

Su Asamblea General, en su cuarta sesión, de 2-10-1949, aprobó la Convención de Represión y Abolición de la Trata de Seres Humanos y la Prostitución, la que entró en vigor el 25-07-1951.

Ahora bien, uno de los organismos principales de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, se ha ocupado especialmente de promover la condición jurídica y social de la mujer. Así, en su primera sesión, celebrada en Londres desde el 23 de enero al 18 de febrero de 1946, creó la Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la que, en la sesión siguiente, celebrada en Nueva York ese mismo año, elevó su categoría y pasó a llamarse Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. En las sesiones tercera, cuarta y quinta de este Consejo se nombraron los miembros originarios de esta Comisión, se proclamó la igualdad absoluta del hombre y la mujer y se adoptaron acuerdos sobre comunicaciones relativas a la condición de ésta. En las sesiones siguientes, se trataron, entre otras materias, el acceso de las mujeres a las funciones públicas, el ejercicio por éstas de todas las profesiones y la proscripción de la prostitución. Más tarde, en 1950 y 1951, se adoptaron resoluciones sobre el acceso femenino a los estudios y a los servicios públicos.

Durante 1953, 1954 y 1955, el Consejo Económico y Social trató de la condición de la mujer en el Derecho Privado en los siguientes aspectos: regímenes matrimoniales, derecho de la mujer casada de ejercer una profesión independiente de su marido, derechos y obligaciones de ambos padres, domicilio de la mujer casada, etc.

Por su parte, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se ha ocupado desde sus inicios de la condición jurídica de ella tanto en el ámbito del Derecho Público como del Privado, dirigiendo comunicaciones a los Estados Miembros en orden a implementar en sus respectivos derechos internos mejoras en su condición, e incluso a proceder a dictar nuevos Códigos Civiles.

En cuanto al trabajo femenino, es pertinente recordar que la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), creada por el Tratado de Versalles en 1919 y conservada por Naciones Unidas, ha adoptado no sólo acuerdos, sino convenios, más tarde ratificados por sus Estados Miembros, sobre regulación y protección de la mujer trabajadora.

En el ámbito americano debe recordarse que la Organización de Estados Americanos, que reconoce sus orígenes en el Congreso de Panamá de 1826, quedó constituida en su forma actual por la Conferencia Interamericana de México de 1945. Pues bien, junto con su carta estatutaria aprobada en Bogotá en 1948, también aprobó la Carta Internacional de Garantías So-

ciales, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Estatuto Orgánico de la Comisión Interamericana de Mujeres, posteriormente modificado por el Acuerdo de Caracas de 1954.

Pues bien, la OEA tiene entre sus organismos especializados la Comisión Interamericana de Mujeres (C.I.M.), que fue creada en la Sexta Conferencia Interamericana celebrada en La Habana en 1928 y estructurada en la Conferencia de Lima de 1938. Es interesante recordar, además, algunas asambleas de la C.I.M., como aquella que aprobó la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer (Buenos Aires, 1949); otra celebrada en Santiago de Chile en 1951, en la cual se aprobó una resolución sobre Igualdad de Derechos Civiles; la celebrada en Asunción en 1953, que aprobó resoluciones sobre la Capacidad Civil de la Mujer, sobre los Derechos de la Mujer Casada y sobre Derecho de Familia.

2. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

2.1. Convenciones Generales de Derechos Humanos

El Preámbulo de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, suscrita en 1945, echa tanto las bases filosóficas cuanto enuncia sus aspiraciones programáticas, y así para lograr y mantener una paz duradera entre los pueblos, señala que es necesario garantizar la igual dignidad de la persona humana donde quiera se encuentre, más allá de consideraciones religiosas, éticas, ideológico-políticas, etc. Para explicitar estas aspiraciones, se aprobó, tres años más tarde, el 10-12-1948 en París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y para otorgarle eficacia jurídica a los derechos por ella enunciados, se redactaron dos pactos: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que fueron aprobados por la Asamblea General el año 1966 y entraron en vigencia diez años más tarde. Sin embargo, con anterioridad a estos tratados, podemos mencionar otros igualmente importantes. Así la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (1948); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953); la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos e Instituciones o Prácticas Similares a la Esclavitud (1956); la Convención Relativa a la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Todo ello sin perjuicio de las convenciones elaboradas por la UNESCO, relativas a la enseñanza (1960) y por la OIT, sobre derechos al trabajo y libertad sindical (1951, 1957 y 1958).

Ahora bien, desde la perspectiva femenina, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra la igualdad de trato y no discriminación e igual protección para el hombre y la mujer contra toda provocación discriminatoria en los diversos aspectos de la vida: político, social, religioso, racial, civil, laboral, etc; la libertad de trabajo e igualdad de salario entre unos y otras; la protección especial de la maternidad y el igual derecho de hombres y mujeres a la formación profesional.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) especifica la igualdad y proscribida toda discriminación por razón de sexo, mientras el Pacto dedicado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) consagra tanto la protección de las madres gestantes como de la maternidad en general, además de hacer explícita referencia al derecho de toda mujer al trabajo y a fundar sindicatos.

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha aprobado convenios de los cuales es pertinente destacar aquellos que consagran la igualdad de oportunidades y de trato del hombre y la mujer (prohibición de discriminación en la ocupación y empleo, igualdad de remuneración, etc.).

Por estar el presente trabajo circunscrito a la normativa vinculante de Chile, omitimos lo referente a un importante documento, cual es, la Convención Europea de Derechos Humanos, la que, de modo indirecto –a juicio nuestro–, también vincularía a Chile como consecuencia de la aprobación del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea.

Finalmente, en el ámbito interamericano se aprobó, también en 1948, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, y más tarde se recogieron y explicitaron aquellos derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), complementada posteriormente con el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Pues bien, aquella Declaración, en lo que nos interesa, consagra el derecho al trabajo de que pueden gozar hombres y mujeres en unas mismas condiciones, siempre que se verifiquen objetivamente –como la igual capacitación– que coloquen a unos y otras en igual situación. Del mismo modo dicho texto consagra la protección de la maternidad. La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, establece la obligación de los Estados no sólo de respetar los derechos y libertades en ella consagrados, sino de garantizar su ejercicio sin discriminación. Por último, en el Protocolo Adicional son destacables el derecho a la formación o capacitación profesional y el de igualdad salarial.

2.2. Convenciones explícitas sobre Derechos Humanos de la Mujer

2.2.1. Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)

Génesis y propósitos de este tratado

El 18-12-1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el texto de esta convención, llamada también “La Carta Magna de los Derechos de la Mujer”, y propuso que los Estados miembros la suscribieran. El Gobierno chileno lo hizo el 17-07-1980; con posterioridad, la Honorable Junta de Gobierno –sede del Poder Legislativo a esa fecha– lo aprobó el 17-10-1989, siendo promulgado por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N° 789, el 27-10-1989 y publicado en el Diario Oficial el 9-12-1989. A partir de esta fecha, se incorporó al ordenamiento jurídico chileno.

Este Tratado, también conocido como “Convención de la Mujer”, es el más importante en materia de derechos femeninos a nivel internacional, ya que las innovaciones jurídicas que consagra deben ser incorporadas al derecho interno de los Estados que lo ratifiquen. En general, reivindica para la mujer los mismos derechos tradicionalmente reconocidos al hombre e interpretados en sentido restrictivo al varón. Sus normas han inspirado modificaciones constitucionales y legales, como se verá más adelante, sobre todo en materia de Derecho de Familia.

Los considerandos de esta Convención hacen referencia a los derechos fundamentales del hombre, a la dignidad y valor de la persona humana, a la igualdad de derechos del hombre y la mujer y a sus libertades, sin distinción alguna, los que ya habían sido proclamados por la paradigmática Declaración Universal de Derechos Humanos e integrados todos ellos en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). También se han tomado en consideración las Convenciones Internacionales sobre estas materias concertadas bajo los auspicios de Naciones Unidas y de sus organismos especializados sin perjuicio de las resoluciones, recomendaciones y declaraciones aprobadas por aquella y/o sus organismos en orden a favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Sin embargo, dado que las mujeres han seguido siendo objeto de importantes discriminaciones –lo que atenta contra toda justicia– y “convencidos de que la máxima participación de la mujer en igualdad de condicio-

nes con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz” y “teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto” y “reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” y resueltos “a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones” se adopta el texto de esta Convención compuesta de 30 artículos.

Los principios que informan este Tratado son básicamente dos: el de igualdad absoluta de derechos y libertades fundamentales entre el hombre y la mujer, por una parte, y el de no discriminación contra la mujer, por la otra. En efecto, los dos primeros artículos precisan lo que se entiende por discriminación y cuáles son los medios generales para superarla. Los artículos 3º, 4º y 5º, en cambio, se afianzan en el principio de igualdad absoluta y enuncian las medidas generales para alcanzarla. Y para aclarar que “la no discriminación” y “la igualdad” no son sinónimos, aunque se vinculan, el artículo 1º precisa que “la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Estos términos amplios e imprecisos de lo que se entiende por acto discriminatorio han sido acotados por un Comité previsto en el artículo 17 de la misma Convención, el que en su recomendación general N° 19 textualmente expresa: “En el artículo 1º de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención independientemente de que en ellas se mencione expresamente la violencia o no”. En la misma recomendación el Comité

individualiza los sujetos que pueden discriminar e irrogar por ello responsabilidad del Estado al señalar que “de conformidad con la Convención la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o a su nombre. Por ejemplo, en virtud del inciso letra “e” del artículo 2 de la Convención, los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del Derecho Internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.

Obligaciones de los Estados Partes

La Convención está compuesta de 30 artículos cuyas materias, a grandes rasgos, son las siguientes:

Del artículo 1º al 6º se tratan disposiciones generales. Así el artículo 1º define lo que se entiende por discriminación. Los artículos 2º y 3º señalan exhaustivamente, pero de manera general, las obligaciones de los Estados Partes, como, por ejemplo: consagrar en los textos constitucionales y legales los principios de igualdad de derechos fundamentales del hombre y de mujer, y de no discriminación contra ella; aprobar normativas que prohíban la discriminación; establecer mecanismos de protección de los derechos de la mujer como, por ejemplo, recursos procesales; abstenerse de actos y prácticas discriminatorios; tomar medidas para erradicar la discriminación efectuada por personas, organizaciones o empresas; modificar o derogar normas jurídicas discriminatorias y derogar disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer. El artículo 4º obliga al Estado a tomar medidas prácticas que brinden igualdad de oportunidades y trato a la mujer, enfatizando que las medidas protectoras de la maternidad no se considerarán discriminatorias. El artículo 5º insta a los Estados Partes a adoptar medidas modificatorias de los patrones socio-culturales discriminatorios, entre ellos el educacional, en orden a apreciar que la maternidad es una función social que irroga responsabilidad compartida de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de los hijos. El artículo 6º, finalmente, exhorta a los Estados Partes a tomar todas las medidas, normativas y prácticas, en orden a suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución femenina.

Los artículos 7º, 8º y 9º se refieren a las obligaciones de los Estados en materia de derechos políticos de las mujeres, cuales son: elegir y ser elegi-

das, participar en la formulación de políticas públicas y ocupar cargos y desempeñar funciones públicas, participar en organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política de un país, participar en organismos internacionales, otorgar los mismos derechos que el hombre en la adquisición y cambio de nacionalidad, particularmente en el caso de contraer matrimonio con un extranjero.

Los artículos 10 a 14 hacen referencia a derechos de índole económico-social, tales como los de educación, capacitación profesional, derecho al trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud y la maternidad, a la planificación familiar, etc.

Los artículos 15 y 16 se refieren a derechos civiles y de familia, tales como los de plena capacidad jurídica de la mujer para celebrar actos y contratos y para administrar sus bienes, y el de igualdad con el hombre en materia matrimonial en sus aspectos contractuales y familiares.

Los artículos 17 a 22 regulan la organización y funciones de un "Comité Sobre Eliminación de Discriminación Contra la Mujer".

Finalmente los artículos 23 a 30 contienen recomendaciones varias, entre ellas, las concernientes a la vigencia de la Convención, a su interpretación y a la solución de controversias interpretativas.

Cumplimiento de tales obligaciones por Chile

Chile ha procedido a introducir modificaciones constitucionales y legales para adecuarse a la Convención. En efecto, la Ley N° 19.611, de 16-06-1999, modificó el artículo 1° de la Constitución, reemplazando el término "*hombres*" por "*personas*". De esta manera, el artículo hoy reza así "Las personas nacen libres en dignidad y derechos".

Por otra parte, en el primer inciso del artículo 19, N° 2, agregó: "Hombres y mujeres son iguales ante la ley". De este modo, el artículo 19, N° 2, quedó redactado así: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado, en Chile no hay esclavos, el que pisa su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Lo anterior tiene relevancia jurídica, puesto que al estar consagrados en la Constitución Política y no tener asignado un recurso especial, dicha igualdad de tratamiento puede ser objeto del "recurso de protección" (artículo

20). Además, y dado su rango, si tal igualdad es vulnerada por una ley, cabe recurrir al Tribunal Constitucional mientras ella se encuentra en trámite legislativo y a la Corte Suprema de Justicia a través del "recurso de inaplicabilidad", si la ley ya ha entrado en vigencia y se pretende aplicar en un juicio determinado (artículo 80).

En materia civil, la mayoría de edad se alcanza por hombres y mujeres a los 18 años. El mismo Código Civil, por otra parte, fue modificado por la Ley N° 18.802, de 1989, que estableció que la mujer casada, aun en régimen de sociedad conyugal, es plenamente capaz, sustituyendo así su antigua "incapacidad relativa". Con todo, se conservan restricciones importantes que vulneran la Convención, entre ellas la del artículo 1749, que dispone que tanto los bienes sociales como los propios de la mujer los administra el marido. En consecuencia, aquélla sólo puede administrar sus bienes reservados en conformidad al artículo 150 del Código Civil.

La misma Ley N° 18.802 derogó otras disposiciones discriminatorias para la mujer en lo relativo a derechos y deberes conyugales contenidas en el Código Civil.

Por otra parte, la Ley de Filiación, N° 19.585, de 26-10-1998, consagra, entre otros, el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus progenitores, investigando tanto la paternidad cuanto la maternidad. Esta misma ley dispone que, en caso de suspenderse la patria potestad por las causales allí previstas, la ejercerá la madre, respecto de quien también se suspenderá por las mismas causales (artículo 262). Además, establece que la tenencia y tuición de los hijos menores corresponde a la madre, aunque los cónyuges estén separados.

Esta ley, con todo, es, a nuestro juicio, discriminatoria, puesto que no establece que las responsabilidades familiares sean compartidas. Por otra parte, no habiendo reconocimiento jurídico de las "uniones de hecho", se generan situaciones de desprotección de la mujer y de asimetría frente al hombre.

