

ACTUALIDAD JURIDICA



Año VII

N° 13

Enero 2006

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Ley 20.050, de 26 de agosto de 2005,
sobre Reforma Constitucional**

•
**Hacia un nuevo
Derecho de Familia**

•
**Tratados y el Derecho Internacional
en la Reforma Constitucional
de 2005**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año VII, N° 13 - Enero 2006



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

2002012

Indice de Contenidos

• Presentación	5
-----------------------------	---

Tema central: *Reformas Constitucionales Ley N° 20.050*

• La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto. E. Andrades R.	11
• Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005. R. F. Campusano	25
• Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional. C. Cruz-Coke O.	43
• Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional. L. Bulnes A.	97

Ensayos y Estudios

• Hacia un nuevo derecho de familia. P. Rodríguez G.	117
• Alcance del legítimo contradictor en las acciones de filiación. H. Rosende A.	137
• Algunas reflexiones sobre la compensación económica. P. Veloso V.	171
• Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el derecho civil chileno. J. R. de Verda y Beamonte	189
• La cesión de contrato en el derecho colombiano. F. Mantilla E.	209
• La dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia. H. Oberg Y.	233
• La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios. C. Palavecino C.	245
• Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis. C. Blanche R.	267
• Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento del mérito ejecutivo a la copia de una factura. J. García E.	275
• Licitación pública: concepto, principios y tramitación. I. Aróstica M.	291
• El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del tratado de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica. S. Gamonal C.	315
• Carl Schmitt. La agonía del <i>Ius Publicum Europeaum</i>. J. I. Vásquez M.	343
• Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas. E. Andrades R.	371
• La función social del mercado de valores. F. Juppet E.	393

Análisis Jurisprudencial

- **El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes.** E. Riosco E. 401
- **Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad.** J. Alvear T. 409

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** A. Fraga Y. 419
- **Participación en la XLI Conferencia de la FIA.** S. Huidobro M. 425
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** B. Caprile B. 435

Libros. Resúmenes y Recensiones

- ***Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias,*** de José Ramón de Verda y Beamonte. B. Caprile B. 441
- **Índice Revista *Ius Publicum* N° 15/2005** 447

Presentación



El tema central de este número de *Actualidad Jurídica* está dedicado a las reformas constitucionales aprobadas por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005. Bajo la consigna de que era necesario “democratizar” la Carta Política Fundamental, se introducen numerosas reformas a la Constitución de 1980. Incluso, a pretexto de las facultades que se confieren al Presidente de la República para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado, se cambia la firma del Jefe de Estado bajo cuyo gobierno fue originalmente aprobada y promulgada. Agréguese el hecho de que, innecesariamente, se cambia también la numeración de algunos de sus artículos para dar la imagen de una nueva Carta Magna. Este tipo de recursos, de muy dudosa utilidad y, por qué no decirlo, de muy mal gusto, nada aportan a la convivencia nacional, tanto más cuanto que fue el itinerario fijado en la Constitución de 1980 el que permitió restaurar en Chile la plena democracia política, luego del plebiscito de 1988.

Las principales reformas dicen relación con las facultades del Jefe del Estado, entre otras cosas, para llamar a retiro a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden; con la transformación del Consejo de Seguridad Nacional en un órgano meramente consultivo; con la eliminación de los senadores institucionales y vitalicios; con las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados; con las atribuciones del Tribunal Constitucional; con las normas que rigen la aprobación de los tratados internacionales; etcétera.

Se ha puesto fin a lo que se dio en llamar “los enclaves autoritarios”, que constituían resguardos jurídicos destinados a evitar que en el futuro Chile volviera a vivir una crisis tan profunda como la que nos afectó en 1973. No puede olvidarse que la Constitución de 1980 fue “hija de su tiempo”, fruto de una dolorosa experiencia que ha dejado heridas muy profundas que aún perviven, y que surgió, precisamente, para dar estabilidad al país, fortalecer al

“estado de derecho” y la continuidad al sistema democrático. Es posible que muchas de aquellas normas ya no sean importantes (como sucedió con las facultades del Consejo de Seguridad Nacional, que en el curso de los últimos 16 años nunca fue convocado, salvo por decisión del Presidente de la República), pero en su momento contribuyeron a consolidar la nueva institucionalidad. Es lamentable, por otra parte, que el proselitismo político haya logrado desfigurar la importancia de los “senadores institucionales”, que, precisamente, por no tener origen en el voto popular, podían aportar una dosis indispensable de serenidad, equilibrio y, por sobre todo, conocimientos especializados, puesto que ellos provenían del desempeño de las más altas funciones en la comunidad (rectores de universidad, ex contralores, ex ministros de Estado, ex comandantes en jefe, ex ministros de la Corte Suprema). Sin duda, la contribución de todos ellos enriqueció la tarea legislativa y permitió que en el Senado no sólo predominaran los intereses político-electorales, como sucederá en el futuro.

Para nosotros revisten una especial importancia las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional, comenzando por su integración y sus funciones. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha dejado de ser de competencia de la Corte Suprema, pasando a ser conocido por el Tribunal Constitucional. Paralelamente, se introduce un nuevo recurso (de acción popular), destinado a obtener que se declare inconstitucional una norma legal con efecto absoluto, cuando ya ha sido declarada inaplicable y concurren en este nuevo pronunciamiento las tres quintas partes de los ministros en ejercicio de dicho Tribunal. La conclusión que forzosamente se saca de esta reforma es, en cierta medida, desoladora: la Corte Suprema no veló como correspondía por el principio de supremacía constitucional, desaprovechando las facultades que le confería la Carta Fundamental para declarar, incluso de oficio, la inaplicabilidad de un precepto inconstitucional.

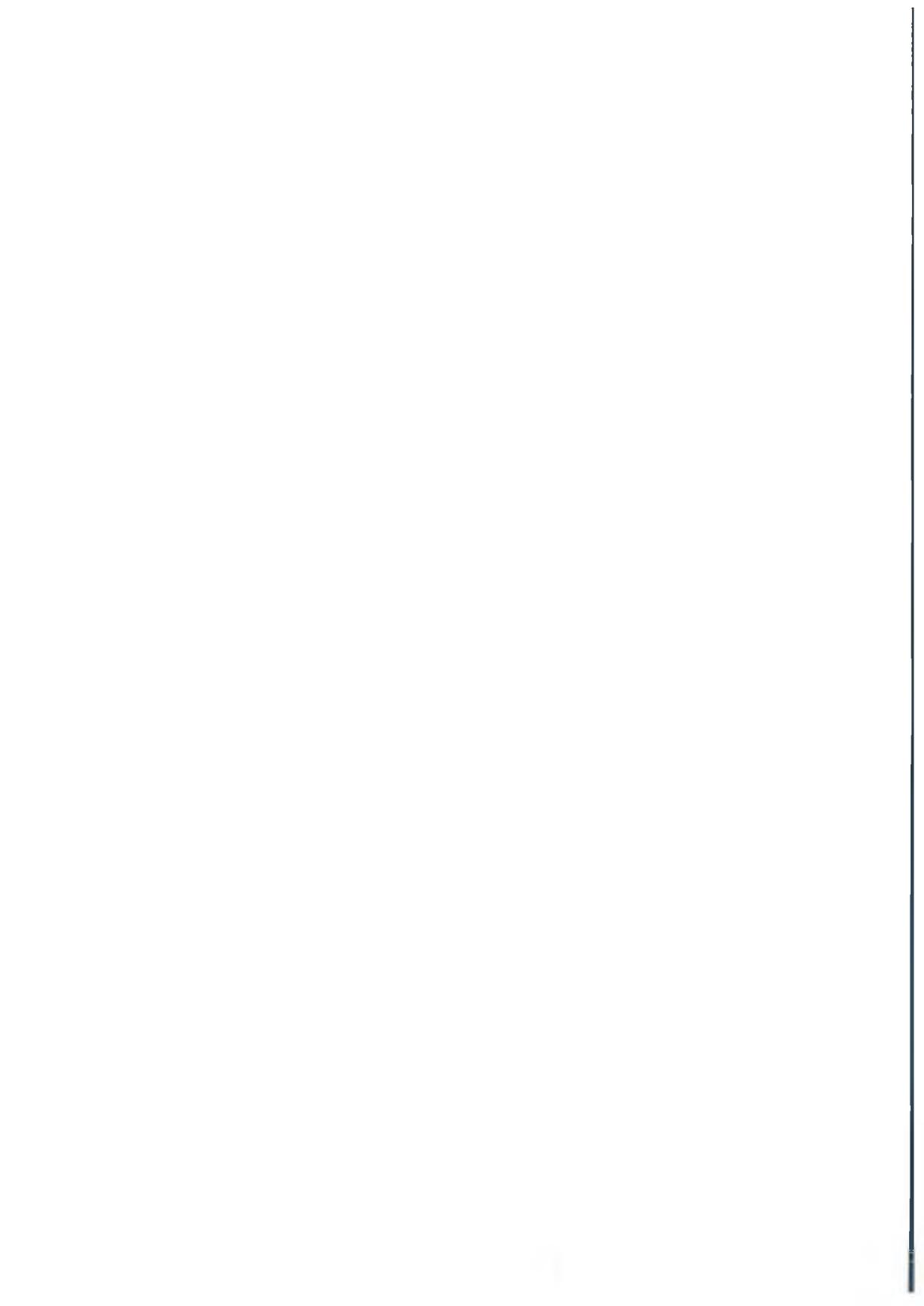
No es fácil evaluar estas reformas. Ellas dan cuenta, una vez más, de una “ley de hierro”, conforme a la cual la actividad política tiende naturalmente a dominar el ejercicio de las demás potestades, lo cual, en su estado degenerativo, termina con el desplazamiento de toda manifestación de poder a las directivas partidistas (“partitocracia”). Con todo, es esperanzador que no se hayan afectado los grandes principios en que se sustenta el orden institucional (la concepción del Estado subsidiario, el respeto por los cuerpos sociales intermedios, el derecho a ejercer toda actividad económica lícita, el respeto por los derechos fundamentales de la persona humana, el estatuto que ampara el dominio, etcétera). El tiempo, que, a corto o largo plazo, termina siendo un juez implacable y justo, revelará si esta reforma consolida la democracia, el estado de derecho y el progreso o, por el contrario, debilita las bases en que se sustenta un cuarto de siglo de innegable desarrollo y crecimiento.

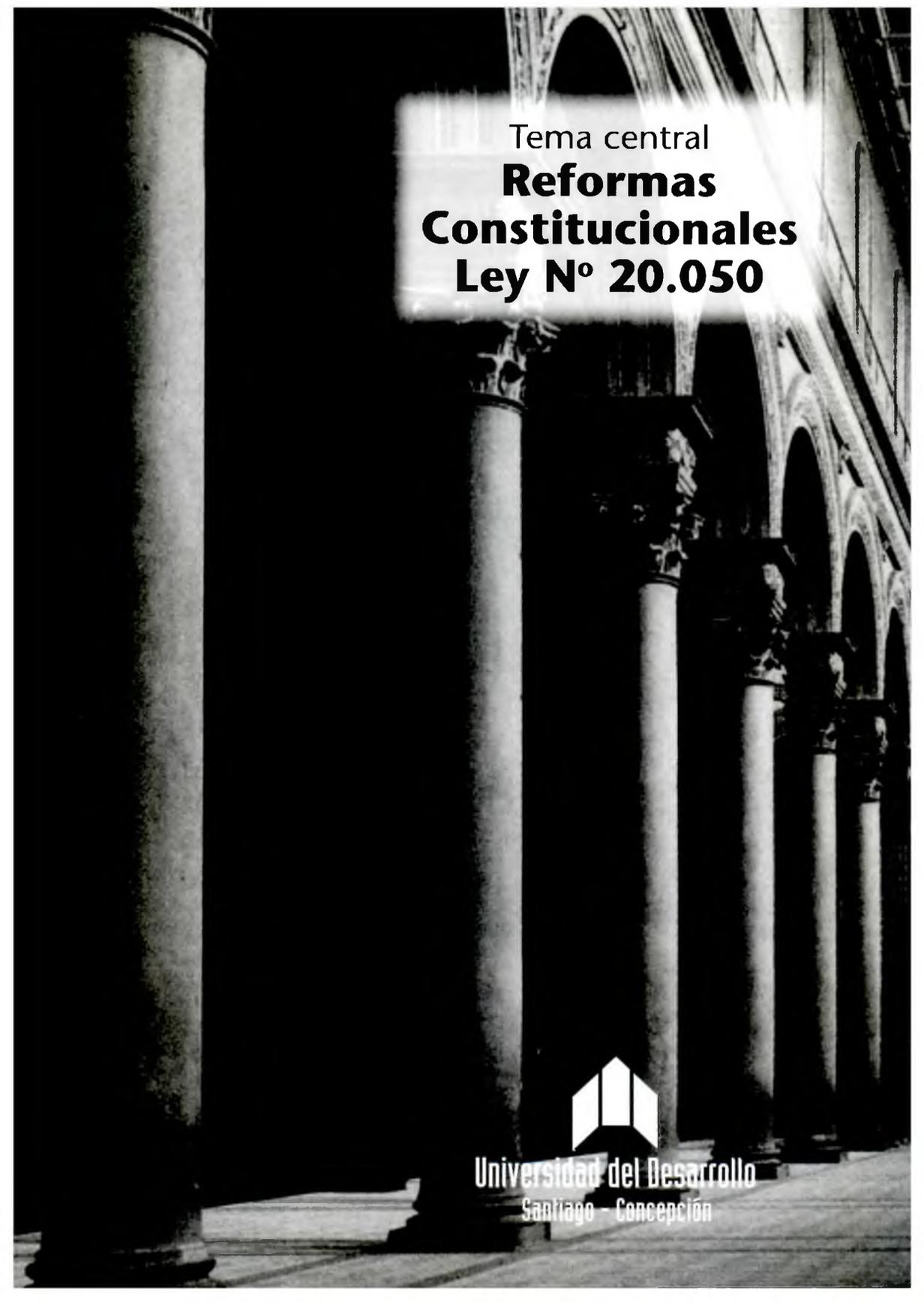
Si la Constitución de 1980 nació para reforzar el reingreso del país al pleno ejercicio y funcionamiento de sus instituciones democráticas, resulta explicable y racional ir adecuando sus disposiciones a la realidad actual. Lo que interesa, en este contexto, es la dirección y la oportunidad de las reformas y la posibilidad de que ellas puedan erosionar una construcción que surgió con ocasión de una crisis política cuyas desastrosas consecuencias nadie puede ignorar.

Actualidad Jurídica, siguiendo su tradición, ha dado espacio a destacados especialistas, a fin de que sean ellos los que valoricen esta reforma y analicen las proyecciones que la misma tendrá en el futuro de la República. Creemos que con ello satisfacemos las inquietudes que asaltan a muchos ciudadanos, atentos al devenir político institucional y conscientes que de éste depende el porvenir de Chile.

EL DIRECTOR



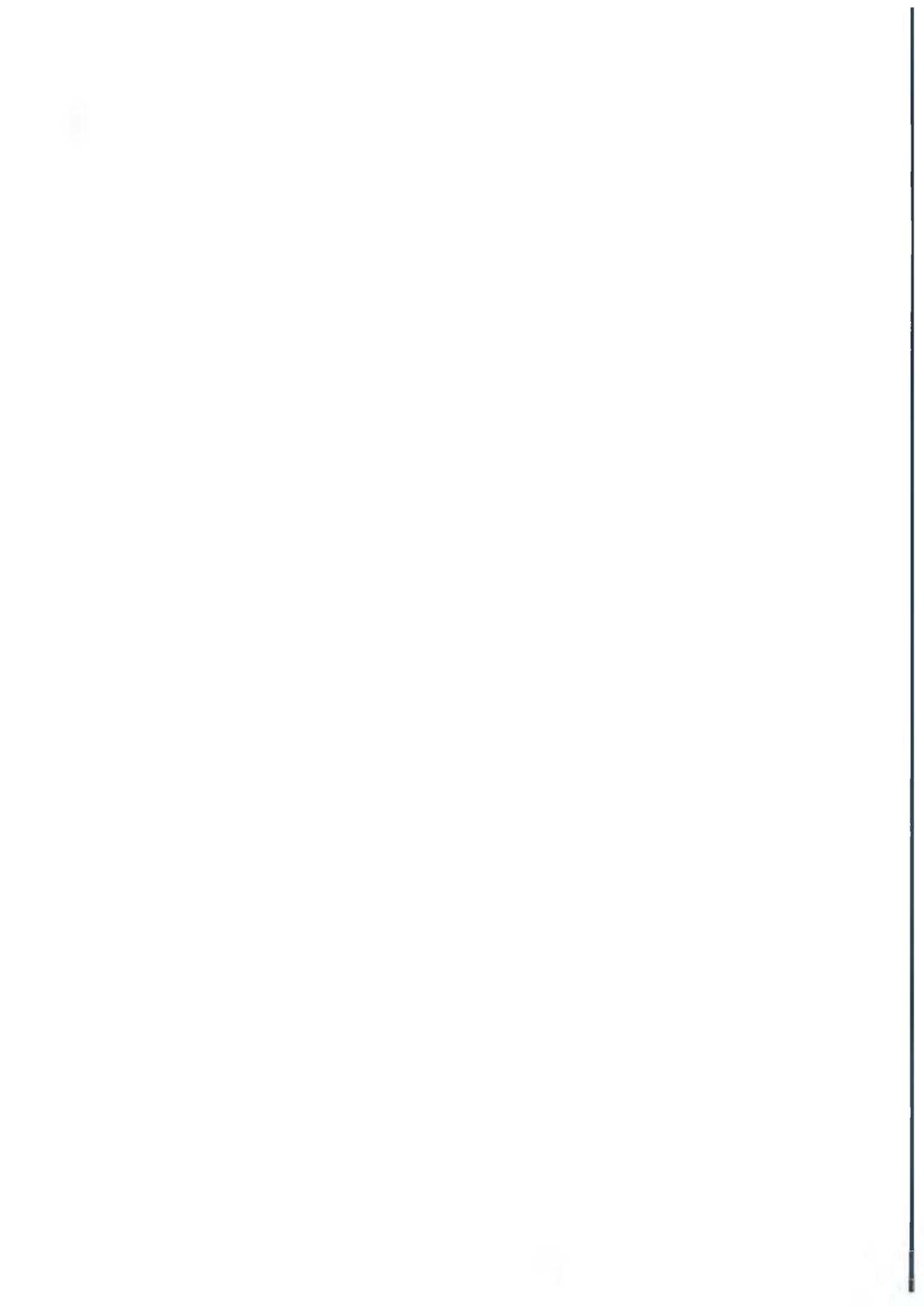




Tema central
**Reformas
Constitucionales
Ley N° 20.050**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción





La Reforma Constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto

Eduardo Andrades Rivas

Profesor Titular de Historia del Derecho
e Historia Constitucional de Chile

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

Con la publicación de la reciente Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, se cierra un largo proceso de debate parlamentario y político acerca de la reforma a la Constitución de 1980. Con todo, la aprobación de la citada ley de reforma presenta ciertas particularidades que motivan el presente artículo. En efecto, la forma en que fue aprobada una parte importante de las enmiendas adoptadas, mediante un "veto aditivo" de origen presidencial, plantea una serie de inquietudes que el presente trabajo tiene por objeto despejar: ¿Es legítimo legislar mediante vetos? ¿Puede el Congreso Nacional abdicar de su rol de control, discusión y eventualmente de su participación legislativa? ¿Qué hay de la "inconstitucionalidad de una reforma constitucional"? En el curso de las siguientes líneas plantearemos estas interrogantes.

Planteamiento de la cuestión

Una de las características que se reclama en todo sistema constitucional es que él sea capaz de evolucionar, adaptarse a las circunstancias histórico-sociales que varían de época en época y que exigen de la Constitución un cambio que refleje y conduzca tal evolución social. Ya lo señalaba Portales respecto del régimen político que acogió la Constitución de 1833.¹

¹ Portales fue un genio de la política real. Sus fórmulas se caracterizaban por una profunda comprensión de las limitaciones de la sociedad de su época y por ello su éxito secular. Pero el Ministro no rechazaba el cambio, es más, lo estimaba deseable: *"La democracia que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en países como los americanos llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud como es necesario para establecer una República. La monarquía no es tampoco el ideal americano: salimos de una terrible para volver a otra y ¿qué ganamos?; ¿pero sabe cómo yo lo entiendo para estos países? Un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el gobierno completamente liberal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos. Esto es lo que yo pienso y todo hombre de mediano criterio pensará igual"*. Cfr. Carta de don Diego Portales a don José Luis Cea, su socio y amigo, marzo de 1822. Cfr. DE LA CRUZ, Ernesto, *Epistolario de Don Diego Portales*, tomo I, Dirección General de Prisiones, Santiago, 1936, p. 177.