En suma, pese a las modificaciones introducidas en materia de Derecho de Familia, se vulnera la Convención tanto en lo referente a la capacidad de la mujer cuanto en lo relativo a la patria potestad.

En materia de derechos políticos, según las normas constitucionales y legales vigentes, la mujer está en igualdad de condiciones que el hombre.

En lo relativo a la violencia intrafamiliar, en 1994 se aprobó la ley que la sanciona; dos años más tarde, en 1996, Chile ratificó la Convención de Belem do Pará, la que se publicó en el Diario Oficial en 1998.

En cuanto a los llamados delitos sexuales –violación, estupro y abusos deshonestos–, dado que en Chile se los tipificó protegiendo la honra de la mujer, es claro que ellos no podrían estimarse cometidos si la víctima fuera una mujer deshonesto. Por esto, se ha pensado que habría discriminación. De cualquier forma las modificaciones introducidas por la Ley 19.617, de 1999, ya no dan pábulo a tal imputación.

En materia laboral, por otra parte, los principios de igualdad y de no discriminación son, en general, respetados. No hay ninguna norma discriminatoria en razón de sexo y hay una normativa protectora de la maternidad. Pero es un hecho claramente observable que, en la práctica socio-cultural, se producen discriminaciones tales como menor remuneración a la mujer que al hombre por igual trabajo y por ende menores montos de jubilación de ésta, mayor precariedad presenta el empleo de la mujer que el del varón, menores oportunidades de capacitación laboral tiene ella que el varón, etc.

En cuanto a educación, no se perciben normas discriminatorias.

Por otra parte, Chile creó en 1991 el Servicio Nacional de la Mujer –SERNAM– con rango de Ministerio. Su ley orgánica, en su artículo 2º, señala que a dicho Servicio corresponderá “evaluar el cumplimiento de las políticas, planes y programas aprobados, a fin de garantizar el cumplimiento de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por el Gobierno de Chile”.

Cabe finalmente consignar que no hemos podido pesquisar caso alguno en que se invoque la referida Convención ante nuestros tribunales, mientras sí se han invocado los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Derechos Humanos de la Mujer protegidos por este Tratado

A nuestro juicio, la Convención distingue los principales ámbitos donde se aprecia discriminación entre hombre y mujer, cuales son: el constitucional y legal, el político o de participación ciudadana, el familiar, el educacional y el laboral. El primero significa que, desde la misma Constitución Política, pasando por la ley y demás cuerpos normativos, se ha de eliminar toda forma de discriminación. El segundo aspecto mira la participación de la

mujer en la vida política y pública de un país (elegir y ser elegida, desempeñar cargos y funciones públicas, participar en organismos nacionales e internacionales). El tercer aspecto mira la igualdad de la mujer y el hombre en la organización familiar, manteniendo aquélla su propia individualidad como, por ejemplo, no cambiar de nacionalidad sólo por el hecho de que su marido tenga otra distinta. En materia de educación se ha de brindar igual posibilidad a ella que al varón, mientras en lo laboral se permitirá su desempeño en las ocupaciones u oficios iguales que el varón y con su mismo régimen salarial, previsional, etc.

La Convención innova respecto de otras convenciones, ya que se inmiscuye en el ámbito de la vida familiar y privada de las personas. Lo hace con el fin de proteger a la mujer, por ejemplo, de la violencia intrafamiliar. Esta Convención ha querido, así, superar la distinción ya clásica entre lo público y lo privado, que relegaba a la mujer a esta última esfera mientras asignaba al hombre a la primera.

El Protocolo Facultativo de esta Convención

El 10-12-1999, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 54^º período de sesiones, aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión, el Protocolo Facultativo de esta Convención.

En la práctica del Derecho Internacional Público, se ha ido adoptando el mecanismo llamado Protocolo Facultativo, el que no es sino un instrumento anexo al Tratado que le introduce a éste modificaciones que se juzgan indispensables para su fiel cumplimiento. Su validez jurídica internacional y nacional exige los mismos trámites que un tratado.

En el presente caso, luego de constatar que los mecanismos internacionales existentes para implementar esta Convención eran insuficientes, el Protocolo Facultativo ha establecido un nuevo sistema, cual es el de *comunicaciones* presentadas al "Comité para la eliminación de discriminación contra la mujer", por alguna persona o grupo de personas que alegue ser víctima de una violación al Tratado por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra.

El Protocolo Facultativo, en sus 21 artículos, organiza, regula y resuelve este nuevo mecanismo en orden a la eficacia del Tratado.

Chile, a pesar de haberlo suscrito, no lo ha ratificado aún. Está pendiente su tramitación legislativa; ha sido aprobado por la Cámara de Diputados y está en estudio en el Senado de la República.

2.2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Génesis y Propósitos de este Tratado

El 9-6-1994, en Belém do Pará (Brasil), durante el 24^º Período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también denominada “Convención de Belem do Pará”, la que fue promulgada por el Gobierno chileno mediante Decreto Supremo N° 1.640, de 23-09-1998, y publicada en el Diario Oficial, el 11-11-1998.

Los considerandos de esta Convención hacen referencia al respeto irrestricto de los derechos humanos consagrados tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en otros textos internacionales, y convencidos de que la violencia contra la mujer constituye una gran violación de ellos y una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, la que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” y en el convencimiento de que erradicar esta violencia “es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”, los Estados Americanos han acordado proponer a los miembros de la OEA la presente Convención.

El principio que informa este texto es básicamente el de respeto a la integridad física, psicológica y sexual de la mujer.

Y para aclarar el sentido de este principio, el artículo 1º de la Convención señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”.

Ahora bien, para precisar qué conductas se entenderán incluidas en la violencia física, sexual o psicológica, el artículo 2º señala tres hipótesis, a saber:

- que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Se comprende, entre otros, actos de violación, maltrato y abuso sexual.
- que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y se comprende, entre otros, actos de violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lu-

gar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

- que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Derechos Humanos de la Mujer protegidos por el Tratado

Los artículos 3º a 6º señalan los derechos protegidos. El marco de protección lo da el artículo 3º cuando indica que “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. El concepto “vida libre de violencia” es precisado por el artículo 6º cuando, de modo meramente ilustrativo, señala que él incluye, entre otros:

- el derecho de la mujer de ser libre de toda discriminación, y
- el derecho de la mujer de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El artículo 4º, finalmente, prescribe que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”, y enuncia de manera ilustrativa o ejemplar algunos de tales derechos de índole civil, política, económica, social y cultural.

Obligaciones para los Estados Partes

El artículo 7º señala que los Estados Partes deben condenar toda forma de discriminación contra la mujer, y sus artículos 8º y 9º disponen que deben, además, adoptar en forma progresiva medidas específicas para adecuar sus respectivos patrones socio-culturales al espíritu del Tratado.

Mecanismos de Protección de los Derechos

Los artículos 10 a 12 señalan los medios a través de los cuales los Estados Partes informarán periódicamente a la Comisión Interamericana de Mujeres, de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, así como sobre las dificultades observadas en su aplicación y los factores que contribuyen a exacerbar dicha violencia.

Por otra parte, el artículo 11 dispone que tanto los Estados como la Comisión ya señalada podrán requerir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su opinión consultiva sobre la interpretación de este Tratado.

3. CONCLUSIONES

Luego de haber revisado que tanto los tratados internacionales sobre Derechos Humanos como los que explicitan y protegen los derechos de la mujer han sido incorporados a la legislación interna, cabría esperar que ellos fuesen judicialmente invocados y reconocidos. Sin embargo, no ha ocurrido así. En efecto, no hemos encontrado sentencia alguna que se funde en ellos. Pensamos que esto se debe a que los referidos tratados tienen carácter, a nuestro juicio, de programáticos. Tan es así que exhortan a los Estados signatarios a acomodar su legislación interna a sus normativas. Chile así lo ha hecho: ha modificado la propia Constitución, el Código Civil, el Código Penal, la legislación laboral, entre otras.

Abona esta percepción nuestra legislación sobre violencia intrafamiliar, consagrada por la Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, sólo dos meses después de acordado el Tratado de Belém do Pará que previene, erradica y sanciona la violencia contra la mujer, y que fue publicado en el Diario Oficial cuatro años más tarde, el 11 de noviembre de 1998.

Por otra parte, cabe tener presente que en Chile en materia de relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional no sólo hay opiniones discrepantes, sino también opiniones infundadas. En efecto, un alto magistrado ha sostenido en una declaración a la prensa que los jueces no deben aplicar la letra de la ley, sino los principios de legalidad y de reserva constitucional en materia de derechos esenciales de la persona humana. A su juicio, cualquiera sea la ley que se dicte (aludía a la consabida ley de amnistía) sólo será vinculante para el juez si respeta los derechos esenciales que la Constitución Política resguarda y que el Derecho Internacional, aun el no escrito, exige como referente básico de la convivencia civilizada. Se alude así a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política, que textualmente señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución; así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta disposición fue incorporada por la ley de Reforma Constitucional 18.825, de 17-08-1989.

Pues bien, la gran interrogante que abre la disposición citada consiste en determinar el alcance de la expresión "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Desde luego la propia Constitución Política se refiere a ellos, junto a muchos otros, en el artículo 19, y en el capítulo III

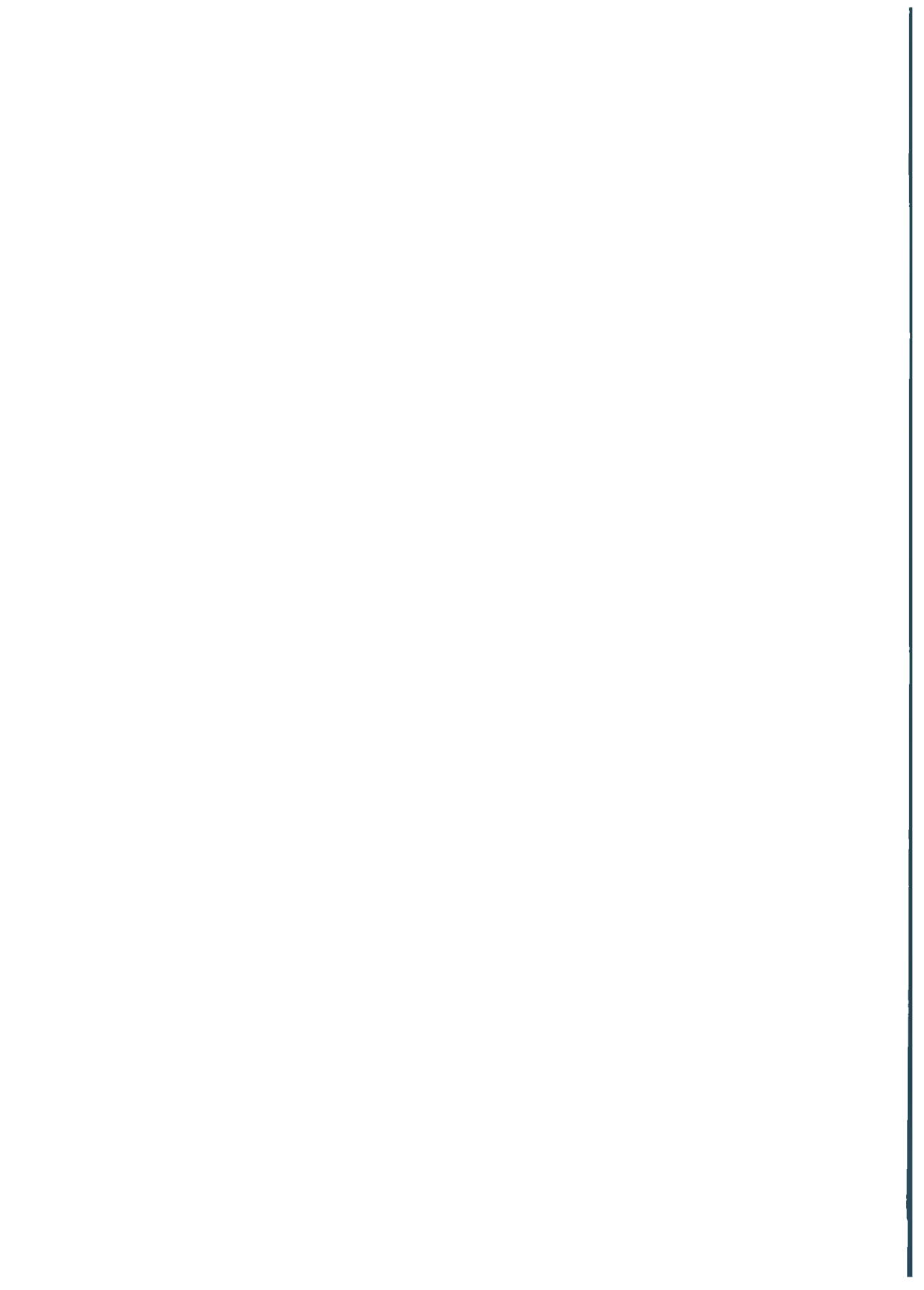
dedicado a la nacionalidad, pero no indica cuáles son esenciales y cuáles no lo son, si bien se puede estimar que hay un orden de prelación en su enunciado.

La respuesta, a nuestro juicio, está en la parte final del inciso 2º, que se remite a “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre esos tratados hay dos que son paradigmáticos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y vigente en Chile desde 1989, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos tienen una disposición común contenida en el artículo 4º del primero y en el 27 del segundo, en donde enumeran los derechos que nunca pueden suspenderse, ni aun en los “estados de excepción”. A nuestro juicio tienen, en consecuencia, carácter de “derechos esenciales” aquellos que **no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia**, entre ellos: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el de inviolabilidad de la condición de persona humana, el derecho a la irretroactividad de la ley penal, el de libertad de pensamiento y de religión, el derecho al debido proceso, el de igualdad ante la ley, etc.

¿Cómo debe, entonces, el juez interpretar y aplicar la ley? A nuestro juicio ha de aplicar la Constitución Política, en primer lugar. Si hay colisión entre la ley común y alguno de los derechos esenciales contemplados en uno u otro de estos Tratados, el juez debe aplicar ese derecho esencial al caso. Así, por ejemplo, entre la ley que hace responsable al alcalde de las deudas previsionales originadas por sus antecesores y que permiten reducirlo a prisión por ellas, el juez debe aplicar lo previsto en el art.11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que “prohíbe la prisión por deudas”. Sin embargo, en Chile los abogados defensores de los alcaldes no han sabido invocar estos tratados y han acudido a soluciones políticas de compromiso.

¿Se puede afirmar, entonces, que “los derechos esenciales” son principios de Derecho Internacional de inspiración iusnaturalista? Sí. ¿Interpretables subjetivamente? No, porque están señalados expresamente en dichos Tratados. De la misma manera cabe concluir que lo están los derechos de la mujer consagrados en sus tratados específicos en la medida que se entienden comprendidos en los de libertad personal –y prohibición de toda forma de esclavitud y servidumbre–, de igualdad ante la ley, de inviolabilidad de la condición de persona humana, etc., es decir, en la medida que constituyen derechos que jamás pueden suspenderse.