Ahora bien, la reciente reforma constitucional aprobada por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, ha concretado en la realidad política chilena la necesidad de cambio que indicamos. Su tramitación, iniciada al comienzo del periodo presidencial del actual Primer Mandatario,² concluyó a mediados del mes de agosto de 2005. Pero lo que ha motivado este trabajo es la forma en que dicha reforma ha sido aprobada en definitiva.

En efecto, gran parte de las iniciativas de reforma, un total de 26, se han acordado mediante la curiosa fórmula del veto presidencial. Con ello quedan planteadas numerosas dudas y no pocos problemas a futuro.

Por todo ello es preciso recordar algunas cuestiones fundamentales acerca del veto y sus alcances, antes de estudiar lo sucedido en este caso en particular.

El veto en los orígenes del constitucionalismo

El veto presidencial encuentra sus orígenes en las instituciones del llamado Antiguo Régimen. Es, en efecto, una supervivencia del poder de los monarcas para contener legislaciones fruto de las Cámaras aristocráticas y censitarias, que no resultaban de su parecer o conveniencia. Este veto, llamado "absoluto", impedía del todo la aprobación del proyecto de ley.

La primera carta política escrita, la Constitución de Filadelfia de 1787, consagró esta institución radicándola en el Presidente de la Unión. Sin embargo, no fue el veto absoluto el que fue recogido. Los padres fundadores de Estados Unidos estimaron que un poder de esa naturaleza podría poner en entredicho la representación popular radicada en el Congreso y por ello permitieron que pese al veto, las Cámaras conservaran la facultad de insistir en el proyecto rechazado por el Presidente, si reunían los 2/3 de los miembros de cada corporación.

La citada carta estadounidense consagra así el llamado "veto suspensivo", que consiste en la facultad del Presidente de manifestar su oposición a un proyecto de ley aprobado por el Congreso Federal, impidiendo que éste se convierta en ley, pero esta oposición puede ser vencida por el Congreso, si insiste por los quórum aludidos.

² Cfr. Boletines del Senado: las dos iniciativas de reforma constitucional, de origen parlamentario, fueron presentadas con la misma fecha: 4 de julio de 2000 y posteriormente refundidas en un solo proyecto, el que contó con el patrocinio del Ejecutivo. Se trata de los boletines N°s 2526-07 y 2534-07 <http://www.bcn.cl/portada.html>.



En los hechos, la experiencia constitucional de Estados Unidos ha consagrado un segundo tipo de veto "implícito"³ en el texto constitucional. Por ello se habla de dos clases de vetos: el "ordinario", que es el que venimos hablando y que importa la imposibilidad de que el proyecto devenga en ley debido a la oposición presidencial, veto que debe ser acompañado de la fundamentación o razones para el rechazo del primer mandatario; y el "veto de bolsillo", que tiene lugar cuando el Presidente no firma el proyecto sancionándolo dentro del plazo de diez días y el Congreso se encuentra en receso. En este caso el proyecto no será aprobado hasta que se reinicien las sesiones del Congreso.

La práctica constitucional del país del Norte nos demuestra que el veto ha sido usado exclusivamente para contener desbordes legislativos. No conoce la práctica estadounidense del veto sustitutivo o del aditivo, este último motivo de nuestras reflexiones.

Los Presidentes de Estados Unidos han hecho uso más o menos prudente del veto y han sido muy pocas las oportunidades en que tal oposición ha sido levantada por el Congreso, debido al altísimo quórum requerido para ello.⁴ Muy contados han sido los presidentes que han recurrido al veto como instrumento ordinario en sus relaciones con el legislativo.⁵

En lo que toca a nuestra historia constitucional, la Carta de 1833 consagró, en referencia al veto, la fórmula del "veto absoluto". Ha de recordarse que de acuerdo a las disposiciones originales de dicha Constitución, el predominio de la figura del Presidente de la República era incontrarrestable. El "principal resorte de la máquina", como solía denominarlo el genial ministro Portales, poseía *de iure* las potestades para controlar la actividad del Parlamento y una de ellas era el veto.

La reglamentación del mismo contenida en los artículos 45 y 46 del texto original de la Constitución de 1833 preceptuaba que en caso de que el Presidente de la República devolviera el proyecto de ley desechándolo en el todo, se tendría por no propuesto (Art. 45). Y lo mismo ocurría en el caso de que habiendo formulado el Primer Mandatario alguna corrección o modificación, las Cámaras no aprobaran dichas correcciones o modificaciones (Art. 46 inc. 2°).⁶

³ Cfr. García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984, pp. 389-390.

⁴ Resulta casi del todo imposible que, atendida la estructura política bipartidista que impera en la nación del Norte, un Presidente no cuente al menos con un tercio de apoyo en alguna de las Cámaras, tercio que basta para sostener el veto.

⁵ El más reciente es el del presidente Franklin D. Roosevelt, quien promovió 624 vetos, hasta el término de su mandato, acaecido por su muerte en 1945. Cfr. García Pelayo, Manuel, *ob. cit.*, p. 390.

⁶ Cfr. Constitución de la República Chilena de 1833, en Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1986, p. 180

La razón de haber dotado al Presidente con tan formidable facultad se encuentra en los presupuestos políticos del establecimiento de la Constitución de 1833, el principio de autoridad y el gobierno centrado en el Presidente de la República, centralizador y fuerte, un verdadero monarca, sólo que transitorio y electivo.

No obstante, la evolución política del régimen llevó a que durante el llamado "Periodo Pseudoparlamentario" de gobierno (de 1891 a 1924) se aprobara una reforma constitucional que reemplazó el "veto absoluto" por el "veto suspensivo" en términos semejantes al veto estadounidense.⁷ Aunque con mayor amplitud que en su modelo original, pues el veto suspensivo chileno puede ser total o parcial y no solo total, como en el caso del estadounidense.

La Constitución de 1925 mantuvo el mismo sentido del veto como "suspensivo" en sus artículos 53 y 54.⁸ Es bajo la vigencia de dicho texto constitucional que se inicia la política de distinguir entre vetos supresivos, sustitutivos y aditivos, que examinaremos enseguida.

Alcances del veto en nuestra práctica constitucional

En primer lugar hemos de precisar los alcances de la voz "veto" en el diccionario. La Real Academia Española acoge el significado político-jurídico que le hemos asignado al indicar que veto es el "*Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo. Usado principalmente para significar el atribuido según las Constituciones al jefe del Estado o a la segunda Cámara, respecto de las leyes votadas por la elección popular*".⁹ El mismo diccionario acoge la clasificación del veto en absoluto y suspensivo.

Por su parte, el actual artículo 73 de la Constitución de 1980 dispone, siguiendo a la Carta de 1925:

"Artículo 73.¹⁰ Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.

En ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa

⁷ Cfr. El texto completo de la Ley N° 43, de 26 de junio de 1893, en Valencia Avaria, Luis, ob. cit., p. 210.

⁸ Cfr. Constitución Política de la República de Chile de 1925, en Valencia Avaria, Luis, ob. cit., p. 226.

⁹ Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, p. 2293.

¹⁰ Originalmente artículo 70.

con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo.

Si las dos Cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación”.

Como se aprecia, la normativa mantiene las características propias de un veto suspensivo. Pero los alcances que hemos de dar a dicho veto son los que nos deben interesar.

En su inciso segundo el artículo que hemos transcrito consagra una limitación al veto, que pudiera interpretarse como una base para el veto aditivo, al disponer que no se aceptarán observaciones que no tengan relación con las ideas matrices del proyecto o que no se hayan planteado en el mensaje respectivo. Veremos en seguida como esta última disposición es motivo de una compleja cuestión.

Entre nosotros, el profesor Nogueira Alcalá afirma que “el veto puede ser clasificado en *veto supresivo*, *sustitutivo* o *aditivo*. Estamos en presencia de un *veto supresivo* cuando las observaciones del Presidente de la República tienen por objeto eliminar algunas normas del proyecto aprobado por las dos ramas del Congreso. Se trata de un *veto sustitutivo* cuando el Jefe de Estado a través de sus observaciones busca alterar el contenido de algunas normas aprobadas por el Congreso o incorporando en ellas ideas o criterios diferentes a los aprobados por el Parlamento. Finalmente estamos frente a un *veto aditivo* cuando el Presidente de la República a través de sus observaciones al proyecto aprobado por el Congreso desea agregarle algunas disposiciones nuevas, no consideradas por el proyecto ya aprobado”.¹¹

La Ley Orgánica del Congreso Nacional, N° 18.918 (Diario oficial de 5 de febrero de 1990), en sus artículos 32 a 36 detalla la tramitación a la que debe ser sometido el veto. En la ley no se hace mención a las particularidades de los tres tipos de veto a que alude el profesor Nogueira. Ello se debe a que esta distinción es producto de la práctica legislativa desde 1925 en adelante y no se encuentra recogida en el derecho positivo.

¹¹ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, Sección segunda, Congreso Nacional, en Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio, y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 175.

En efecto, durante la vigencia de la Carta promulgada por el Presidente Alessandri Palma, se aceptó plenamente la práctica de los “vetos aditivos”. La fuente de tal costumbre se encuentra en la gran amplitud de los términos del precepto constitucional: las *observaciones convenientes* de que habla el artículo 73 pueden extenderse a las más variadas materias: oponerse a algunos o todos los preceptos, sustituir algunos o añadir otros.¹²

La extensión del veto se vuelve así evidente. Las adiciones están claramente aceptadas por el texto constitucional y con ello se abre la posibilidad de su mal uso, cuestión que tratamos aquí precisamente.