En estos casos parece cumplirse la autorizada opinión del maestro Alvaro D’ors: mientras el derecho no es reconocido judicialmente, es letra muerta.

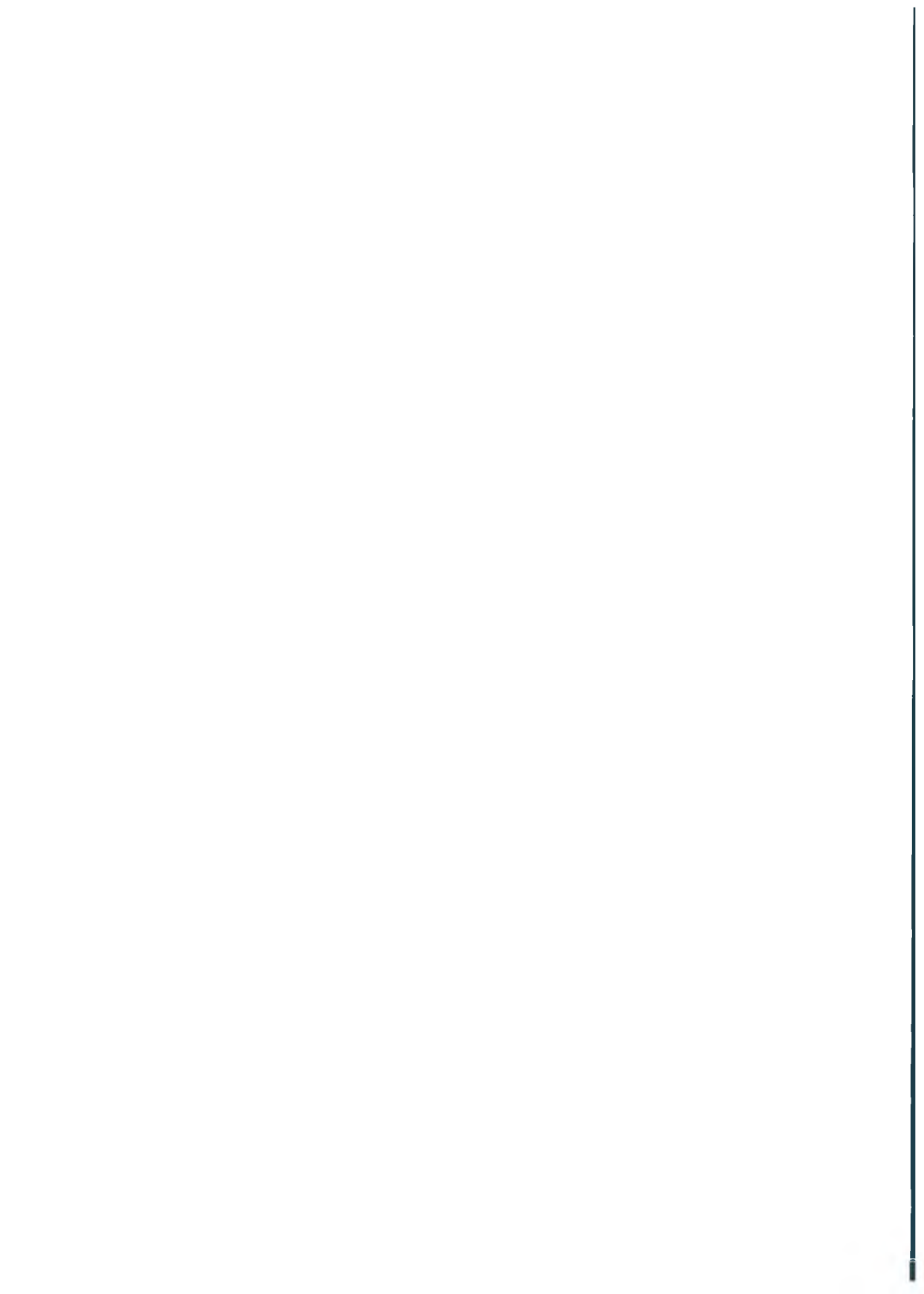




Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos

**Excma. Corte Suprema de Justicia,
dictada 29 de septiembre de 2004.
Rol de ingreso N° 3936-2002**

COMENTARIO:

Jaime García Escobar

Abogado del Consejo de Defensa del Estado

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El objetivo del presente artículo es analizar una extensa sentencia dictada por Excma. Corte Suprema, en los autos caratulados "**CIA. PESQUERA SAN PEDRO con SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS**", ingreso Excma. Corte N° 3936-2002, dictada con fecha 29 de septiembre de 2004.

Justifica el análisis en comento el hecho que a través del fallo el Tribunal de Casación va resolviendo una a una las alegaciones del recurso, refiriéndose a interesantes tópicos de naturaleza tributaria.

De los considerandos 41º a 55º del fallo en estudio, se reafirma una doctrina, que en materia tributaria resulta ser muy prolífica, consistente en que al tribunal de casación los hechos le vienen dados, no pudiendo éste modificarlos, a menos que se acredite una violación a las normas reguladoras de la prueba.

En efecto, la recurrente alegaba que el Servicio de Impuestos Internos había determinado omisiones de compras de harina de pescado, sin haberse justificado el origen de los fondos invertidos en esas compras, presumiéndose que se hicieron con ingresos provenientes de utilidades afectas a los impuestos de Primera Categoría, art. 20 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta, por aplicación de lo dispuesto en el art. 70 del citado

cuerpo legal. De esta forma, la recurrente estimaba como infringidos los artículos 76 del D.L. N° 825, sobre Impuesto al Valor Agregado, y 19 del Código Civil.

Al respecto, el considerando 41º señala que el primer error que se ha denunciado dice relación con los artículos 76 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado y 19 del Código Civil, relacionados con la omisión de compras de harina de pescado, al 31 de diciembre de 1990, por 453.462 toneladas. Se señala que tanto el ajuste de producción según pesaje a que hace mención la recurrente de 302 toneladas, como la merma de 103 toneladas por pérdida de humedad del producto y pérdida de sacos que se rompen entre los traslados, no justifica la omisión, ya que la diferencia determinada está relacionada con una mayor cantidad de harina de pescado en existencia, que en nada se afecta con la pérdida de peso por humedad o con la cantidad que se dio de baja por rotura de sacos, agregándose a ello que éstas, por el contrario, aumentarían la diferencia determinada y además los productos dados de baja incidieron en su oportunidad en el recuento físico realizado al 31.12.90.

El considerando 43º establece que puede advertirse así que el asunto planteado mediante el capítulo inicial de casación se sitúa en el terreno de los hechos, y éstos deben ser determinados por los jueces del fondo, porque tal facultad se encuentra radicada en forma soberana en dichos magistrados. En tal sentido, dejaron sentado como hecho inamovible la mayor existencia de harina de pescado, de manera que ésta es la realidad fáctica sobre la cual se debe discurrir para apreciar la legalidad de la aplicación del derecho que se hizo respecto de ella.

A mayor abundamiento, el considerando 49º del fallo en estudio dispone que debe destacarse que el problema en cuestión se ha planteado en el marco de las probanzas, desde que, como se dijo, los jueces del fondo estimaron que la mayor existencia de harina de pescado constatada correspondía a un rubro respecto del cual el origen de los fondos utilizados en su adquisición no fue establecido en el proceso, y por ello procede la aplicación de la presunción contenida en el artículo 70, de donde deriva la aplicación de los tributos cursados y reclamados.

Reiterando esta idea, el considerando 51º del fallo en estudio define lo que debe entenderse como normas reguladoras de la prueba, señalando que éstas son aquellas impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento. Ahora bien, el considerando 52º establece que "...los reproches que se

han formulado sólo se relacionan con la forma como los jueces del fondo analizaron las probanzas rendidas en el proceso para establecer los hechos, llegar a las conclusiones que expresaron y, a partir de ello, resolvieron lo que estimaron pertinente. Ello significa que en la especie se trata tan sólo de un problema de apreciación, ponderación o valoración de las evidencias acumuladas, labor que corresponde realizar a los magistrados aludidos, según se desprende de diversas normas de orden procesal, tales como el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, por ejemplo, y ese juicio esta Corte no puede variar, a menos que se haya denunciado la vulneración de disposiciones que en sí mismas determinan un valor probatorio fijo o determinado de su mérito, lo que no ha sucedido, porque las que se hicieron valer se refieren o a la carga de la prueba, o establecen la ponderación judicial de las probanzas, como lo son las disposiciones que tratan de la prueba documental, típicamente de apreciación judicial”.

El considerando 63º retoma la idea de que el Tribunal de Casación no puede modificar los hechos, a menos que ellos hayan sido establecidos con violación a las normas reguladoras de la prueba. El recurso impugnaba el rechazo de la utilización del crédito fiscal emanado de una serie de servicios prestados a la contribuyente por la Inmobiliaria Antonio Varas. De esta forma, se entendían infringidos los artículos 26 del Código Tributario, 23 N° 1 del D.L. N° 825, y 19 del Código Civil. Al efecto, el citado considerando establece: “Que, además, corresponde reconocer que el asunto relativo al rechazo al crédito fiscal que se habría originado en servicios prestados por la Inmobiliaria ya individualizada, también constituye una situación fáctica, que como tal, corresponde establecer a los jueces del fondo sobre la base de las pruebas que entregue el proceso y el análisis y ponderación que de las mismas lleven a efecto los jueces de la instancia, sin que ello sea materia propia de un recurso de nulidad de fondo... Por otra parte, siendo cuestión de hecho o fáctica, tal como se precisó anteriormente, para que este Tribunal de Casación pudiese variar lo decidido y alcanzar hechos y resoluciones diversas de las que se impugnan, habría sido necesaria la denuncia y prueba de vulneración de normas reguladoras del valor de las evidencias, de aquellas que establecen parámetros legales fijos de apreciación de su mérito, lo que no se hizo por la recurrente, constituyendo dicha circunstancia en consecuencia un obstáculo insalvable para la revisión de este asunto”.

El considerando 65º del fallo reitera la idea de que el Tribunal de Casación no puede variar los hechos establecidos por los jueces del fondo. En efecto, la sentencia se refiere a un conjunto de regalías que la empresa otorgaba a sus trabajadores, tales como: traslado del personal a un paseo, com-

pras de vestuario y calzado, bolsos y buzos deportivos, casacas y otros artículos deportivos, además de bebidas y pisco entregado a los trabajadores, mismas respecto de las cuales, a su juicio, procedía la utilización del crédito fiscal en el impuesto al valor agregado. De esta forma, la recurrente daba como infringidos los números 1 y 2 del art. 23 del D.L. N° 825. Al respecto, el citado considerando señala: "Este tribunal ha sido igualmente reiterativo, conociendo de diversos recursos en que se ha planteado la misma cuestión, que la calificación de este tipo de gastos como relacionados con el giro o actividad del contribuyente, constituye igualmente una cuestión de hecho y, por lo tanto, de competencia exclusiva de los jueces del fondo, sin que la Corte de casación pueda involucrarse en dicha determinación, a menos que para llegar a establecerlos se hubieren transgredido normas reguladoras del valor de los medios de convicción de la naturaleza ya indicada, lo que en la especie no ha ocurrido, como también se precisó, puesto que tal como se explicó precedentemente, las que se han dado por vulneradas constituyen normas que establecen la ponderación judicial de las probanzas, o se refieren a la carga de la prueba, cuestión esta última que no está en discusión".¹

Un segundo tema al que se refiere la sentencia en estudio es la problemática de la aplicación a la cuestión tributaria de lo establecido en el art. 1698 del Código Civil, norma que dispone que quien alega la existencia o extinción de la obligación, debe probarla. Vale decir, el legislador establece la carga de la prueba en materia de obligaciones civiles. En primer lugar, el fallo en estudio expresa que la norma en cuestión no resulta ser reguladora de la prueba, en los términos antes definidos por la Excm. Corte, esto es, imponiendo limitaciones ineludibles a los falladores, que importen verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial. En segundo lugar, la sentencia en estudio, determina el citado art. 1698, no tiene aplicación en el Derecho Tributario, toda vez que en éste existe una norma especial relativa a la carga de la prueba, contenida en el art. 21 del Código Tributario, que dispone: "Corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca,

¹ En el mismo sentido, en cuanto a que el Tribunal de Casación no puede alterar los hechos, a menos que se hayan establecido con infracción a las leyes reguladoras de la prueba, se pueden citar muchas sentencias, por vía de ejemplo, tenemos las siguientes:

a) Rodrigo Osses Rekas con Servicio de Impuestos Internos, Recurso de Casación en el Fondo, Ingreso Excm. Corte N° 3650-02, sentencia de 04 de mayo de 2004, Depto. Estudios Consejo de Defensa del Estado

b) Gabriela De Castro Espinoza con Servicio de Impuestos Internos, Recursos de Casación en la Forma y en el Fondo, Ingreso Excm. Corte N° 3747-00, sentencia de 20 de mayo de 2003, Depto Estudios Consejo de Defensa del Estado

c) Inmobiliaria Santa Cruz Soto S.A. con Fisco de Chile, Recurso de Casación en el Fondo, Ingreso Excm. Corte N° 965-2003, sentencia de 28 de abril de 2004, Depto. Estudios Consejo de Defensa del Estado.

en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto”.

En relación a esta disposición, resulta menester recordar que su inciso segundo dispone una suerte de norma de garantía para los contribuyentes, estableciendo que: “El Servicio no podrá prescindir de las declaraciones y antecedentes presentados o producidos por el contribuyente y liquidar otro impuesto que el que de ellos resulte, a menos que esas declaraciones, documentos, libros o antecedentes no sean fidedignos. En tal caso, el Servicio, previos los trámites establecidos en los artículos 63 y 64, practicará las liquidaciones o reliquidaciones que procedan, tasando la base imponible con los antecedentes que obren en su poder. Para obtener que se anule o modifique la liquidación o reliquidación, el contribuyente deberá desvirtuar con pruebas suficientes las impugnaciones del Servicio, en conformidad a las normas pertinentes del Libro Tercero”.