Nos dice el profesor Silva Bascuñán, “el veto está consagrado fundamentalmente para impedir una legislación que el Presidente no considera aconsejable, pero no para que por su intermedio imponga normas jurídicas que no han sido debidamente analizadas por la opinión pública y la representación nacional”.¹³

No podemos sino concordar plenamente con las palabras del profesor Silva. Es exactamente éste el caso, cuando mediante un veto se acepta y aprueba con gran entusiasmo una serie de reformas que no sólo no han sido sometidas a la opinión pública, la que ha permanecido completamente ignorante de las mismas, sino ni siquiera al Congreso, cuyos miembros aceptan sin cuestionamiento alguno el que se vulneren los más elementales principios de la discusión parlamentaria, sin entrar en la abierta vulneración del texto del capítulo de reforma constitucional en materia de quórum para llevar adelante y aprobar cualquier enmienda a la Carta Fundamental.

Los vetos en la reforma de 2005

Un primer punto de interés radica en el anonimato material sobre los autores de los vetos incorporados al texto de la reforma. El texto aparece firmado por el Presidente de la República y su Ministro del Interior, Francisco Vidal Salinas; y el Secretario General de la Presidencia, Eduardo Dockendorff Vallejos, sin embargo, no resulta plausible pensar que la redacción de las normas recayó personalmente en estas autoridades. Decimos esto no por una suspicacia excesiva, sino porque al ignorar la identidad de los autores de los textos enviados al Parlamento, desconocemos también las motivaciones que los mismos tuvieron al redactar dichas normas.

¹² Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII, Congreso Nacional, *La función legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 182.

¹³ Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit. p. 185.

El escrito de veto indica:

“El sentido y objetivos de los vetos es múltiple.

Primero, es una fórmula que se justifica ante la ausencia de la Comisión Mixta en materia de reforma constitucional para absorber (sic) las diferencias manifestadas durante la tramitación de este proyecto entre la Cámara y el Senado. Desde este punto de vista, recoge parte significativa de un debate parlamentario propiamente tal y al cual concurre el Ejecutivo en su papel de colegislador colaborando, propiciando o reproduciendo acuerdos legislativos.

Segundo, los vetos permiten darle plenitud y armonía al texto constitucional en los casos en que ello no se logró por la celeridad y compleja tramitación y negociación final.

Tercero, este trámite también puede servir para precisar la orientación e interpretación de algunas normas que no resultan claras en sentido o alcance.

Cuarto, los vetos que siguen no buscan introducir temas nuevos. Sólo se les ha utilizado para resolver asuntos ya planteados y no resueltos adecuadamente así como para resolver vacíos que resultan un complemento indispensable de las modificaciones ya hechas.

Quinto, este ejercicio gubernamental ha permitido traducir el espíritu de los acuerdos parlamentarios suscritos amplia y consensuadamente.

El conjunto de estas indicaciones son veintisiete vetos y, además, el mensaje de esto (sic) vetos contiene algunas precisiones interpretativas para precaver problemas futuros”.¹⁴

Analicemos brevemente el texto transcrito:

1) Se nos dice que al no existir comisión mixta para la tramitación de la reforma constitucional, el veto vendría a llenar ese “vacío” del texto político al permitir que se establezca una fórmula de acuerdo entre las dos Cámaras. La verdad es que no se ve cómo pueda cumplir el veto aditivo este papel, toda vez que plantea cuestiones que ni siquiera llegaron a ser motivo de discusión en particular, como por ejemplo el control ético de los profesionales por parte de sus organizaciones gremiales.

¹⁴ Cfr. el texto completo de los vetos enviados por el Presidente de la República al Congreso Nacional en: http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php?id_archivo=1901&file=1

2) En el mismo apartado se nos indica que se ha recogido parte significativa del debate parlamentario, pero desde luego se tiene mucho cuidado de no precisar a qué debate se refiere. La verdad es que al observar el texto de los vetos propuestos, se concluye que un total de 15 no tienen relación alguna con el debate parlamentario que recayó en las iniciativas de reforma.

3) Se indica que los vetos vendrían a “dar plenitud y armonía” al texto en los casos en que ello no se logró. Pero cuando se aprecia la redacción de las iniciativas incorporadas queda la sensación de que estamos en presencia de normas deficientemente meditadas y que lejos de “dar plenitud y armonía” a la Constitución, abundan en contradicciones, oscuridades y problemas de interpretación.

4) Se le atribuye al veto aditivo un alcance interpretativo de la reforma. Creemos que tal pretensión resulta excesiva. Si el mismo texto del veto presenta oscuridades y contradicciones, ¿cómo pensar que él servirá para interpretar nada?

5) Se señala también que los vetos “no buscan introducir temas nuevos”. Difícilmente podríamos concordar con tal afirmación al contemplar el texto del artículo 19 N° 4° reformado. En materia de protección del honor y la vida privada de las personas la disposición en comento es fruto de una pública presión gremial sobre el Ejecutivo, que estuvo al margen de toda discusión parlamentaria.

Las materias que incorporan los vetos

Formulemos una breve enunciación de los vetos incorporados a la reforma:

1) En los vetos N°s 1 y 26 se ajusta el texto constitucional a la nomenclatura de la Reforma Procesal Penal, al disponer que de ahora en adelante la causal de suspensión del derecho a sufragio afectará a los “acusados” en vez de “procesados”.

2) En el veto N° 2 se establece un nuevo texto para el Art. 19 N° 4° de la Constitución en materia de protección al honor y la vida privada.

3) El veto N° 3 se refiere a la parcial derogación del régimen de prisión preventiva tratándose de delitos terroristas.

4) El veto N° 4 trata del ajuste en la redacción de la institución de la indemnización por error judicial, al reemplazar la expresión “sometido a proceso” por

“acusado”. Tiene entonces un alcance similar, meramente semántico, al del punto 1. Y es el único veto rechazado.¹⁵

5) Los vetos N°s 5 y 27 tratan de una de las materias más defectuosamente consagradas: la eventual tutela de la ética profesional por parte de las asociaciones gremiales respectivas. Por su importancia, trataremos el tema separadamente.

6) El veto N° 6 se refiere a la eliminación del requisito de residencia para los senadores. Resulta lamentable apreciar cómo ha ido desapareciendo virtualmente toda obligación de residencia efectiva en el texto constitucional. Una muestra más del centralismo desembozado de los partidos políticos.

7) El veto N° 7 aborda otra cuestión formal y semántica: al disponer el cambio de la expresión “detentaba” por la de “ejercía” para el caso de una vacancia de cargo de parlamentario.

8) El veto N° 8 se refiere al límite de veces que un Ministro puede ser citado a comparecer ante las comisiones investigadoras de la Cámara. Estimamos muy lamentable la introducción de este precepto, que vulnera evidentemente el espíritu de la reforma, que pretendía fortalecer la función fiscalizadora de los diputados.

9) Los vetos N°s 9 y 24 abordan la necesidad de que el Presidente consulte el parecer de las Cámaras para denunciar tratados aprobados por el Congreso y al cumplimiento de la regla del quórum por parte de tratados anteriores a la reforma.

10) El veto N° 10 se refiere al inicio del fuero parlamentario, por cuestiones semánticas.

11) El veto N° 11 se refiere a la supresión de la distinción sobre legislatura ordinaria o extraordinaria en materia de plazo para ejercer el veto presidencial.

12) El veto N° 12 trata de causales para configurar inhabilidades para ser nombrado Ministro del Tribunal Constitucional.

13) En el veto N° 13 se aborda la precisión de la forma de funcionamiento del Tribunal Constitucional, en pleno o en dos salas.

14) En el veto N° 14 se establecen precisiones semánticas sobre cuestiones de procedimientos que se encargan al Tribunal Constitucional.

¹⁵ Al no obtener el respaldo respectivo en la Cámara de Diputados. Cfr. Oficio N° 5790 de 17 de agosto de 2005 en www.congreso.cl/bcn.cl.

15) En el veto N° 15 se consagra la facultad del Tribunal Constitucional de revisar la constitucionalidad de las instrucciones generales del Ministerio Público.

16) En el veto N° 16 se encarga al Tribunal Constitucional el conocimiento de las contiendas de competencia que antes correspondía al Senado.

17) El veto N° 18 trata de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional, la que debe hacerse con posterioridad a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algún precepto de ley.

18) El veto N° 19 suprimió una referencia al control preventivo de los autos acordados.

19) Los vetos N° 20 y 21 contemplan la regulación de un par de aspectos sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. En materia de declaración de inconstitucionalidad de los decretos supremos la sentencia tiene efectos retroactivos, eliminando del todo la norma impugnada, no así tratándose de las otras normas posibles de control, en cuyas sentencias respectivas no existe el efecto retroactivo.

20) El veto N° 22 aborda la formación de Comisión Mixta en materia de Reforma Constitucional.

21) El veto N° 23 se refiere a la integración del Tribunal Constitucional por parte de los actuales ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Son numerosas las oscuridades que pueden señalarse en los vetos enunciados. Abordaremos solo las que estimamos más graves y evidentes:

1) El veto sobre la tuición ética por parte de las asociaciones gremiales profesionales.¹⁶ Estimamos que con esta reforma se ha retrocedido peligrosamente en el grado de evolución que presentaba nuestro sistema constitucional. Ciertamente los autoproclamados "colegios profesionales" podrán sentirse satisfechos de esta victoria pírrica, pero los afectados no deberían permanecer inactivos en una cuestión de tanta importancia.

Se ha indicado por el anónimo autor del veto que la norma propuesta no fue aprobada en la Cámara de Diputados por falta de quórum. Es decir, hubo una expresa manifestación de voluntad de la Cámara en el sentido de NO aprobar

¹⁶ Sobre la naturaleza de estos gremios puede consultarse nuestro trabajo "Comentario sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las asociaciones gremiales profesionales", en XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, tomo III, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2000, pp. 209 a 239.

la norma propuesta, la cual, en efecto, requería de los dos tercios de los miembros en ejercicio de la corporación.

Así las cosas, el veto viene a burlar burdamente el quórum constitucional requerido, sin que los parlamentarios opositores hayan hecho nada para reclamar de este exceso.

Pero la norma adoptada presenta otro problema. El artículo 73 de la Constitución prohíbe las observaciones que no tengan relación con las materias centrales del proyecto o que no hayan sido incluidas en el mensaje respectivo. Al respecto, la comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, al conocer por primera vez del proyecto presentado a examen, frente a la tremenda divergencia que éste provocaba entre sus integrantes, acordó por **unanimidad** desechar la propuesta, “acordando no formular proposiciones en esta oportunidad sobre la materia”.¹⁷ Es decir, la reforma en comento no formó parte de las materias fundamentales de la discusión, sino que fue expresamente excluida. Y más grave aún, se olvida que en este caso el veto resultaba claramente inadmisibles, pues el precepto que incorporaba no se originó en ningún “mensaje” del ejecutivo, sino en una “moción” de cuatro senadores de la bancada de gobierno. En otras palabras, los presidentes de ambas corporaciones han desconocido gravemente la prohibición constitucional de aceptar un veto de esta naturaleza.

El profesor Silva Bascañán nos indica al respecto: “con motivo de la agregación de un precepto puede suscitarse el problema de si es o no consecuente su contenido con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, ya que sólo si queda dentro de éstas es constitucionalmente admisible la adición; si las excede y no obstante se aprueba, en atención a que se ha sobrepasado el marco impuesto por el constituyente, **nacería la facultad del órgano habilitado para recurrir al Tribunal Constitucional**”.¹⁸

Todo lo que hemos dicho apunta a demostrar que mediante el veto aditivo se ha vulnerado groseramente el procedimiento de reforma constitucional. Ello sin perjuicio de la muy defectuosa redacción de la norma aprobada al respecto. Así la disposición concede a los llamados colegios profesionales la facultad de controlar la conducta ética de sus asociados, como si hoy no pudiesen hacer lo mismo. Parece que se ha olvidado algo evidente y es que las asociaciones gremiales pueden perfectamente ejercer un control ético, pero el asociado, siendo libre de pertenecer o no al gremio respectivo, puede desafiliarse, cosa que la nueva norma no impide en absoluto. Además se encarga a la ley el control de los profesionales no acogidos a gremio alguno, mediante la tuición

¹⁷ Cfr. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, *Reforma a la Constitución Política de la República de 1980*, Valparaíso, 2001, p. 172.

¹⁸ El destacado en negritas es nuestro. Cfr. Silva Bascañán, Alejandro, ob. cit., p. 198.

por tribunales especiales o los ordinarios mientras aquellos no se establezcan, que es precisamente lo que hoy sucede.

Por ello la reforma en poco puede alterar la realidad de las cosas, no obstante que en su aprobación se han trasgredido todas las prohibiciones constitucionales.

2) En materia de protección del derecho al honor y a la vida privada de las personas: El veto mantuvo el principio general y eliminó toda reglamentación y desarrollo posterior del antiguo texto. Sin embargo se olvidan los motivos de tal conducta. Dos días después de aprobado el proyecto definitivo de reforma por las Cámaras, algunos periodistas descontentos con el texto aprobado realizaron públicas protestas al respecto. El Ejecutivo, muy sensible a la crítica político-periodística, se apresuró a declarar que "vetaría el proyecto", en el sentido que hemos referido, con completo desprecio por la labor y el debate realizado por las Cámaras al respecto. Y lo que resulta más sorprendente es que éstas aprobaron sin manifestar reparo alguno la norma contenida en el veto. De lo que resulta, en definitiva, que la reforma que se ha discutido a lo largo de 5 años es condicionada por la opinión, abundantemente difundida eso sí, de dos señores periodistas, cuya formación jurídica parece ser menos que escasa.

La falta de control y la actitud de los parlamentarios

En la tramitación de esta reforma es posible distinguir dos clases de comportamientos legislativos:

1) Por una parte un examen sereno, sosegado y acucioso de las reformas propuestas por ambas coaliciones políticas representadas en el Congreso. Este examen, prolongado a lo largo de 5 años, deja en evidencia un alto grado de acuerdo, que se reflejó en el texto de la reforma aprobado el 16 de agosto de 2005 y cuyo texto da cuenta de tal espíritu.

2) Sin embargo, en los diez días que median entre el 16 de agosto de 2005 y el 26 del mismo mes, en que se publicó la Reforma, se produce un extraño caso de entrega de las potestades de control y fiscalización de las dos Cámaras a favor de la estrategia del Ejecutivo, que mediante su veto modificó y amplió sustancialmente el texto de la ley sin pasar por los exámenes propios de todo proyecto de reforma: los informes de comisión, las discusiones particulares, la recepción de opiniones de los expertos, en suma, la discusión parlamentaria clásica.

Esta actitud, manifestada en ambas Cámaras, resulta inaudita y ciertamente preocupante. Si se observan los textos de sendos oficios remitidos por los respectivos presidentes de las corporaciones informando de la aprobación de los vetos, puede observarse la nula referencia a algo más que una aprobación

acelerada de tales preceptos.¹⁹ Se nos escapa la razón de esta conducta. Las motivaciones tras la misma pueden ir desde el deseo de dar rápida conclusión a un trabajo largo, exigente y complejo cuyo retardo podría significar un costo político indeseable en un año electoral, hasta la simple decisión de terminar con un proceso dilatado a como diere lugar, frente a la monolítica conducta del Ejecutivo.

A manera de conclusión

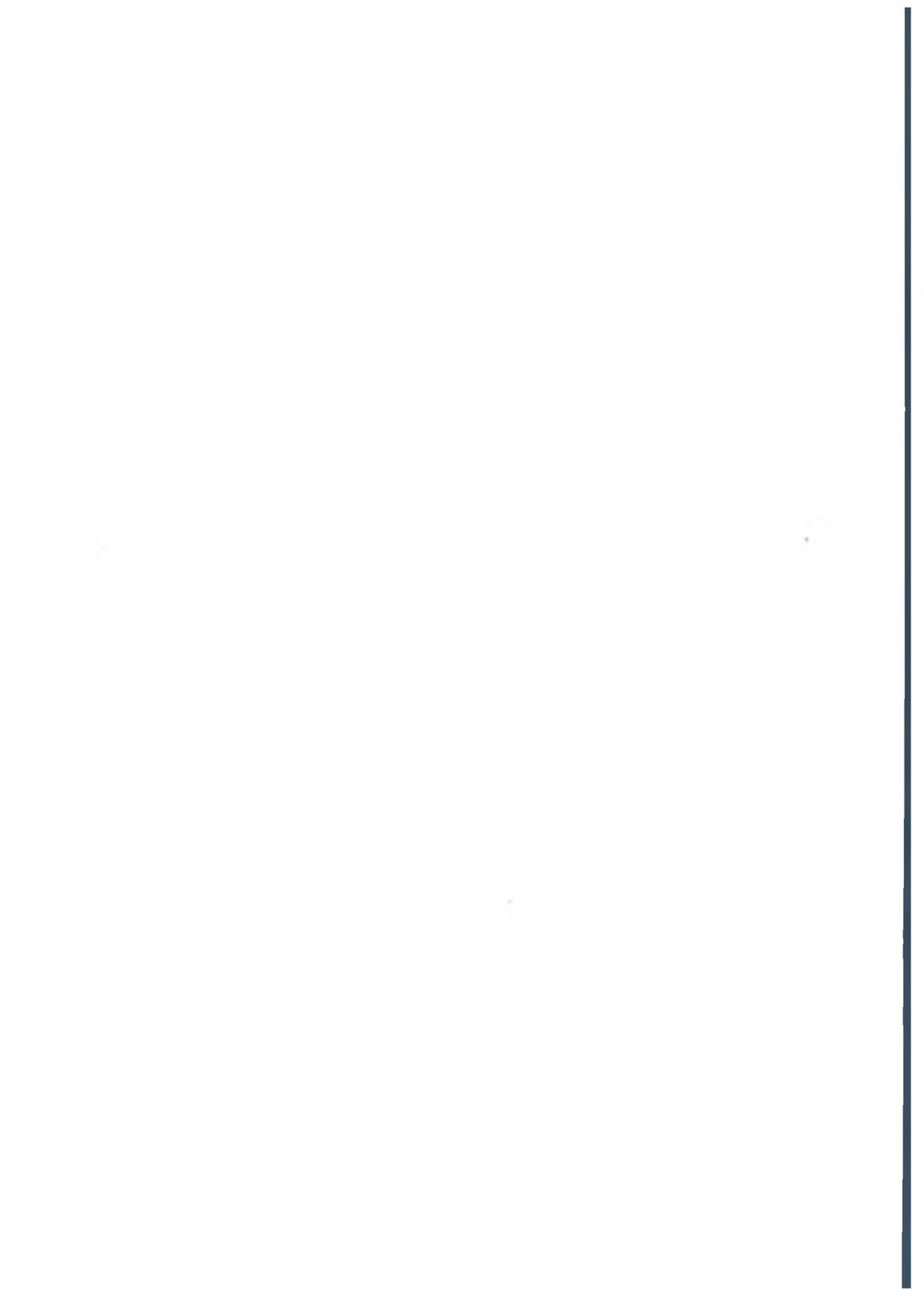
En las precedentes páginas hemos esbozado las observaciones y críticas que nos merece el papel ejercido por el veto presidencial en la aprobación final de la Reforma Constitucional de la Ley 20.050. Nos resta solo una reflexión final.

Hemos visto la completa pasividad de las Cámaras ante la introducción de una reforma que va mucho más allá de lo que ellas aprobaron. La aprobación de los vetos tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado se llevó adelante con una enorme mayoría, mucho más allá de los quórum mínimos requeridos por la Constitución, pero ni los boletines, ni los textos de los oficios de los presidentes de ambas corporaciones, al informar de la referida aprobación, mencionan la más elemental reacción o intento de fiscalización sobre los excesos cometidos al legislar mediante el veto aditivo.

Nuestra conclusión no puede ser sino pesimista. Si esto ha ocurrido con la tramitación de una reforma constitucional, es posible que lo mismo vuelva a acontecer con cualquier eventual proyecto de ley que se tramite a futuro. Destacamos la pasividad de las Cámaras, pues con su actitud se está cayendo en una gravísima falta de ejercicio de las más elementales potestades de control sobre los proyectos sometidos a su estudio y consideración.

Pero hay todavía otro punto que no debemos olvidar. Y es que con esta actitud de las corporaciones se ha pasado a llevar la expresa facultad del Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre las irregularidades cometidas en el proceso de reforma. El que ningún parlamentario expresare su deseo de someter la cuestión ante el más alto órgano de justicia constitucional de la República, resulta censurable, pues ha dejado a los miembros de dicho Tribunal como mudos e impotentes espectadores de un proceso en el que se ha producido una evidente violación de la letra y espíritu de la Constitución, y ello no ha de dejarnos impávidos, antes bien, hemos de considerar con cuidado las consecuencias que se pueden producir en el futuro.