La referida norma de garantía consiste en que el Servicio de Impuestos Internos debe estarse a la documentación del contribuyente, a menos que ésta no sea fidedigna. La pregunta es ¿debe el ente fiscalizador realizar una declaración expresa al respecto? ¿El Servicio se encuentra en la necesidad de dictar una resolución que declare que la contabilidad del contribuyente no es fidedigna? La respuesta es no. No existe en el Código Tributario algún artículo que le ordene al Servicio realizar tal declaración. Lo anterior se desprende de la sentencia en estudio, cuando el considerando 57º establece que la circunstancia de que el Servicio no emita un pronunciamiento expreso sobre la falta de fe de un documento o antecedente probatorio, al no declararlo como no fidedigno, no tiene más trascendencia que la de permitir a los jueces su ponderación y apreciación comparativa con otras probanzas que pudiere proporcionar el proceso para, en definitiva, extraer las conclusiones que los sentenciadores a cargo del fondo puedan alcanzar. Por lo tanto, es evidente que no están en la obligación de formular las mismas conclusiones que el reclamante quiera imponerles, ya que en este punto éste únicamente puede plantear su parecer frente al problema que le aqueja, mediante las argumentaciones que estime pertinentes a su posición, las que deberá proponer en las diversas oportunidades procesales que para ello consagra el procedimiento de reclamo tributario.

Ahora bien, si bien es cierto que el Servicio de Impuestos Internos no requiere dictar una resolución que declare como no fidedigna la contabilidad del contribuyente, no es menos cierto que en la liquidación que se emita, el ente fiscalizador está en la obligación de explicarle a éste las

motivaciones que fundan el cobro de tales diferencias, a fin que éste pueda ejercer los derechos que la ley le otorga, fundamentalmente interponer el correspondiente reclamo tributario.

Un tercer tema al que se refiere la sentencia es a una práctica bastante arraigada en la defensa que se realiza en las reclamaciones tributarias, que consiste en acompañar al proceso determinados informes, a fin que se les otorgue el carácter de prueba de peritos. El considerando 55º establece que el artículo 1702 del Código Civil carece de aplicación en la forma que lo pretendía el recurso. "Ello, porque se busca asignar el carácter de instrumento privado a un informe, que no viene a ser sino una suerte de pericia presentada al margen de la normativa que rige dicha clase de prueba, pero que no por el hecho de haberse acompañado en determinada forma, o no haber sido objetado o cuestionado, pueda llegar a tener el valor de escritura pública y hacer plena prueba en cuanto a lo que se sostiene en él, ya que una pretensión semejante no tiene asidero jurídico". Estima la Excma. Corte que se trata de un documento emanado de un tercero ajeno al procedimiento, que contiene opiniones propias de un informe pericial.²

Ahora bien, la imposibilidad de impugnar u objetar el instrumento en cuestión radica en la estructura del procedimiento judicial tributario. Efectivamente, como lo señala el considerando 56º del fallo en análisis, no existe pluralidad de partes, que pudieran efectuar el reconocimiento inherente a un instrumento privado, puesto que no interviene sino el reclamante y, eventualmente, el Fisco de Chile. Pero, igualmente, la reclamación se tramita en un procedimiento cuyas características jurídicas la hacen más cercana a una indagación o sumario criminal que a un verdadero juicio, en que no existe controversia entre litigantes, porque el tribunal de primer grado se limita a recibir el reclamo presentado por el contribuyente y las pruebas que éste ofrezca, sin que pueda darse en plenitud la noción de parte, más propia de un litigio convencional contradictorio que de una investigación. En resumen, el hecho que este instrumento no haya sido objetado no le otorga el valor probatorio de escritura pública, y ello porque en el procedimiento tributario no existen "partes", especialmente una parte que represente al Fisco, quien debiera impugnar el instrumento en cuestión.

² En el sentido de que en el procedimiento tributario no existen partes, pueden citarse los siguientes fallos:

a) Julia Misleh Maluje con Servicio de Impuestos Internos, Recurso de Apelación, Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso Iltma. Corte N° 2.598-1997, sentencia de 10 de noviembre de 2000, Departamento de Estudios Consejo de Defensa del Estado

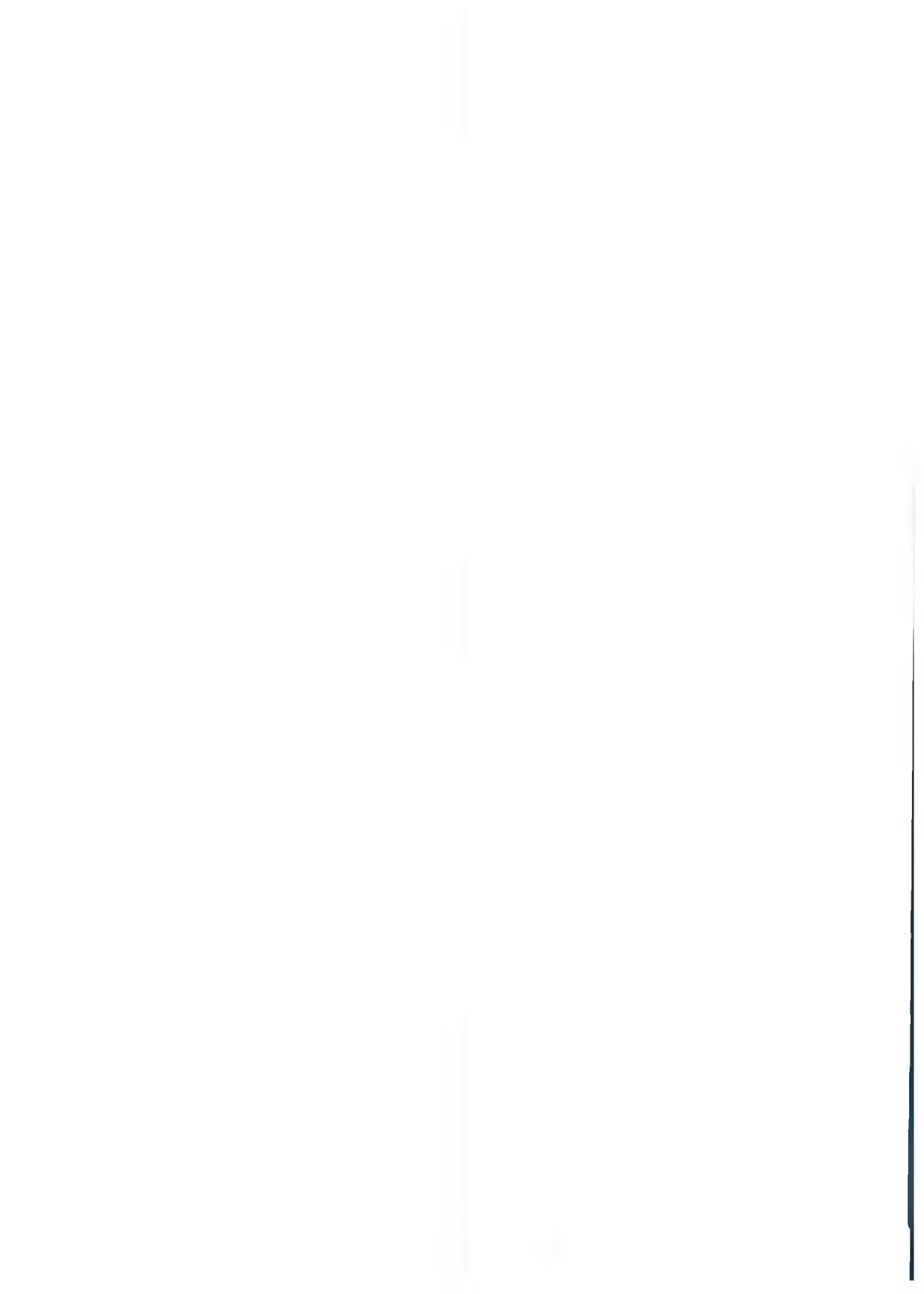
b) José Eberos Mondaca con Servicio de Impuestos Internos, Recurso de Casación en el Fondo, Ingreso Excma. Corte N° 2191-2000, sentencia de 14 de diciembre de 2000, Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado.

El considerando 78º repite el aserto en cuanto a estimar un informe técnico como un documento, pretendiendo que se le asigne valor de plena prueba, en circunstancias que éste viene a constituir una suerte de pericia, pero extendida al margen del proceso y resulta procesalmente incorrecto invocarla como documento, prescindiendo de su verdadera naturaleza jurídica de ser un documento emanado de un tercero ajeno al pleito, que no puede probar nada.

Un cuarto tema al que hace referencia el fallo en estudio se verifica en el considerando 64º de la sentencia en análisis, el que se refiere a una cuestión de gran trascendencia en el tema tributario, que se relaciona con lo dispuesto en el art. 26 del Código Tributario. Esta norma señala que: "No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular".

Trátase ésta de una norma de garantía que se otorga al contribuyente, toda vez que si éste se ha asilado en una interpretación del Servicio de Impuestos Internos, no puede el ente fiscalizador cobrar impuestos retroactivamente, a menos que el criterio de interpretación sea modificado, según lo establece el inciso 2º del citado artículo.

Pues bien, la sentencia en comentario dispone que la buena fe del contribuyente (para beneficiarse con la aplicación del art. 26 del Código Tributario) no puede darse por establecida ni presumirse, sino que debe ser materia de prueba, debiendo ser sopesada y aquilatada por los magistrados a cargo del fondo. De seguro, la justificación de los dichos de la sentencia radica en que se le está otorgando un beneficio al contribuyente, de forma tal que, para hacer uso de él, será éste quien pruebe la existencia de su buena fe.



Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra

**“De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic”
Excma. Corte Suprema de Justicia,
dictada 29 de septiembre de 2004.**

Recurso: 4029/2003

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Directora de Carrera Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil cuatro.

Vistos: En autos rol N° 7.455-00 del Cuarto Juzgado del Trabajo de Santiago, don Rudy de Miguel Alarcón deduce demanda en contra de Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada, representada por don Pauli Koskinen, y de la Corporación del Cobre de Chile, División Radomiro Tomic, representada por don Luis Farías Lasarte, en calidad de **responsable subsidiaria**, a fin que se condene a las demandadas al pago de las prestaciones que indica, más reajustes, intereses y costas.

La **demandada principal**, al evacuar el traslado, solicitó el rechazo de la acción deducida en su contra, con costas, señalando que el despido se ajustó a la causal contemplada en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo.

La **demandada subsidiaria**, en su contestación, también solicita el rechazo de la demanda, argumentando que entre su parte y la demandada principal se celebró un contrato de venta de una planta de extracción

por solventes, instalada y funcionando, y que mientras ella no sea entregada, es decir, no se produzca la tradición, no ostenta la calidad de dueña de la obra.

Además, manifiesta que el actor debió demandar a la contratista Outokumpu Engineering Contractors como responsable subsidiaria, pues la relación entre su parte y la demandada principal fue de subcontratista. Por último, señala que en caso de establecerse su responsabilidad subsidiaria, **ciertas prestaciones deben excluirse de esa responsabilidad.**

El tribunal de primera instancia, en sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil uno, escrita a fojas 244, acogió la demanda y condenó a la demandada subsidiaria a pagar **indemnización correspondiente a las remuneraciones por el período que restaba para cumplir el contrato y compensación de feriado proporcional, días de descanso y bono de remuneración anual**, declarando a Codelco Chile, División Radomiro Tomic, como **responsable subsidiaria de las obligaciones contraídas por la demandada principal con el actor, por el período que se mantuvo vigente la relación laboral.** Todo más reajustes e intereses, sin costas.

Se alzaron todas las partes y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de doce de agosto de dos mil tres, que se lee a fojas 348, **confirma el de primer grado**, con la declaración que se señala.

En contra de esta última sentencia, la demandada subsidiaria recurre de casación en el fondo y la demandada principal deduce nulidad en la forma y en el fondo, a fin que se la invalide y se dicte una de reemplazo, por medio de la cual se decida lo que describe, con costas.

Se trajeron estos autos en relación para conocer de todos los recursos.

Considerando:

Primero: Que la demandada principal denuncia la comisión del vicio formal consistente en la falta de análisis de toda la prueba rendida en los autos, esto es, la causal del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 458 N° 4 del Código del Trabajo, a cuyo respecto argumenta que la sentencia omite por completo considerar el documento Acta de Recepción Definitiva, acompañado por su parte al momento de apelar y que así se tuvo como medida para mejor resolver en segunda instancia, según resolución de 7 de octubre de 2002, de fojas 334, documento que no fue objetado por la contraria y que habría

permitido resolver de manera inversa a la que se hizo. Agrega que el documento deja en evidencia que el hecho que el contrato del demandante pudiera tener una duración de 36 meses es imposible, ya que dicho convenio dependía de la duración del contrato EPC, el que, a su vez, tenía una vigencia total de 376 días, hasta el 10 de diciembre de 2000 y conforme al documento omitido, al día 9 de julio de 2001 se había ya producido la entrega definitiva de la obra, sin perjuicio que los trabajos de Outokumpu habían concluido meses antes, en diciembre de 2000 y las obras civiles para las que fue contratado el demandante, el 5 de octubre de 2000. Finaliza indicando la influencia que, en lo dispositivo del fallo, tendría el vicio denunciado.

Segundo: Que de la lectura del fallo impugnado, aparece con meridiana claridad que el tribunal **no analizó ni ponderó el documento señalado por el recurrente**, el que, efectivamente, se tuvo por acompañado como medida para mejor resolver.

Tercero: Que en el contexto precedentemente reseñado, resulta que los jueces del **fondo no evaluaron toda la prueba rendida en el proceso**, desprendiéndose del instrumento omitido, inequívocamente, que las actividades correspondientes a la instalación de la planta que se había contratado entre las demandadas principal y subsidiaria, incluyendo su puesta en marcha y las pruebas de desempeño habían sido ejecutadas y terminadas completamente, a lo menos al día 9 de julio de 2001, fecha del certificado pertinente, dándose por cumplido el contrato DRT-CO-0159/99 cabalmente y a entera satisfacción de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Radomiro Tomic.

Cuarto: Que resulta evidente, entonces, que el fallo de que se trata adolece del vicio detallado en el motivo tercero que precede, es decir, no analizó toda la prueba rendida por las partes, vicio que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y ha ocasionado un perjuicio a la demandada principal, desde que ésta fue condenada al pago de indemnización correspondiente a las remuneraciones hasta el término del contrato de trabajo celebrado con el demandante, el que se estimó al 1º de diciembre de 2002.

Quinto: Que, en armonía con lo reflexionado, procede acoger el recurso de nulidad formal intentado por la demandada principal. Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo y 764, 765, 768, 783 y 786 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en la forma deducido por la demandada principal a fojas 418, contra la sentencia de doce de agosto de dos mil tres, que se

lee a fojas 348, la que, en consecuencia, se invalida y se la reemplaza por la que a continuación y separadamente se dicta, sin nueva vista. Atendido lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre los recursos de casación en el fondo interpuestos por la demandada subsidiaria y principal a fojas 351 y 418.

Regístrese. Nº 4.029-03. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señores José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. y el Abogado Integrante señor Roberto Jacob Ch. No firma el abogado integrante señor Jacob, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por encontrarse ausente. Santiago, 28 de octubre de 2004. Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos A. Meneses Pizarro.

Corte Suprema

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil cuatro.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del apartado signado con la letra g) del fundamento décimo, que se elimina. Y teniendo en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, como medida para mejor resolver se ha tenido por acompañado el documento agregado a fojas 276, del cual se desprende, según ya se dijo, inequívocamente, que las actividades correspondientes a la instalación de la planta que se había contratado entre las demandadas principal y subsidiaria, incluyendo su puesta en marcha y las pruebas de desempeño habían sido ejecutadas y terminadas completamente, a lo menos al día 9 de julio de 2001, fecha del certificado pertinente, dándose por cumplido el contrato DRT-CO-0159/99 cabalmente y a entera satisfacción de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Radomiro Tomic.

Segundo: Que dicho instrumento, no objetado de contrario, resulta suficiente para tener por probado que la obra para la cual fue contratado el demandante por la demandada principal, concluyó el 9 de julio de 2001, de manera que al 31 de octubre de 2000, fecha en que se produjo la desvinculación del actor, por decisión de la empleadora, **tal separación resultaba improcedente y, en consecuencia, no concurría la causal**

invocada, esto es, artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, motivo por el cual ha de entenderse que el demandante fue despedido injustificadamente.

Tercero: Que, en tales condiciones, es dable recordar que el actor ha solicitado, entre otras, se condene a las demandadas al pago de las **remuneraciones que debió percibir hasta el término real de su contrato de trabajo** y al respecto se hace necesario señalar que el Código del Trabajo **no contempla expresamente la indemnización por lucro cesante** –así debe entenderse lo pedido– en el caso en estudio; **sin embargo, esta rama del derecho no puede considerarse aislada del ordenamiento jurídico en general, el cual ha de estimarse como la base de la acción deducida por el trabajador, es decir, en el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento en sociedad.** En la concepción jurídica recogida por las leyes y concretamente en el derecho que una parte tiene a ser indemnizada en el evento que su contraria no dé cumplimiento a lo pactado, por cuanto ha dejado de ganar aquello que, como contratante cumplidor, tenía derecho a exigir y percibir.

Cuarto: Que, en tales condiciones, no queda sino concluir que **ante el despido injustificado del actor, esto es, frente al incumplimiento del contrato por parte del empleador en orden a otorgar el trabajo convenido y pagar las correspondientes remuneraciones hasta la conclusión de la obra para la que fue contratado el demandante, cabe concluir que la demandada principal se ha transformado en una contratante no diligente y, por ende, el trabajador tiene el derecho a reclamar la contraprestación que le hubiere sido legítimo percibir si no se hubiere producido el incumplimiento aludido.**

Quinto: Que, conforme a los razonamientos anteriores, **procede acoger la demanda en cuanto pretende se condene a las demandadas al pago de las remuneraciones hasta el término de la obra en cuestión, esto es, hasta el 9 de julio de 2001.**

Sexto: Que la demandada subsidiaria alega que no existe la responsabilidad de esa naturaleza que pretende atribuírsele, basándose en la calificación de contrato llave en mano que atribuye a la vinculación pactada con Outokumpu Indepro Limitada. Tal planteamiento no tiene asidero en la legislación que rige la materia, en la medida que, expresamente, el artículo 64 del Código del Trabajo establece dicha responsabilidad para quien ostenta la calidad de dueño de la obra o faena, la que necesariamente debe asignársele a la empresa Codelco Chile, División Radomiro Tomic, atendidos los términos del contrato acompañado a fojas 57 y siguientes,

especialmente su cláusula cuarta, en la que se lee que las partes declaran que la modalidad y condiciones que se pactan en este instrumento revisten las características de un contrato general de construcción. Además, es dable considerar el principio ya asentado por este Tribunal en la materia, esto es, el aforismo que expresa: donde está el beneficio, está la carga. En otros términos y considerando el sello tuitivo del derecho laboral y la finalidad de la disposición en análisis, en orden precisamente a proteger a los trabajadores de la posible insolvencia de sus empleadores directos y compensarles el esfuerzo realizado en la construcción, en la especie, de una planta de extracción por solventes, no puede admitirse que la demandada subsidiaria no sea responsable en tal calidad de las prestaciones a que ha sido condenada la demandada principal. De aceptarse su tesis, se haría ilusoria la protección aludida.

Séptimo: Que, además, Codelco Chile, División Radomiro Tomic, ha sostenido que debió demandarse también a la empresa Outokumpu Engineering Contractors, ya que Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada sería subcontratista, de manera que no se habría respetado la cadena procesal que se desprende del artículo 64 del Código del Trabajo. Para desestimar esta pretensión, basta con leer la individualización de las partes que suscriben el contrato ya referido. Indudablemente, las empresas mencionadas aparecen como co-contratantes, en ningún caso como contratista y subcontratista.

Octavo: Que, no obstante lo razonado, **deben precisarse los límites de la responsabilidad subsidiaria de quien es demandada en tal calidad. Ciertamente la indemnización por lucro cesante, consistente en las remuneraciones que deberán pagarse al actor hasta el verdadero término de la obra para la que fue contratado, no se encuentra contemplada en el Código del ramo, según se dijo, sino que tiene asidero en las normas o principios generales del ordenamiento jurídico nacional, motivo por el cual no puede entenderse comprendida en el concepto de obligaciones laborales y previsionales de que la ley hace responsable subsidiariamente al dueño de la obra, en consecuencia, en tal aspecto, no se hará responsable subsidiaria a Codelco Chile, División Radomiro Tomic.**

Noveno: Que, en lo atinente con la compensación de feriado proporcional, los días de descanso y el bono remuneracional anual reclamados por el actor, tales prestaciones a que ha sido condenada la demandada principal revisten indudablemente **la naturaleza de obligaciones laborales**, en la medida que el empleador estaba compelido, durante la vigencia del contrato de trabajo, a otorgar el descanso respectivo al trabajador, dan-

do cumplimiento así a las disposiciones contenidas en los artículos 35 y siguientes del Código Laboral; así también a pagar el bono de que se trata, desde que reconoció su existencia y deuda en el proyecto de finiquito que acompañó a los autos y a compensar el feriado proporcional, conforme lo establece como obligación el artículo 73 del Código del ramo.

Décimo: Que, por otra parte, aun cuando se haya declarado injustificado el despido del actor, resulta improcedente incrementar la indemnización otorgada con el aumento establecido en el artículo 168 del Código Laboral, el que se encuentra perentoriamente establecido para la indemnización por años de servicios, recompensa que no ha sido concedida, ni discutida en estos autos.

Undécimo: Que, apareciendo del oficio agregado a fojas 346, que la empleadora no ha pagado las cotizaciones de salud correspondientes a los meses que allí se señalan, deberá oficiarse a la entidad previsional pertinente para los efectos que correspondan.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 y siguientes del Código del Trabajo, **se revoca la sentencia apelada de veintiséis de noviembre de dos mil uno, escrita a fojas 244 y siguientes, en cuanto por ella se hace responsable subsidiaria a la Corporación Nacional del Cobre, División Radomiro Tomic, de la indemnización por lucro cesante y en su lugar se declara que dicha empresa no es responsable subsidiaria de tal indemnización, rechazándose en consecuencia en tal aspecto la demanda de fojas 2.** Se confirma, en lo demás apelado, la referida sentencia con declaración que la demandada principal, Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada, queda condenada a pagar la suma de \$38.576.405 por concepto de indemnización por lucro cesante, modificándose de esta manera lo resuelto en el numeral III, letra a) del fallo de que se trata. Atendido lo resuelto, se ordena officiar a la entidad previsional correspondiente, en relación con las cotizaciones de salud impagas del actor, para los fines pertinentes.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Pérez y Marín en cuanto se hace responsable subsidiaria a Codelco Chile, División Radomiro Tomic, **de la compensación de feriado proporcional, ya que, en concepto de los disidentes, dicha prestación surge una vez terminada la relación laboral habida entre las partes, terminación que constituye un límite fáctico a la responsabilidad subsidiaria, en la medida en que ésta sólo puede extenderse a aquellas obligaciones laborales y previsionales nacidas durante la vigencia de la relación laboral y que el dueño de la obra estuvo en condiciones de fiscalizar en cuanto a su**

cumplimiento, cuyo no sería el caso, precisamente porque ella nace cuando ya no existe nexo entre el empleador y el trabajador.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Alvarez H. y Medina, **en lo atinente a eximir de responsabilidad subsidiaria a Codelco Chile, División Radomiro Tomic, relativamente a la indemnización por lucro cesante, quienes estuvieron por confirmar el fallo en ese aspecto, desde que para los disidentes dicha indemnización, si bien no contemplada en el Código del Trabajo, surge de la vinculación de naturaleza laboral habida entre las partes, la que les impone el íntegro y fiel cumplimiento de todas las obligaciones contraídas y, además, la misma pudo ser fiscalizada en ese cumplimiento por la demandada subsidiaria.** Regístrese y devuélvase con sus agregados. N° 4.029-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Luis Pérez Z., Orlando Alvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. y el Abogado Integrante señor Roberto Jacob Ch. No firma el abogado integrante señor Jacob, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por encontrarse ausente. Santiago, 28 de octubre de 2004. Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos A. Meneses Pizarro.

Comentario

La subsidiariedad en el campo del Derecho del Trabajo participa del concepto dado por el Derecho Común, pero con ciertas características y efectos propios.

Lo que señala la norma del Código del Trabajo es que ambos sujetos del primer contrato –dueño de la obra y contratista– responden de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores contratados por uno de ellos (el contratista), aun cuando dicha responsabilidad es diversa. En efecto, la responsabilidad del dueño de la obra es subsidiaria, esto es, indirecta, en cambio la del contratista, por ser el empleador directo, es principal.

En cuanto a los efectos jurídicos de dicha responsabilidad subsidiaria, debemos señalar que el dueño de la obra es responsable –por mandato legal– en defecto o ausencia del directamente obligado. La causa de esta obligación es la ley. Ello significa que no es menester el consentimiento del dueño de la obra para adquirir tal responsabilidad; sin embargo, debe tratarse de la situación de hecho prescrita en la norma.

Además, agregamos nosotros, el responsable subsidiario, que es un tercero respecto del subcontrato –por cuanto no es parte del mismo–, debe conocer la existencia del contrato infringido y su contenido, a fin de que éste le sea oponible.

Debemos también recordar el principio de irrenunciabilidad de los derechos del artículo 5° del Código del Trabajo; ello implica que los trabajadores, aunque consintieran, no pueden renunciar a esta responsabilidad legal de un tercero, que los favorece, rompiéndose, en cierta forma, el principio del efecto relativo del contrato.

El fallo que comentamos presenta interesantes consideraciones que indudablemente contribuyen al esclarecimiento de una norma que, a nuestro juicio, es absolutamente insuficiente en el día de hoy, cual es el artículo 64 del Código del Trabajo.

Esta disposición regula la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra. Podemos sostener que la incorporación del art. 64 bis en el año 2000 mejoró algunas insuficiencias de la primera norma aludida, pero sin solucionar todos los problemas que ella presenta. Sin embargo, las mayores luces en torno a la forma de aplicar la norma del artículo 64 del Código del Trabajo las ha dado la jurisprudencia, la cual ha debido aclarar varios elementos que dicha disposición no contiene, a saber:

- a) Qué debe entenderse por “dueño de la obra, empresa o faena”.
- b) Qué alcance tiene el concepto de “contratista y subcontratista”, y
- c) Qué sentido debe darse al concepto “obligaciones laborales y previsionales”.

El fallo en comento contribuye, aunque con escasa argumentación, a esclarecer otro aspecto de este tema. En efecto, esta sentencia discurre acerca del concepto de “co-contratista”, estableciendo de este modo mayor claridad y precisión en la cadena de la subsidiariedad.

Sin duda que el disponer de una mayor certeza en torno a las materias señaladas, aun cuando el fallo de mayoría contiene dos disidencias, es de fundamental relevancia a la hora de determinar responsabilidades por la falta de cumplimiento del contrato de trabajo o del subcontrato.

A su paso, en nuestra opinión, este fallo también contribuye a aclarar la posición de nuestro Máximo Tribunal en torno a otra importante cuestión laboral, como es la calificación y determinación de las consecuencias del incumplimiento de un contrato celebrado “por obra” y la improcedencia del recargo de las indemnizaciones introducidas en el art. 168 del Código del Trabajo a otras reparaciones que no sean estrictamente por dicho concepto (considerando décimo).

Analizaremos brevemente los alcances antes reseñados, tomando en consideración los aportes jurisprudenciales ya conocidos a la fecha, como aquellos sobre los cuales, creemos, da luz especialmente esta sentencia.

I. La voz “dueño de la obra, empresa o faena” está referida a la persona que encarga a otra la realización o la ejecución de un servicio u obra específica, pagando por ello un precio determinado. Lo anterior lo lleva a cabo mediante la celebración de un contrato de carácter civil o mercantil que celebra con el contratista.

En conformidad a la ley laboral vigente (artículo 64 bis), quien encarga la obra tiene los derechos de subrogación si paga obligaciones del contratista, el derecho a información y el derecho de retención.

En cuanto al concepto de “**dueño de la obra, empresa o faena**”, el fallo discurre, en su considerando sexto, en torno a grandes principios, tales como, la “finalidad tuitiva” del derecho laboral y el principio “donde está el beneficio, está la carga”, concretando dichos principios en términos específicos en la parte dispositiva de la sentencia.

En efecto, se desprende de la resolución judicial que para determinar quién es el "dueño de la obra" debe examinarse el contrato principal, que en este caso es un contrato general de construcción, y considerarse como tal a quien figura como parte (mandante) en dicho contrato. Fundamenta su decisión en la necesidad de protección de los trabajadores de la posible insolvencia de sus empleadores directos y en la de "compensarles" el esfuerzo realizado en la construcción.

Como podemos advertir, la sentencia destaca las características más relevantes del Derecho Laboral: su carácter tuitivo y realista, de modo de no hacer ilusoria la protección perseguida por este derecho.

Resulta interesante, en este punto, destacar las reflexiones que contiene el fallo en torno a la existencia de **co-contratantes**, los cuales no tienen la naturaleza jurídica de ser contratista y subcontratista entre sí y por ende no les resultan aplicables las normas relativas a la responsabilidad subsidiaria que contiene el artículo 64 del Código del Trabajo. En este caso, dichos co-contratantes son parte del contrato principal y comparecen a dicho acto jurídico ambos en la misma calidad (de contratistas) y por consiguiente, sus respectivos trabajadores deberán demandarlos en su calidad jurídica de empleador o responsable directo y no como responsable subsidiario.

En nuestra opinión, esta consideración es un aporte importante al esclarecimiento de la forma como debe aplicarse la "cadena procesal" de la responsabilidad subsidiaria del artículo 64, dado que hoy día, dada la complejidad de las relaciones comerciales, pueden resultar vinculados por un contrato una multiplicidad de partes; pueden ser relaciones interdependientes, pero no necesariamente subcontratistas entre sí.