¹⁹ Cfr. Oficio N° 25.795, de 16 de agosto de 2005, del Senado al Presidente de la Cámara de Diputados, y Oficio N° 5.790, de 17 de agosto de 2005, de la Cámara de Diputados al Presidente del Senado. Ambos pueden ser consultados en el sitio web del Congreso Nacional: www.congreso.cl/biblioteca



Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005

Raúl F. Campusano

Master en Derecho, U. Leiden, Holanda

Master of Arts, U. Notre Dame, USA



1. Antecedentes

La reciente reforma de la Constitución ha modernizado y perfeccionado distintos aspectos de nuestro ordenamiento constitucional. Dentro de estos aspectos, se han incluido algunos cambios relacionados con el derecho internacional y particularmente con los tratados internacionales. Estos apuntes tienen como finalidad dar a conocer las reformas constitucionales en el ámbito de los tratados internacionales y proponer algunas reflexiones críticas sobre lo que debería haberse hecho y no se hizo.

2. La reforma y los tratados internacionales

La reforma constitucional de 2005, en lo que compete al derecho internacional, significa un avance en el reconocimiento de la realidad de esta aproximación al derecho (no rama ni asignatura) en el ordenamiento constitucional de Chile y recoge varios de los temas que han ido discutiéndose a lo largo de estos años sobre la materia. La reforma es positiva, pero insuficiente, como se argumentará en este texto.

La nueva norma constitucional,¹ en su artículo 54, establece como una de las atribuciones exclusivas del Congreso "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.

¹ CPR Art. 50 D.O. 24.10.1980. Ley N° 20.050 Art. 1° N° 26 D.O., 26.08.2005.

La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley".²

La forma de expresar esta materia tiene relación con la creación en la Constitución de 1980 de distintas clases de leyes, con diferentes quórum de aprobación para cada una de ellas, dependiendo de la importancia que el constituyente le da a las distintas materias propias de regulación legal. En este contexto, más que determinar si la decisión fue afortunada o no, parece adecuado expresar lo obvio: se trata de una opción política a través de la cual se le dan mayores atribuciones al Congreso y se restringen las atribuciones del Presidente de la República en la incorporación de un tratado internacional en el derecho nacional. El resultado esperable es que serán aprobados por el Congreso un número menor de tratados que en el evento hipotético que no se hubiera hecho la reforma.

En relación con la parte final del párrafo, esto es, "y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley", debe ser interpretado como la decisión del constituyente de terminar con un error de interpretación insistente en nuestro medio y que se afirmaba en el texto antiguo (La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley) para decir que en definitiva un tratado internacional era una ley y, por tanto, tenía esa jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aplicándose a su respecto las reglas propias de las leyes, como por ejemplo que una ley posterior deroga a la ley anterior. Pero un tratado internacional no es una ley y ni siquiera puede atribuírsele características propias de una ley. Un tratado internacional es una figura jurídica autónoma cuyo tratamiento se acerca al de la ley solo porque el constituyente así lo dice y estrictamente para que se someta "en lo pertinente" a los trámites de una ley.

La reforma establece que el Presidente tiene la obligación de informar al Congreso sobre el tratado y sobre las reservas que desee proponer o confirmar. En efecto, "el Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle".³ Como respuesta a la información entregada por el Presidente, "el Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional".⁴

² La norma antigua, que se encontraba en el artículo 50 de la Constitución, establecía que eran atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

³ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 2°.

⁴ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 3°.

Esta obligación del informar sobre el contenido y alcance del tratado debiera entenderse como algo que va más allá del mensaje del Ejecutivo, ya que de otra forma no se entendería la necesidad de la explicitación. Por su parte, la posibilidad del Congreso de sugerir declaraciones interpretativas reduce el mandato que le señala que sólo puede aprobar o rechazar el tratado que se le somete a consideración. Es una curiosa norma y probablemente deba entenderse como el deseo del constituyente de otorgar más poder al Congreso en esta materia.

Por su parte, "el retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva".⁵

Las reservas son una antigua institución del derecho de los tratados, cuya finalidad es lograr que la mayor cantidad posible de Estados adopten la decisión de firmar un tratado. Para ello, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, del año 1969, establece un sistema y procedimiento que, siendo algo engorroso, permite tender a la finalidad mencionada. La debilidad de la institución se encuentra precisamente en su naturaleza, esto es, excluir a determinados Estados de los efectos de las normas a cuyo respecto se hicieron y se aceptaron las reservas. En otras palabras, lo que se logra con un número mayor de Estados firmantes se pierde con un tratado que genera derechos y obligaciones distintos para las diferentes partes de acuerdo con las reservas que se hayan aceptado.

La situación descrita ha generado una fuerte tendencia en los últimos años en el sentido de no admitirse las reservas. Por ejemplo, la mayoría de los tratados más recientes sobre temas de medio ambiente contienen una cláusula que explícitamente prohíbe la posibilidad de reservas. Todo parece indicar que esta tendencia contemporánea tiene más virtudes que defectos y pareciera aconsejable desincentivar el uso de las reservas. Ciertamente, la reforma constitucional va en la dirección contraria a lo sugerido aquí, ya que con la excusa de darle al Congreso mayores atribuciones y de esta forma limitar las facultades del Presidente de la República, se actualiza y reconoce una institución que más bien debiera ir siendo relegada al olvido.

El siguiente párrafo de este artículo tiene dos partes: la primera mantiene el mismo tenor que el texto antiguo. La segunda parte subraya las facultades del Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria,

⁵ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 8°.

materia que ha sido objeto de encontradas posiciones e interpretaciones en los últimos años. Dice la norma que “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”.⁶

El párrafo quinto del artículo comentado establece que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.⁷ Esta es una norma de la mayor relevancia y debiera ser interpretada en conjunto con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. De esta forma, se resuelve el tema de la desafortunada y confusa discusión sobre la jerarquía de los tratados y sobre si una ley posterior podía derogar un tratado.

El párrafo sexto del artículo analizado dispone que “corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno”.⁸ El párrafo séptimo señala que “en el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro”.⁹

Esta norma explicita lo que la costumbre jurídica y la práctica habían ya establecido. Sin embargo, se estima adecuada la precisión en el texto constitucional ya que ayudará a una mejor interpretación sistémica de esta materia.

El párrafo noveno del artículo 54 de la Constitución reformada establece que “de conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo”.¹⁰

⁶ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 4°.

⁷ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 5°.

⁸ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 6°.

⁹ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 7°.

¹⁰ Texto actual de la Constitución, artículo 54, inciso 9°.

Esta norma puede ser entendida, más allá de su mandato evidente, como una decisión del constituyente de reconocer la plena existencia en el derecho interno de los tratados internacionales ratificados, al insistir en darles la debida publicidad.

Por su parte, el párrafo 10 y último del artículo 54 dispone que “en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64”.¹¹

Finalmente, la norma transitoria Decimoquinta establece que “los tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional con anterioridad a la entrada en vigor de la presente reforma constitucional, que versen sobre materias que conforme a la Constitución deben ser aprobadas por la mayoría absoluta o las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, se entenderá que han cumplido con estos requisitos”.¹²

Esta es una norma necesaria para dar certeza jurídica y evitar problemas de situaciones retroactivas que sólo contribuirían a perjudicar la adecuada comprensión de nuestro ordenamiento jurídico en su globalidad. Ciertamente, es mucho lo que se puede decir de la exigencia de quórum diferentes para la aprobación de los tratados, según las materias que incluyan en sus textos, pero tal reflexión se dejará para un futuro artículo.

3. La reforma y el derecho internacional

3.1 Situando el problema

Todo parte de la convicción que *Pacta Sunt Servanda* es un principio fundamental y necesario para que impere el derecho y este principio tiene una expresión muy clara en derecho internacional: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.¹³ Como se sabe, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se titula “El derecho interno y la observancia de los tratados” y dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su

¹¹ La norma antigua, casi idéntica, señalaba que “en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61”.

¹² CPR Cuadragésimo Cuarta Disposición Transitoria Ley N° 20.050 Art. 1° N° 54 D.O. 26.08.2005.

¹³ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969.

derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".¹⁴ La norma es clara, sencilla y precisa. Más aún, se trata de una norma que aunque no existiera explícitamente, se podría deducir fácilmente de los principios generales del derecho, de la costumbre jurídica internacional y de la jurisprudencia internacional. Es una norma clara y consistente que debiera ser cumplida por todos los miembros de la Convención de Viena y, en realidad, por todos los Estados del planeta que, aunque puedan no ser miembros de la Convención, sí se ven afectados por esta norma a través de otras fuentes del derecho internacional.

Ningún Estado está obligado a celebrar tratados internacionales, pero si libre y soberanamente decide celebrarlos, no podrá después intentar justificar su incumplimiento amparándose en que una norma de su derecho interno (por importante que sea) no le permite dar cumplimiento al tratado. Dicho de otra forma, si el tratado en consideración es incompatible con normas del ordenamiento jurídico interno que se consideran importantes y que se desea mantener, pues bien, en ese caso, el Estado no debe firmar el tratado. Lo que no se puede justificar es una situación en la que el Presidente de la República negocie un tratado internacionalmente, luego lo firme, posteriormente lo envíe al Congreso Nacional para su aprobación, éste lo estudie y finalmente lo apruebe y se lo remita al Presidente, quien a su vez lo analiza y pondera nuevamente y decide ratificarlo a través de la promulgación y publicación del tratado a través de un decreto supremo, y finalmente el tratado es promulgado y publicado, y con posterioridad se notifica a la comunidad nacional e internacional que el tratado no se cumplirá, ya que hay normas del derecho nacional que son incompatibles con él.¹⁵

La reforma constitucional de 2005, desde la perspectiva de los temas del derecho internacional, es importante, pero menos de lo que pudo haber sido.

¹⁴ El artículo 46 de la Convención de Viena se titula "Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados" y dispone que "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno".

¹⁵ Humberto Nogueira se hace cargo de este tema y de hecho lo ha venido expresando desde hace una cantidad significativa de años por distintos medios. Nogueira concuerda con esta interpretación señalando que "en el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda*, *Bonne Fide* y la doctrina de los actos propios, esta última invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente; todo lo cual exige cumplir de buena fe las obligaciones asumidas por el Estado, así lo exige el honor, la responsabilidad y la honestidad con que el Estado de Chile debe participar en el orden internacional". Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional". *Ius Et Praxis*, 8(1): 563-581, 2002.