II. Aun cuando este fallo no explicita en forma novedosa la materia, y exclusivamente como una forma de dar un tratamiento más integral al tema, nos referiremos al concepto elaborado por la jurisprudencia en torno al "contratista" y "subcontratista".

Se entiende por contratista: *" toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero, dueño de la obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores"*.¹

A su turno, la Dirección del Trabajo ha señalado que debe entenderse por contratista: *"aquella persona a la que se encomienda, mediante un contrato,*

¹ Considerando 2° sentencia Corte Apelaciones Stgo. Rol N°570-98

la ejecución de determinados trabajos o la prestación de ciertos servicios, mediante un precio estipulado y para lo cual debe, a su vez, contratar trabajadores".²

III. Ahora bien, el punto de mayor interés, a nuestro juicio, dice relación con el alcance de los términos "obligaciones laborales y previsionales". Este fallo contiene ciertas precisiones, las que no obstante no compartir plenamente, interesa destacar. Sabemos que la jurisprudencia ya había interpretado en forma amplia dichos conceptos. En efecto en los autos rol N° 1.559-03, por sentencia de cuatro de diciembre de dos mil tres, nuestro Máximo Tribunal determinó el sentido y alcance de las expresiones "obligaciones laborales y previsionales", sentando como doctrina lo siguiente: *"si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes. Deben además, considerarse las contingencias de seguridad social, dado que donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir". Por tanto, el dueño de la obra responde subsidiariamente de "todas las obligaciones laborales y previsionales, legales y convencionales o de aplicación práctica, derivadas del contrato de trabajo con el contratista".*

No obstante, esta misma jurisprudencia ha señalado que deben darse ciertos supuestos y límites respecto de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, que revisaremos a continuación:

Dichos supuestos son los siguientes:

- a) La responsabilidad subsidiaria sólo puede ser requerida en la medida que el dueño de la obra haya podido fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable.
- b) El responsable subsidiario no queda afecto a aquellas obligaciones que no nacieron durante la vigencia de la obra contratada por el demandado subsidiario.
- c) En materia de indemnizaciones por años de servicios, el responsable subsidiario queda obligado en forma proporcional a la obra encargada, pero sólo respecto de los trabajadores que a la fecha del despido labora-

² Dirección del Trabajo. Dictamen Ord. N° 1570, 22 de julio de 1982. Dictamen Ord. N° 9.159/212, 14 de diciembre de 1990.

ban en la obra y por el tiempo durante el cual los trabajadores del principal obligado prestaron servicios al obligado subsidiario.

Debemos hacer notar que en este punto ha habido votos disidentes, que señalan que la materia referida a las indemnizaciones por término de contrato no entran dentro del ámbito del responsable subsidiario.

Las razones que han tenido dichos sentenciadores radican en las siguientes argumentaciones: la responsabilidad subsidiaria es una norma excepcional y, además, dicho beneficio no constituye "remuneración", materia a la cual se refiere el capítulo en cual se encuentra inserto el artículo 64 del Código del Trabajo.³

d) En relación con el beneficio de excusión, la jurisprudencia judicial ha dicho que el procedimiento declarativo no es la oportunidad procesal para oponerlo. La argumentación de los jueces se fundamenta en el texto del art. 64 del Código del Trabajo, que permite demandar simultáneamente a todos los responsables.

e) Del mismo modo, esta jurisprudencia ha declarado la inaplicabilidad de la responsabilidad subsidiaria respecto de agentes comisionistas, considerando que en dichas relaciones no hay subordinación. La misma resolución ha tomado en casos de holding de empresas (unidad económica) respecto de los cuales ha dictaminado que *"la que se ha lucrado o beneficiado con los servicios prestados responde solidariamente"*.

En síntesis, son varias las limitaciones que ya ha establecido la jurisprudencia judicial, sosteniendo incluso que *"indudablemente, podrán surgir otras limitaciones a la responsabilidad subsidiaria..."*.⁴

El fallo que en esta oportunidad se comenta agrega una nueva limitación, la cual dice relación con la indemnización por lucro cesante, consistente en las remuneraciones que deberán pagarse al actor hasta el verdadero término de la obra para la que fue contratado, según la propia calificación jurídica que elabora el fallo.

En el considerando octavo del fallo se señala que, *"no obstante lo razonado, deben precisarse los límites de la responsabilidad subsidiaria de quien es demandada en tal calidad. Ciertamente la indemnización por lucro cesante, consistente en las remuneraciones que deberán pagarse al actor hasta el verdadero término de la obra para la que fue contratado, no se encuen-*

³ Sentencias casación roles N° 1825-02; 1552-2003; 698-2004.

⁴ Sentencia Corte Suprema, rol 927-2003, 04.12.2003.

tra contemplada en el Código del ramo, según se dijo, sino que tiene asidero en las normas o principios generales del ordenamiento jurídico nacional, motivo por el cual no puede entenderse comprendida en el concepto de obligaciones laborales y previsionales de que la ley hace responsable subsidiariamente al dueño de la obra”.

Como consecuencia del anterior razonamiento, esto es, el pago de la indemnización por lucro cesante, la sentencia no hizo responsable subsidiaria a Codelco Chile, División Radomiro Tomic, sino que le impuso dicha obligación solamente a la responsable directa.

A juicio nuestro, al fallar de esta forma, la Corte prescindió de parte importante del fallo que acogió el recurso de casación en la forma e invalidó la sentencia recurrida, contenida principalmente en sus considerandos tercero y cuarto, reproducidos –en sus efectos jurídicos– en los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia de reemplazo.

En efecto, los considerandos antes referidos determinan que el contrato de trabajo del actor no había concluido en la fecha de su desvinculación, por cuanto la obra para la cual él fue contratado aún no estaba finalizada. A consecuencia de ello, la Corte determinó que ha de entenderse que el demandante fue despedido injustificadamente y que en tales condiciones el empleador ha incumplido con su obligación de otorgar el trabajo convenido y pagar las correspondientes remuneraciones hasta la conclusión de la obra. Concluyen los Ministros que “la demandada principal” se ha transformado en un **contratante no diligente** y, por ende, el trabajador tiene derecho a reclamar la contraprestación que le hubiere sido legítimo percibir, sus remuneraciones, lo que debe entenderse, en este caso, como una indemnización por lucro cesante, acogiendo la demanda del actor en esta parte en contra de “**las demandadas**” (considerandos cuarto y quinto de la sentencia de reemplazo).

No obstante, en la argumentación de la Corte (considerando octavo), se concluye finalmente que dado que dicha indemnización no se contempla expresamente en el Código del Trabajo, no puede calificarse de “obligación laboral” para efectos de la responsabilidad subsidiaria y sólo responde de ella el empleador directo.

Estimamos que yerra la Corte en dicha conclusión. La razón es simple: la causa del pago de dicha indemnización es precisamente el incumplimiento de una obligación de carácter laboral, que se sustituye por el pago de una indemnización; en defecto de la obligación de pago de remunera-

ciones hasta el término real del contrato de trabajo, se ordena el pago de la indemnización por "lucro cesante". Esta es la calificación que la sentencia le confiere al beneficio que comentamos, pero podría pensarse en una calificación jurídica diferente, que otorgase una connotación mayormente laboral.

Creemos firmemente que es necesario el establecimiento de límites a la responsabilidad del dueño de la obra, pero –en este caso– opinamos que no resulta jurídicamente sustentable que porque dicha institución, esto es, la indemnización por lucro cesante, no se encuentra contemplada en el Código del Trabajo sino que tiene asidero en las normas o principios generales del ordenamiento jurídico nacional, no sea atribuible en los juicios laborales al responsable subsidiario.

Dicha conclusión es, en nuestra opinión, discutible, dado que obviamente esta rama especial del Derecho se nutre de las instituciones del ordenamiento jurídico general; no es independiente a pesar de su autonomía.

En este punto estimamos que el voto de minoría contiene argumentos a considerar; en efecto, los Ministros disidentes estuvieron por no eximir a la dueña de la obra de la responsabilidad subsidiaria por el lucro cesante, por cuanto si bien ella no está contemplada en el Código del Trabajo, **surge de la vinculación de naturaleza laboral habida entre las partes, la que les impone el íntegro y fiel cumplimiento de todas las obligaciones contraídas y que pudieron ser fiscalizadas en ese cumplimiento por la demandada subsidiaria.**

Como hemos planteado antes, las propias argumentaciones contenidas en los considerandos de la sentencia contienen las razones para sostener lo anterior. En efecto, en el considerando sexto se afirma que no puede admitirse que la demandada subsidiaria no sea responsable en tal calidad de las prestaciones a que ha sido condenada la demandada principal sin hacer ilusoria de la protección de los trabajadores de la posible insolvencia de sus empleadores directos.

Por último, hacemos notar que este fallo es muy claro en orden a establecer que cuando las partes no acuerdan expresa y claramente cuáles son las faenas que deben concluir para que se entienda terminada, por ese motivo, la relación laboral y aplicarse a su respecto la causal del artículo 159 número 5°, los tribunales, aplicando el principio tutelar del trabajador, la harán coincidir con el término total de la obra, lo cual puede no ser la real intención de los contratantes al inicio de la relación laboral.

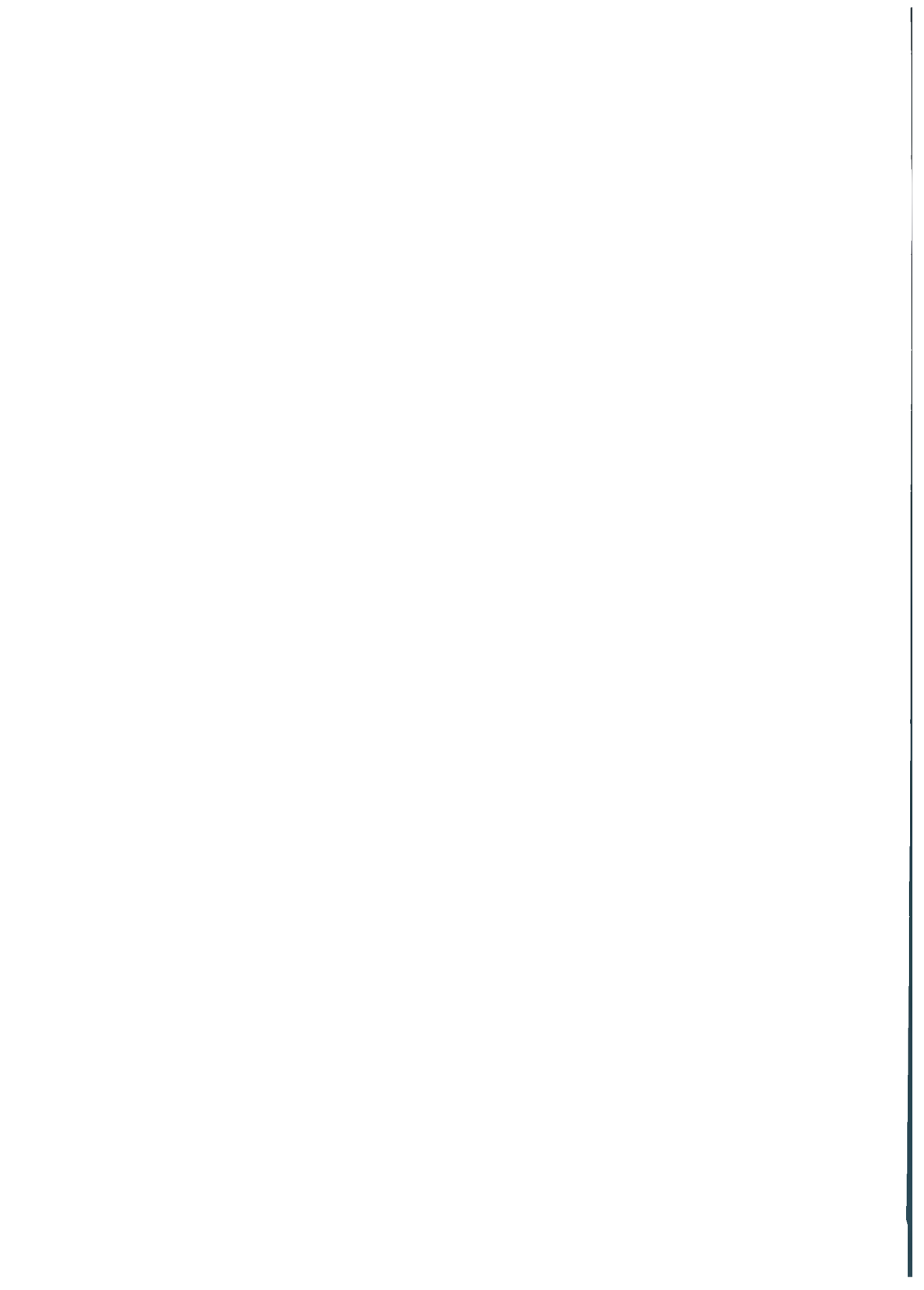
Sólo cabe lamentar que en nuestra Corte Suprema exista una dispersión tan marcada de opiniones en materias que deben uniformarse para dar estabilidad y certeza a las relaciones laborales. Una alteración en la composición de la Sala puede hacer variar la doctrina sentada en el fallo, lo cual, como es natural, debilita la importancia de la casación como recurso llamado a fijar la interpretación de la ley de modo general y coherente.



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción





Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Segundo 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 segundo semestre del período académico 2004.

- Con el propósito de mejorar el cuerpo de ayudantes de la Facultad, se realizó durante el mes de julio un concurso de ayudantes para los ramos del 2º semestre. Los postulantes preseleccionados para cada ramo realizaron una exposición ante una comisión especial. Este concurso tiene como motivación principal hacer partícipes de nuestro proyecto educativo a nuestros alumnos y egresados.
- Interesados en estar presentes en la actualidad nacional y de acercar a nuestros alumnos al área del Derecho Internacional, atendida la gran trascendencia que esta área del Derecho ha adquirido el último tiempo, nuestra Facultad ha organizado algunos eventos para tales fines: el 18 de agosto pasado se llevó a cabo una conferencia denominada "**Filipinas, Chile y el año Apec 2004**", la cual tuvo como eje central el año Apec Chile 2004 y contó con la brillante intervención de la Embajadora de Filipinas en nuestro país, Sra. Consuelo Puyat-Reyes, y de nuestro profesor de Derecho Internacional Público Sr. Raúl Campusano, quien además se desempeñó durante este año como Director de Enlace de la Secretaría Apec Chile.

- Dentro del mismo marco, el miércoles 3 de noviembre se realizó un interesante foro: **“La política de Chile en Asia Pacífico y el año Apec 2004”**. Contamos en dicha ocasión con la participación del Sr. Adolfo Carafi, Director de Asia Pacífico y embajador de Chile en Corea, y de nuestro profesor de Derecho Internacional Público Raúl Campusano.
- Con fecha 6 de septiembre visitó nuestro Campus el Ministro de Justicia y profesor de nuestra Facultad Sr. Luis Bates Hidalgo, quien expuso a nuestros alumnos los aspectos fundamentales de la Reforma Procesal Penal, la cual próximamente comenzará a regir en la región Metropolitana.
- La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, asumiendo su compromiso de contribuir a la formación y perfeccionamiento de las nuevas generaciones de ayudantes, organizó el **“VII Congreso de Ayudantes de Facultades de Derecho”**, el cual se desarrolló entre el 29 de septiembre y el 1 de octubre y contó con la participación de ayudantes de Facultades de Derecho de todo el país. Dicho encuentro versó en esta ocasión sobre **“La interpretación e integración del Derecho. Perspectiva histórica, filosófica y dogmática”**.
- El miércoles 20 de octubre se realizó un foro orientado principalmente a alumnos de 4° medio interesados en estudiar la carrera, denominado **“Conoce tus derechos en la Nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil”**, en el cual se analizó el proyecto de ley que busca reducir el mínimo de edad de los jóvenes para ser sancionados penalmente. Dicho encuentro contó con la intervención del profesor de la cátedra de Derecho Penal II, Sr. Rodrigo Medina, y del Ayudante-Profesor de don Luis Bates, Sr. Sergio Huidobro.
- A fines del mes de octubre, días antes de las elecciones municipales, se realizó una charla a cargo del profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional de nuestra Facultad, Sr. Carlos Cruz-Coke, quien expuso a nuestros alumnos los aspectos fundamentales de dicho proceso electoral.
- Dentro del ámbito de la Reforma Procesal Penal, la Facultad trabajó activamente durante todo el año para el programa instituido por el Ministerio de Justicia **“Jóvenes por la Reforma”**, para lo cual se organizó un grupo de monitores formado por alumnos de 5° año, el cual tras una capacitación llevó la Reforma a diversos lugares para su divulgación a la comunidad.

Actividades de extensión

- Desde el 19 de julio y hasta el 18 de agosto se desarrolló con mucho éxito el **“Curso sobre Nuevas Tendencias en el Derecho Civil”**, el cual consistió en 10 sesiones de análisis y discusión a cargo de renombrados profesores de nuestra Facultad, tales como el Sr. Pablo Rodríguez, Sr. Hugo Rosende, Sr. Ambrosio Rodríguez, Sr. Gustavo Cuevas, Srta. Helga Marchant, entre otros destacados abogados de dicha área del Derecho.
- El pasado 26 de octubre se realizó en Casa Piedra el Seminario **“Enfoque Crítico de la Nueva Ley del Consumidor”**. En este interesante encuentro se expusieron los aspectos generales de la Ley del Consumidor, sus principales aportes y críticas de esta normativa. En dicha oportunidad contamos con la participación de los Sres. Axel Burchheister, Director del Departamento Legal del Instituto Libertad y Desarrollo; el Sr. José Roa, Director del SERNAC, Sr. Carlos Jorquera, Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago y del Sr. Joaquin Lagos, abogado.

Actividades de profesores

- Los profesores de Derecho Civil de nuestra Facultad Sres. Pablo Rodríguez, Angel Cruchaga, Gustavo Cuevas y Fernando Rabat participaron junto con los jueces y secretarios de los Juzgados Civiles de Santiago, en dos jornadas llevadas a cabo los días 19 y 26 de agosto, para tratar la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

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

El 28 de octubre los alumnos del 2º año de la carrera, junto a Patricio Toro, ayudante del Fiscal, realizaron una visita al Ministerio Público y a los Juzgados de Garantía de Viña del Mar, donde recibieron una charla respecto del

Nuevo Procedimiento Penal, y vieron un vídeo en que se señalaban las funciones del Ministerio Público, tales como dirigir la investigación, participación del imputado, etc. También fueron informados sobre las diferencias entre el antiguo proceso y el actual. Finalmente se dirigieron a los Juzgados de Garantía, donde pudieron entrar a ver ciertas audiencias como: control de detención, formalización de los cargos y otras.

En la cátedra Derecho Penal II, del profesor Luis Bates, se realizaron numerosas visitas a distintas instituciones de interés, tales como: el Servicio Médico Legal, el Servicio de Registro Civil e Identificación Nacional, el Servicio Nacional de Menores, el Penitenciario Especial, la Superintendencia de Quiebras y la Defensoría Penal Pública, entre otras.

- **Taller de Derecho Romano**

En la cátedra de Derecho Romano (primer año de la carrera), dirigida por la profesora Sra. Angela Cattán, se realizó durante el año un taller sobre el matrimonio y sus problemáticas, al final del cual se realizó una serie de presentaciones. Culminó este taller con un entretenido almuerzo para los alumnos de 1^{er} año que participaron, el cual fue organizado por las profesoras de la cátedra Sras. Angela Cattán y Ximena Pulgar.

- **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; fonda para el 18 de Septiembre, paseo del ombligo, etc.

Ambito Internacional

Durante el mes de septiembre visitó nuestra Facultad la destacada jurista española Sra. Encarnación Roca, quien estuvo en nuestro país con motivo de la constitución del Instituto de Profesores de Derecho Civil.

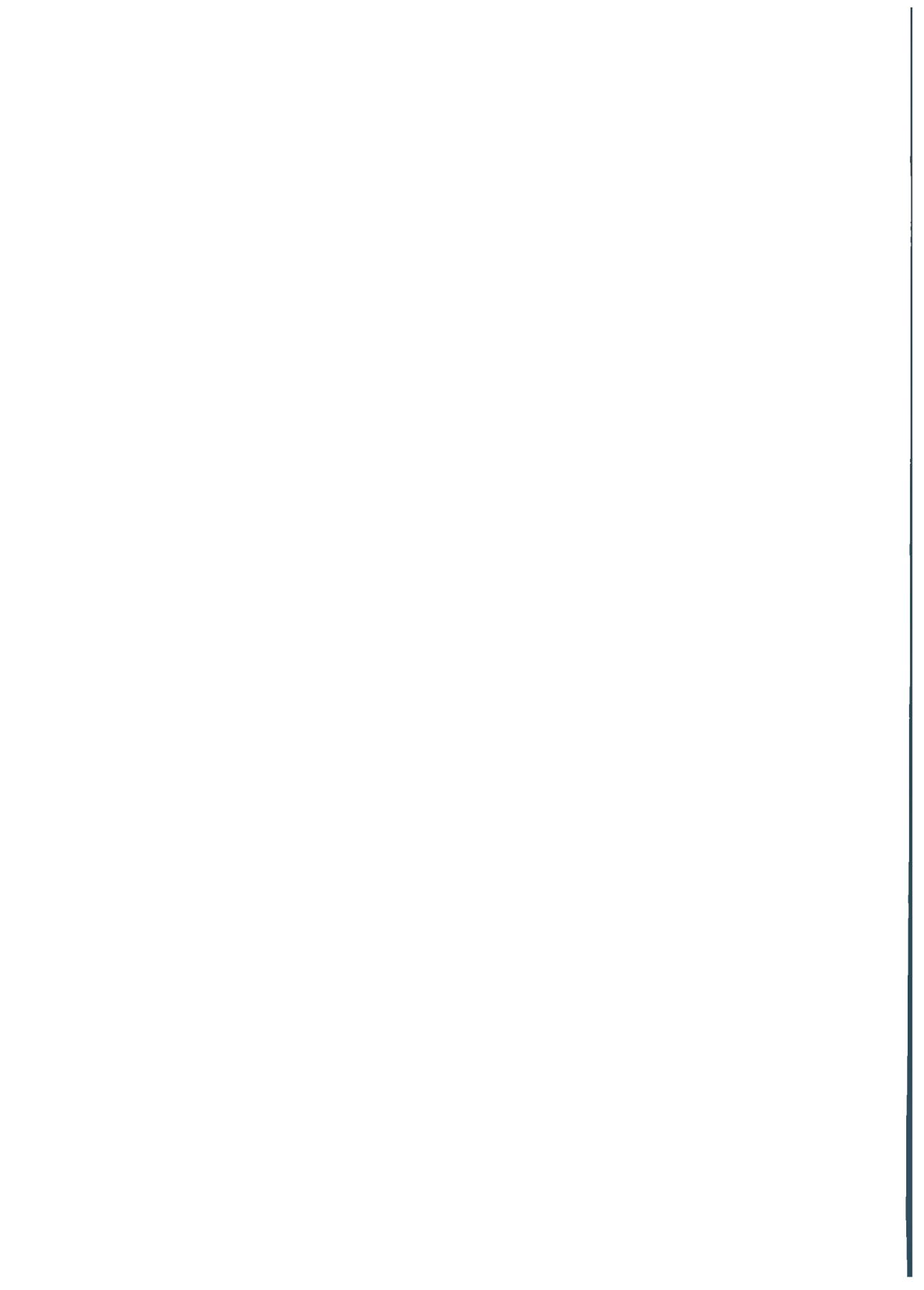
En el encuentro que mantuvo con nuestros profesores del área se debatió sobre los aspectos principales de la Ley de Matrimonio Civil en la legislación española y se comparó dicha normativa con nuestra realidad nacional, y así también se analizó el éxito de los tribunales de familia en dicha legislación.

Postítulo

Para el año 2005 la Facultad de Derecho ofrecerá un nuevo Magister en Derecho de la Empresa, que se iniciará en el mes de abril para finalizar con la presentación de la Tesis en junio de 2006. Se ofrecerá también un Postítulo sobre la nueva Reforma Procesal Penal, el que se desarrollará entre los meses de marzo y agosto de 2005.

A partir del mes de mayo se ofrecerá un curso de Postítulo sobre Matrimonio y Familia, que finalizará en el mes de septiembre.

Las actividades de los cursos de Postítulo se enmarcan en el propósito de la Facultad de ofrecer de manera permanente opciones de profundizar conocimientos, desarrollo de investigaciones y capacitación para abogados que se desempeñan en ejercicio de la profesión.



Actividades de la Facultad de Derecho de Concepción

Segundo semestre 2004

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección está destinada a sintetizar las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad durante el segundo semestre del período académico 2004.

I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2004

Entre los seminarios, conferencias y cursos dictados durante el segundo semestre podemos destacar los siguientes:

1. Curso Reforma Procesal Penal (Aspectos Penales y Procesales), III versión, para no abogados

Los profesores Marcelo Torres Duffau, Hugo Tapia Elorza, Juan Yañez Martinich y Jaime Pacheco Quezada dictaron entre los días 14 de mayo y 1º de junio de este año la tercera versión del curso destinado a interiorizar a público no especialista en temas jurídicos acerca del contenido de la Reforma Procesal Penal.

2. Conferencia: “Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestaciones de Servicio” (Ley 19.886)

Durante el mes de julio de 2004, el profesor Ramiro Mendoza Zúñiga, de la Pontificia Universidad Católica de Santiago, dictó una conferencia sobre la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestaciones de Servicio, que suscitó enorme interés entre los abogados que asesoran a organismos públicos, municipalidades y público en general.

3. Seminario: “Ley de Matrimonio Civil”, para público en general

A raíz de la dictación y reciente entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, la Facultad organizó un seminario dirigido a público en general en que los profesores de Derecho Civil, Sres. Andrés Kuncar O. y Bruno Caprile, analizaron los aspectos relevantes de la reforma.

4. Conferencia: “Orientaciones actuales de la responsabilidad civil del profesional liberal en el Derecho Comparado”

El tratadista español Dr. Mariano Yzquierdo Tolsada, conocido experto en materia de responsabilidad, dictó el 6 de septiembre de 2004 una conferencia en que abordó las orientaciones actuales de la responsabilidad civil del profesional liberal. El profesor Yzquierdo citó abundante jurisprudencia europea que se ha pronunciado sobre la responsabilidad de profesionales liberales, fundamentalmente del área médica, de la construcción y de la asesoría jurídica, y esbozó las principales tendencias que se constatan actualmente en esa área de la responsabilidad civil.

5. Charla: “La Noción de Culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual”

El profesor Fabricio Mantilla Espinosa, de la Universidad del Rosario, de Bogotá, Colombia, visitó esta casa de estudios superiores y dictó durante el mes de septiembre de este año una conferencia dirigida a profesores y alumnos, en que abordó la Noción de Culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual.

6. Seminario: “El Bicentenario del Código Civil francés”

A raíz de los 200 años de vigencia del Código de Napoleón, la Facultad organizó un seminario en que los profesores Ramón Domínguez Águila, Fabricio Mantilla Espinosa y Bruno Caprile Biermann abordaron sucesivamente los siguientes temas: El Código de Napoleón: un pasado y presente glorioso y un devenir dudoso a la luz de las propuestas de unificación del Derecho Privado europeo; La influencia del Derecho Francés en el Código de Bello al momento de su dictación y en su evolución posterior en Colombia y en Chile

7. Charla “Alianzas Regionales: ¿simples acuerdos o amenazas para Chile?”

El 19 de agosto los profesores Alejandro Enríquez y Eduardo Andrades dictaron una charla sobre “Alianzas Regionales: ¿simples acuerdos o amenaza-

zas para Chile?", en que abordaron las relaciones de Chile con sus vecinos desde la perspectiva de la historia y a la luz del Derecho Internacional.

II. Presentación del libro "Manual de Procedimientos de Negociación Colectiva", de la profesora Sra. Ana María Díaz Muñoz.

La profesora de Derecho Laboral y Directora de la Facultad de Derecho, Sra. Ana María Díaz Muñoz, publicó el libro titulado "Manual de Procedimientos de Negociación Colectiva". La presentación estuvo a cargo del profesor Sr. Jorge Ogalde Muñoz, quien destacó que esta obra tuvo su base en un proyecto del Fondo para el Desarrollo de la Docencia, de la Universidad del Desarrollo, que la autora completó con el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia judicial y administrativa.

III. Alumnos en programas de intercambio con universidades extranjeras

Durante el segundo semestre se reincorporaron a la Facultad los alumnos Fernando Ramos A., María Consuelo A., Marlena Quintana H., María Paz Olavarría P. y Claudia Porro G, quienes cursaron estudios durante un semestre en diversas universidades españolas, a saber, la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos y Universidad Internacional de Catalunya. Permanecen aún en el extranjero en programas de intercambio los alumnos Eduardo Cofré R., Allan Lomas P. y Felipe Molina M.

IV. Actividades de los alumnos

- **Viaje de estudios**

Los alumnos de tercer año, acompañados por las profesoras Claudia Hurtado y Florencia Mosso, desarrollaron un interesante viaje de estudios los días 18 al 21 de julio de este año, que les permitió interiorizarse del funcionamiento de la Corte Suprema, el Congreso, La Moneda y la Academia Diplomática.

- **Semana de la Facultad**

La Semana de la Facultad, celebrada entre los días 19 al 21 de octubre de 2004, se caracterizó por las competencias deportivas y el paseo y fiesta de clausura.