En efecto, la reforma dejó fuera las preguntas y temas más relevantes de la relación entre derecho internacional y derecho constitucional que se han venido discutiendo durante los últimos quince años, a saber:

1. Relación entre derecho internacional y derecho interno.
2. Jerarquía de los tratados en el ordenamiento interno.
3. Sentido y alcance de la reforma del artículo 5º, del año 1989.
4. Participación de Chile en instancias internacionales como la CPI.¹⁶
5. Incorporación real del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

Los temas internacionales están tratados en forma no sistemática en la Constitución, a propósito de la regulación de otra materia,¹⁷ pero no como un capítulo o sección especialmente dedicada a la materia. Esta decisión del constituyente ha generado y sigue generando dudas sobre la voluntad constitucional en relación con el derecho internacional y en particular con los tratados internacionales.

Otras Constituciones sí abordan el tema de la relación entre derecho interno y derecho internacional en forma directa. En efecto, la Constitución del Reino de los Países Bajos establece que "las leyes en vigor, en el territorio del reino, no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes".

La Constitución de la República Federal Alemana tiene una norma aun más significativa, ya que dispone que "las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Ellas priman por sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal". Por su parte, la constitución de Colombia establece que "los tratados

¹⁶ A propósito de su artículo sobre el fallo del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del tratado que crea una corte penal internacional, Humberto Nogueira aprovecha la ocasión para expresar las reformas a la Constitución que se necesitan para recoger adecuadamente el derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico. Dice Nogueira que "Es necesario por seguridad jurídica constitucional precisar el trámite de aprobación de los tratados internacionales en el Congreso Nacional; el procedimiento de entrega de jurisdicción o competencia a organismos jurisdiccionales inter o supranacionales; precisar los quórum de aprobación de los distintos tipos de tratados según las materias que aborden; asumir que las normas de derecho interno, incluida la Constitución, no pueden generar obstáculos al cumplimiento de las obligaciones internacionales libre y voluntariamente contraídas por el Estado (cumplimiento de buena fe y sin oponer obstáculos internos, como lo exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados); determinar la manera de ejecución de los fallos de los Tribunales Internacionales o supranacionales de derechos humanos a los que se les ha otorgado jurisdicción vinculante y el Estado se ha comprometido a ejecutar sus decisiones (obligaciones de resultado respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); la aplicación de una interpretación de los órganos jurisdiccionales internos conforme con los tratados de derechos humanos; constitucionalizar el principio hermenéutico de aplicación de la norma interna o internacional que mejor favorezca el ejercicio de los derechos esenciales, entre otras materias.

¹⁷ Por ejemplo, las atribuciones del presidente de la República o del Congreso.

y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Señala Nogueira que “la Constitución debe precisar, y la nuestra lo hace en forma muy precaria, la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional, nos parece necesario, más aún imprescindible y urgente, remozar y poner a la altura de la realidad del siglo XXI el texto constitucional en materia de derecho internacional y su incorporación al derecho interno. La Carta Fundamental debe determinar el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no sólo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno”.¹⁸

Como dice Humberto Nogueira, “la incorporación de las normas internacionales por la autorización de la Constitución produce, desde el momento mismo de su vigencia interna, la inaplicación de las normas internas que contravengan las normas del tratado incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno”.¹⁹

¹⁸ De esta forma, Nogueira postula que “una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presente los principios de *ius cogens*, *pacta sunt servanda* y *bonna fide*, codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetadas por Chile, además de establecer dicho Tratado que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; a su vez, el artículo 27 de la misma Convención determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional”. *Ius Et Praxis*, 8(1): 563-581, 2002.

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. “Los tratados internacionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, tomo I, mayo-agosto 1996. En el mismo texto, Nogueira explicita su posición señalando que “el tratado internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución); primero, por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena); segundo, porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82 N° 2, y en Derecho Constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil; de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, porque el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende la validez de su contenido de la norma constitucional, ya que el órgano de control interno sólo puede pronunciarse sobre la validez de su incorporación al derecho interno, vale decir, la corrección jurídica de la actuación de los órganos estatales que han manifestado el consentimiento internacional del Estado”.

En la misma línea, Guillermo Bruna ha escrito que “todo tratado, que es expresión de la soberanía de un Estado, a su vez es una limitación de ella, pues implica un compromiso con otro u otros Estados u organismos internacionales, de los cuales no puede prescindir, ignorar, o contrariar, como tampoco puede modificar o dejar sin efecto, salvo en la forma y con el procedimiento y oportunidad previstos en el mismo tratado”.²⁰

Como señala Nogueira, “los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado”.²¹

Debe tenerse presente también que, de acuerdo con las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la fuerza vinculante de los enunciados normativos de un tratado solamente pierden eficacia para el Estado Parte, conforme a las propias disposiciones del tratado o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.²²

Más aún, el Estado no podría desconocer la validez de la obligación contraída en el ámbito internacional amparándose en una norma interna, ya que ello equivaldría casi a una acción dolosa por parte del Estado que ha firmado y ratificado un tratado a sabiendas (o debiendo saberlo) que no lo cumpliría, ya que esgrimiría una norma interna incompatible para dejar de cumplir su obligación internacional.²³

²⁰ Bruna, Guillermo. “Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia en la década 1981-1989”. *Revista Ius Et Praxis*, Año 9 N° 1.

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional”. *Ius Et Praxis*, 8(1): 563-581, 2002.

²² Nogueira recuerda que “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento. Nogueira, “Fallo Tribunal Constitucional”, op cit.

²³ En este tema, Nogueira argumenta señalando que “todo tratado internacional ratificado por un Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la soberanía del Estado que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así el tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales contraídas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del Derecho Internacional.” Nogueira, “Fallo Tribunal Constitucional”, op cit.

3.2 La globalización y la integración

Desde hace ya un número significativo de años, Chile ha pasado a formar parte de los procesos de globalización e integración que vive el planeta en su conjunto.²⁴ Nuestro país ha hecho una apuesta por el desarrollo económico basado en una agresiva política de apertura comercial y desarrollo de sus exportaciones. Esta estrategia ha llevado al país a ser parte activa de la comunidad internacional, a considerar aspectos de libertad individual y justicia social, y a participar en conversaciones con los más relevantes actores comerciales del mundo y ha significado un aumento del crecimiento económico nacional, lo que ha derivado en un mayor bienestar para todos los chilenos.²⁵

En este contexto, Chile ha firmado un número significativo, cuantitativamente y cualitativamente, de tratados internacionales comerciales, tanto de libre comercio como de complementación económica. La participación activa de Chile en foros multilaterales, como la Organización Mundial de Comercio, OMC, el Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico, APEC, y otros, han ido configurando con el tiempo una opción libre y soberana de entrega parcial de soberanía en materias económicas y comerciales y se ha ido constituyendo un ordenamiento jurídico novedoso e inédito, que es parte del ordenamiento jurídico nacional, pero que no proviene de los sistemas tradicionales de creación de normas en el país (Constitución y leyes), sino que proviene de tratados internacionales que Chile ha negociado, firmado y ratificado.

Estos tratados regulan importantes materias más allá del tema natural del comercio entre las partes y la desgravación arancelaria que se desea. En efecto, los TLCs firmados contienen normas sobre propiedad intelectual, inversiones, derecho del medio ambiente, derecho laboral, normas sobre compras públicas, y una gran cantidad de otras materias. Todas ellas son obligatorias y deben ser cumplidas por el país. De la misma forma, los tratados mencionados establecen también tribunales (paneles) en los que se ventilarán las diferencias que ocurran entre las partes y procedimientos que deben ser seguidos y aun

²⁴ Pablo Rodríguez ha señalado en este contexto que "es indudable que en el mundo actual parece estar surgiendo un derecho supranacional, fruto del llamado proceso de globalización... El portentoso desarrollo tecnológico ha provocado un acercamiento entre los diversos Estados, tanto en el plano económico como político, haciendo surgir nuevas concepciones que deberán plasmarse en un futuro no lejano en renovadas normas jurídicas capaces de expresar aquellas tendencias... Nadie, creemos nosotros, puede desconocer esta realidad ni las positivas expectativas que se abren". Más adelante, en el mismo artículo, agrega que "todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional... un derecho universal, unido a una jurisdicción internacional, al menos en los campos más sensibles del progreso humano, constituye una conquista de inestimable valor para el destino de la humanidad". Rodríguez, Pablo. "El tratado internacional frente a la constitución y la ley". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. N° 1, 2000.

²⁵ Lo anterior es sin perjuicio de la enorme brecha social y económica que aún persiste entre los chilenos y que clama por una mejor justicia social y económica.

el derecho aplicable a estos casos. Todas estas normas son también obligatorias y Chile debe cumplirlas. Finalmente, algunos de estos tratados incluyen también normas obligatorias de carácter político (no vinculadas al comercio) y que tradicionalmente se asocian a las Constituciones nacionales, como por ejemplo la cláusula democrática del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. Estas normas también son obligatorias y Chile debe cumplirlas.

¿Se puede seguir diciendo que estos paneles no son obligatorios ni aplicables respecto de Chile porque son tribunales que no se establecieron de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución y en el Código Orgánico de Tribunales?

¿Se puede seguir ignorando por parte de nuestros tribunales todo este derecho nuevo, sustantivo y procesal, que Chile soberanamente ha hecho suyo y que cree que lo beneficia ya que le permite ser parte del mundo y aspirar al desarrollo económico y a participar en las conversaciones globales contemporáneas?

Estas preguntas deben ser reflexionadas y respondidas, ya que implican paradigmas del mundo contemporáneo y que deben ser analizadas a la luz de las circunstancias en las que se desenvuelve el mundo hoy. En otras palabras, las respuestas que pudieron ser válidas y legítimas ayer ya no lo son hoy y es necesario actualizarse y prepararse para vivir en el futuro que ya ha comenzado. De esta forma, una respuesta de defensa de la soberanía tradicional, que pudo ser válida en el pasado, hoy no solo sería desconocedora de los fenómenos políticos, sociales y económicos contemporáneos, sino que nos podría condenar a un aislamiento similar al de Albania mientras postulaba su tesis de la autosuficiencia en el plano internacional.