- **Elección del Centro de Alumnos**

Durante el mes de septiembre tuvo lugar la elección de la directiva del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho, resultando electa la lista integrada por Gerardo Neira C., Presidente; Roberto Coello M., Vicepresidente; Claudia Torregrosa K., Secretaria; Juan Pablo Besser A., Relacionador Público y Luis Cretton A., Tesorero. Los representantes electos plantearon que procurarán servir de nexo entre el alumnado y las autoridades académicas y de dirección, crear instancias de diálogo y debate, trabajar por la excelencia académica, la imagen corporativa y el prestigio de la Facultad de Derecho.

V. Magíster en Derecho de la Empresa

El pasado 23 de septiembre se efectuó la ceremonia de graduación de la cuarta promoción del Magíster en Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho en Concepción. En esta oportunidad, se procedió a la entrega de diplomas a quienes participaron en el último período académico del programa de Postítulo impartido por nuestra Facultad.

Entre los meses de agosto a diciembre se desarrollaron el tercer y cuarto bimestre de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho. En esa oportunidad más de 50 alumnos participaron activamente en los siguientes cursos del tercer bimestre: Temas Actuales de Derecho Laboral Individual; Derecho Penal Económico; Derecho Ambiental y Derecho del Consumo y Protección al Consumidor: Nueva Legislación.

Durante el cuarto bimestre se impartieron los cursos de Divorcio y Otras Rupturas Familiares; Tributación Empresarial y Aplicación Práctica del IVA; Derecho Municipal y Control de Legalidad, y Actualización en Derecho Laboral Colectivo.

El día 3 de diciembre los alumnos de los cursos de postgrado compartieron un cóctel de finalización del año lectivo, algunos con la satisfacción del término del ciclo y otros con las expectativas de un próximo año con nuevos desafíos académicos dentro del mismo programa, cuya duración es de 2 años.

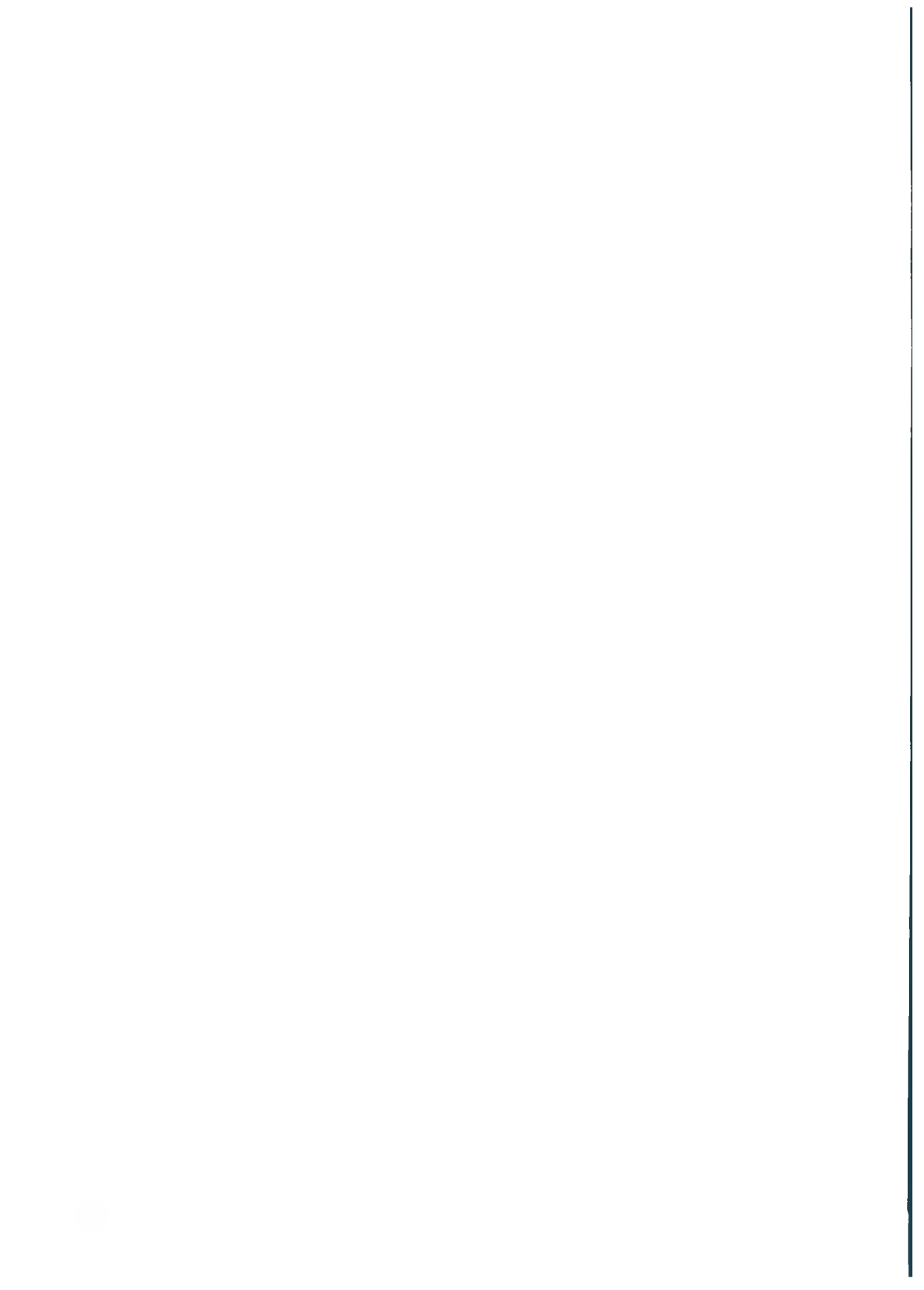
Merece destacarse la experiencia y el reconocimiento de los más de 40 profesores y conferenciantes que participan en el Magíster en Derecho de la Empresa y la cantidad de egresados de los programas anuales de postgrado, que durante las siete últimas versiones superan ya los 170 juristas.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



El Gobierno de las Indias

De **Javier Barrientos Grandón**

de la Academia Chilena de la Historia,
del Instituto de Chile

Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons,
Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
Madrid, 2004

COMENTARIO:

Eduardo Andrades Rivas

Profesor Titular de Historia del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO,

SEDE CONCEPCIÓN

La publicación de esta obra, concebida como un texto que expone en forma general, pero a la vez sintética, los fundamentos del gobierno de las Indias Occidentales, es –junto a un completo estudio de la nueva legislación divorcista en Chile– la más reciente de las contribuciones del profesor Barrientos Grandón, miembro de número de la Academia Chilena de la Historia, a nuestra disciplina.

Como se indica en la presentación del texto, la obra trata desde el clásico problema de la incorporación de las Indias a la Corona castellana, para luego exponer ordenadamente los fundamentos de las instituciones de gobierno de la América Hispánica tanto en lo temporal como en lo espiritual. Y es que debe recordarse que la mera explicación de las instituciones políticas sería lamentablemente incompleta y por ende, inexacta, si se olvidase que la Corona española ejercía al mismo tiempo el Patronato sobre la Iglesia indiana, institución aquella que respondía a la necesidad de la misma Corona de dar cumplimiento a la bula alejandrina o *intercaetera*, de 1493, por la cual la Sede Apostólica había encargado la evangelización de los naturales de Indias a los Reyes Católicos y a sus herederos y sucesores como condición de su dominio sobre los territorios y gentes del hemisferio occidental. Tal era el principal título que justificaba para la Corona la presencia de los peninsulares en el Nuevo Mundo.

En su primera parte y siguiendo la tipología de Solórzano y Pereira, el profesor Barrientos nos presenta el análisis del "Justo Descubrimiento, Adquisición y Retención de las Indias" por parte de la monarquía castellana. En un muy bien logrado esfuerzo de síntesis se analiza el tema del descubrimiento, los títulos esgrimidos por la Corona para justificar su dominio sobre las nuevas tierras, la donación papal y los tratados suscritos con la Corona portuguesa ante la insuficiencia de los precedentes.

La segunda parte trata sobre las instituciones del gobierno temporal y espiritual. Surge aquí en toda su claridad el enorme desafío que la monarquía de los Reyes Católicos debió enfrentar para gobernar territorios que eran inmensamente superiores a los que hasta el Descubrimiento había regido por siglos. Y por ello, se pone de relieve la novedad y a la vez la tradición de los instrumentos diseñados para tal gobierno. Desarrollada más extensamente en el conjunto de la obra analizada, se dedican capítulos sucesivamente a la exposición de la jurisdicción real y su relación con los oficios establecidos para el gobierno de "ambos mundos", con la nota de su evolución y la configuración final de las oficinas administrativas.

Enseguida se trata acerca de las relaciones entre la Corona y la Iglesia Indiana con una breve sección en la que se explican el origen, justificación y caracteres del Régimen de Patronato Indiano y se desarrollan tanto los abusos a los que su aplicación dio lugar como la política denominada "regalista" de la Corona, política particularmente intensa bajo la Casa de Borbón.

El capítulo tercero se dedica al análisis de los órganos de gobierno metropolitanos del Imperio y el cuarto a los órganos políticos propiamente indianos, desde los virreyes hasta el establecimiento de las Intendencias. De su lectura se desprende una coherencia difícilmente comparable con otros sistemas imperiales. Las continuas referencias de los estudiosos a las categorías romanas no resultan injustificadas, pues el imperio hispánico se inspiró en la antigüedad, pero la superó en casi, por no decir en todos, los ámbitos.

El siguiente capítulo se dedica a la justicia indiana. Desarrolla la explicación de las Audiencias y de sus tribunales subordinados, como los Justicias Mayores y su respectiva evolución.

Los capítulos sexto y séptimo se dedican respectivamente al examen de

la Real Hacienda y a la defensa militar del hemisferio indiano, con especial mención a la situación de la "Guerra de Arauco" chilena.

La tercera parte y final del trabajo en comento se dedica a un tema nunca suficientemente atendido por la literatura de los últimos años,¹ que es el de la doble naturaleza del régimen político americano, denominado por el autor "Las dos Repúblicas de las Indias", con lo que se engloba tanto a las instituciones particulares, creadas por los conquistadores para regir la vida local en sus respectivas villas y ciudades, con una muy didáctica presentación del tema de los cabildos indianos, como a las instituciones y costumbres propias de los naturales, que pervivieron durante el periodo hispánico y que permitieron la organización de la vida local, dentro de las cuales ha de destacarse la explicación de la política real de establecer en las zonas pacificadas los llamados "pueblos de Indios" y los principales problemas o dificultades que tal política significó para la Corona.

Este sumario esbozo no haría justicia a la obra que pretende comentar si no se destacase debidamente la muy prolija redacción de la misma. El lenguaje empleado es de una claridad envidiable para materias no siempre de fácil análisis y la exposición resulta en todo momento lógica, ordenada y por ello grata a todo lector.

El propósito encomendado al autor no resultaba despreciable: nada menos que el refundir en un solo texto, por demás sintético, la panorámica general de las instituciones indianas, noble tarea que bien podría haberse encomendado a algún jurista indiano clásico como Solórzano, Hevia Bolaños o Gregorio López. Por ello no es el menor mérito del libro el que el profesor Barrientos Grandón haya logrado tan destacable resultado en apretadas 270 páginas.

El libro no solo permitirá a los estudiantes del curso de Historia del Derecho formarse una completa imagen del interesante tema del gobierno del mundo indiano. Además, servirá para orientar a los docentes en el manejo de los contenidos esenciales acerca de la monarquía hispánica. La metodología empleada en su exposición asegura que el modelo del profesor Barrientos será imitado a partir de ahora.

La sucinta pero valiosa bibliografía incluida en la obra permite encontrar desde obras clásicas hasta muy recientes aportaciones a la ciencia de la historia jurídica. Es, entonces, completamente efectiva la aseveración de don Rafael del Pino contenida en la presentación de la obra,

¹ Aunque sí tratado en forma adecuada por los clásicos.

cuando señala que con ella se fija también “un estado de la cuestión” tratada.

Esperamos que el texto comentado en estas breves líneas tenga la difusión adecuada entre nosotros. El valor de sus contenidos y la exposición pulcra y asequible con que el profesor Barrientos ha desarrollado la materia, justifican que se le recomiende ampliamente como material de estudios para los estudiantes de Historia del Derecho tanto en España como en todo el mundo hispanoamericano.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

De **Héctor Humeres Noguera**

Editorial Jurídica de Chile,
Santiago, 2004

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Directora de Carrera Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Coincidiendo con los tiempos en los que el país requiere de mayores y mejores respuestas por parte del Derecho Laboral, aparece la 17ª edición de la obra "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", la que fuera iniciada el año 1956 por don Héctor Humeres Magnan, y que fuera continuada posteriormente en forma conjunta con su hijo don Héctor Humeres Noguera, profesor de la asignatura en las Facultades de Derecho de las Universidades de Chile, del Desarrollo y Gabriela Mistral. Este la ha seguido desarrollando en forma individual a contar de la fecha de fallecimiento de su padre (1995), habiendo alcanzado una notable cantidad de ediciones, lo que la convierte en la obra jurídica más editada en el país y con más de 15.000 ejemplares vendidos.

En esta oportunidad, la obra se edita en tres tomos: uno destinado al Derecho Individual y al Procedimiento Laboral (ya en circulación), otro al Derecho Colectivo (a publicarse en enero de 2005), y un tercero al Derecho de la Seguridad Social (a publicarse en marzo de 2005).

La obra se presenta aumentada y actualizada, debiendo destacarse la abundante jurisprudencia administrativa y judicial que se contiene en ella, capítulo a capítulo, lo que la enriquece notablemente y permite formarse una idea muy cabal acerca del alcance de las materias en ella tratadas.

Del mismo modo, la señalada división propicia un acercamiento con los actuales programas de la asignatura respectiva, lo que le facilitará notablemente al estudiante de Derecho su acercamiento a la materia.

Nos encontramos, pues, ante una acertada iniciativa, de calidad e indiscutible utilidad y actualidad, en la que se abordan con objetividad los temas más trascendentes de la realidad del trabajo y su regulación.

Por estos motivos vislumbramos –desde ya– que la obra tendrá una notable repercusión en el ámbito al cual ella está dirigida, tanto por los inevitables cambios legislativos registrados como por las relevantes implicaciones sociales y humanas que ella tiene, por lo cual debemos contribuir, cada día, como en ningún otro campo, a hacer primar la finalidad última del Derecho, la justicia.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad

País

Teléfono

Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T.

E-mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado:

a nombre de "Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de US\$/\$ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 15.000	\$ 25.000
América (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 35,00
Europa y otros (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 40,00

* Incluye gastos de envío e impuestos.

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. Las Condes 12.584
Santiago / Chile.
Fono 56-2-2999271
Fax: 56-2-299 92 99
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268670
Fax: 56-41-268669
E-mail: svaldebenito@udd.cl

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.



R000750