Desde una perspectiva más teórica, lo que está atrás de esta conversación es el tema de la libertad y de la posibilidad de emprender en un mundo abierto y libre. En efecto, Chile es soberano para obligarse en el plano internacional y una vez que se ha obligado, se encuentra comprometido a cumplir la voluntad expresada. Este es el supuesto básico de una sociedad libre construida sobre la idea del contrato más que sobre la idea de la imposición, es el *pacta sunt servanda*.

Finalmente, en esta materia, no debe olvidarse que en todo proceso contractual, la adquisición de obligaciones por una parte se encuentra equilibrada por la adquisición de obligaciones por la otra, esto es, actores libres en el plano internacional que reflexionan sobre la mejor forma de obtener sus aspiraciones e intereses y acuerdan hacer pactos en los que el agregado del acuerdo se percibe como el óptimo posible.



3.3 El Fallo del Tribunal Constitucional sobre el Tratado CPI

Hace unos pocos años,²⁶ el Tribunal Constitucional emitió un fallo sobre la inconstitucionalidad del tratado que establecía una Corte Penal Internacional. Si bien esa situación ya ha sido superada,²⁷ parece adecuado y conveniente analizar el fallo mencionado, ya que en él se intentó resolver el tema de la relación entre tratados internacionales y derecho nacional en una forma diametralmente opuesta a lo que se propone en este artículo.²⁸

El fallo, en sus considerandos más relevantes, dictaminó lo siguiente:

“45º. Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5º, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial”. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad”.

“63º ... no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedarán sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere, carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado. Comentando este Informe, el profesor Raúl Bertelsen, en su

²⁶ Ocho de abril de 2002. Comienza el fallo diciendo que “con fecha 4 de marzo de 2002, fue formulado a este Tribunal un requerimiento por treinta y cinco señores diputados, que representan más de la cuarta parte de esa Corporación, en conformidad al artículo 82, N° 2 de la Constitución Política de la República, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y sus rectificaciones posteriores. Se solicita se declare la inconstitucionalidad total del mencionado Estatuto, por violar las disposiciones constitucionales a que se hace referencia en el cuerpo y conclusión del requerimiento”.

²⁷ Ya se ha dado lugar a la reforma constitucional que se necesitaba y hay una amplia mayoría en el Senado en orden de la aprobación del tratado.

²⁸ Quedará para otra ocasión comentar los errores y decisiones desafortunadas del gobierno y en particular del Ministerio de Relaciones Exteriores en la tramitación de este tratado internacional ante el Congreso.

trabajo "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno" (*Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s. 2 y 3, Tomo I, pág. 219), dice: "¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales".

"68º. Que, sobre el particular, el profesor Lautaro Ríos señala: "Ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2º del Art. 5º de nuestra Carta, que tiene –manifiestamente– otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional per se".

"4º. Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional".²⁹

La única voz distinta fue la del ministro Marcos Libedinsky, que señaló en su voto disidente que había que rechazar la petición de inconstitucionalidad formulada en el requerimiento y declarar que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no requiere de reforma constitucional previa

²⁹ Otros considerandos relevantes son los 69º y 70º: "69º. Que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución) ¿pues que sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?"; "70º. Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma".

para su eventual aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación por el Presidente de la República.³⁰

Nogueira expone que el “fallo de mayoría señala que la soberanía es una cualidad del poder del Estado –que no admite otro por encima de él ni en concurrencia con él–, que dicho poder reside en la nación y se ejercita por el pueblo a través de las elecciones y plebiscitos, como asimismo por las autoridades que la Constitución establece. El Tribunal Constitucional sostiene una concepción de la soberanía superada históricamente por la doctrina y el derecho internacional público, como asimismo por el propio texto de la Constitución de 1980”.³¹

En la misma línea argumental, y a propósito del sentido y alcance que debiera tener la reforma constitucional de 1989, Francisco Cumplido Cereceda³² señala que la modificación del artículo 5° inciso 2° surge del acuerdo entre la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional, los que concordaron en “que había que incorporar al sistema constitucional chileno (los derechos) contenidos en tratados internacionales que Chile había ratificado y que estaban en vigor, y, por consiguiente, nos pusimos de acuerdo para que en la aprobación de esta reforma al artículo 5°, los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que

³⁰ Dice Libedinsky en su voto disidente: “Primero. Que si bien es efectivo, según se expresa en el considerando 91° del fallo que antecede, que varios países han optado por reformar sus Constituciones en forma previa a la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no es menos cierto que aparentes obstáculos constitucionales pueden ser salvados acudiendo a enfoques interpretativos que, estableciendo límites armoniosos y justos, permitan concluir que existe plena compatibilidad entre el Estatuto de la mencionada Corte y las Constituciones de países que se encuentran en trámite de ratificación del Tratado, como es el caso de Chile; ... Noveno. Que, como es sabido, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política establece que: “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”. Frente al tenor categórico de esta cláusula ¿podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”? En otras palabras, ¿es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”.

³¹ En efecto, Nogueira argumenta convincentemente señalando que “la mayoría del Tribunal Constitucional sabe que el poder estatal o soberanía perdió con la Carta de Naciones Unidas de 1945, el carácter de poder supremo incondicionado e ilimitado en el plano externo, al establecerse la ilegitimidad del derecho de hacer la guerra (*Ius ad Bellum*) el que quedó desplazado por el derecho a la paz y el arreglo pacífico de las controversias (artículo 2° numerales 3 y 4 de la Carta de Naciones Unidas), como asimismo, la potestad suprema del Estado o soberanía quedó limitada por los derechos humanos asegurados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos y Convenciones complementarios en el plano internacional. El concepto de soberanía que usa el Tribunal Constitucional es pre-Segunda Guerra Mundial, desconociendo o desnaturalizando el verdadero sentido y alcance del inciso 2° del artículo 5°, reforzado con la reforma de 1989 que le agregó la segunda frase: 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”.

³² Cumplido participó como actor relevante en la negociación de la reforma constitucional de 1989.

conocía el constituyente, Junta de Gobierno en ese momento, y que conocían los negociadores, se entendiera que pasaban a formar parte de la Constitución Política de 1980. Para eso había que darle una redacción. De ahí que se diga claramente que los órganos del Estado están obligados, están vinculados a promover y respetar los derechos de la Constitución como asimismo los contenidos en los tratados sobre derechos humanos cuya vigencia, aplicabilidad, interpretación, están claramente establecidos en la convención de Viena... De manera entonces que los que negociamos la reforma entendimos que colocamos en un mismo nivel los derechos esenciales de la persona contenidos en la Constitución y en los tratados".³³

También es pertinente recordar lo señalado por José Luis Cea Egaña,³⁴ que señala que "yo estimo que en el plano del derecho internacional convencional, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen el mismo valor... estas disposiciones fueron concebidas y redactadas con la intención que a mi juicio el artículo 5° inciso 2° trasunta con entera claridad tuvieran jerarquía formal y sustantiva material de Constitución".³⁵

El tema en discusión se extiende más allá de los tratados internacionales y abarca al derecho internacional como un todo.³⁶

³³ Cumplido Cereceda, Francisco, "Los Tratados Internacionales y el artículo 5° de la Constitución", en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997.

³⁴ Citado por Nogueira, op cit., recoge que Cea formó parte de la Comisión Político-Técnica de Renovación Nacional que negoció la reforma de 1989.

³⁵ Cea Egaña, José Luis, "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República", Revista *Ius et Praxis*, año 2 N° 2, pp. 82-83. En la misma declaración, Cea explicita que la "reforma de 1989 hizo parte de la Carta Fundamental lo preceptuado en esos tratados internacionales sobre derechos humanos. No solamente los que se hallaban vigentes al 17 de agosto de 1989, sino que como toda Constitución tiene que ser siempre interpretada con una intencionalidad perdurable, se abrió a todos los tratados internacionales que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos".

³⁶ A propósito de la reforma constitucional de 1989, Cumplido señala que la propuesta de reforma original consideraba, "no sólo los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino que además el proyecto hacía alusión expresa a las costumbres y a los principios generales del derecho internacional. En el partido Renovación Nacional y en su comisión política, se estimó que aludir a la costumbre y a los principios generales agregaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Para ellos era mucho más claro que los derechos que había que incorporar al sistema constitucional chileno eran los contenidos en tratados que Chile había ratificado y que estaban en vigor. Nosotros no insistimos en nuestra posición, primero porque las normas de la costumbre internacional y los principios son de general aplicación de acuerdo con las normas internacionales. Lo que queríamos era que no hubiera ninguna duda en Chile de que esas normas regían. Si lo decíamos expresamente contribuíamos a la certeza jurídica, pero, por la razón mencionada, se excluyó esa parte de la reforma propuesta". Cumplido, op cit. En la misma línea, Cea declara que "es cierto que allí se intentó, y a mi juicio habría sido conveniente, incorporar una referencia expresa al derecho no convencional, al derecho de gentes, a los Principios Generales del Derecho Internacional y que constituyen el *ius cogens*. Pero, lamentablemente, en las esferas del gobierno de la época, se pensó que esto carecía de certeza o de contornos precisos y, por lo tanto, que era preferible dejarla a un lado. Dada la situación de transacción o de compromiso que hizo posible esa reforma constitucional, se optó en definitiva por dejar únicamente reconocidos, en el artículo 5° inciso 2°, los tratados internacionales". Cea, op. cit. Ambos testimonios han sido tomados del texto de Nogueira, "Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional".

Los tribunales nacionales han reconocido la primacía del derecho internacional por sobre el nacional. En efecto, la Corte Suprema ha fallado “que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho”.³⁷

En síntesis, hay abundante fundamento doctrinario, jurisprudencial y de derecho comparado como para concluir que el fallo del Tribunal Constitucional fue errado y que simplemente sirvió para retrasar un poco la conclusión evidente a que se debió llegar hace mucho, esto es, que el derecho internacional es (y es bueno que así sea) aplicable en Chile.

4. Ideas preliminares para una nueva reforma

De acuerdo con lo señalado a lo largo de este artículo, se proponen las siguientes ideas para una reflexión sobre posibles reformas futuras a la Constitución:

- Reconocer explícitamente la existencia, validez y aplicación del derecho internacional en el texto constitucional, clarificando la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales y la imposibilidad de excusarse de ello aduciendo la existencia de una norma interna incompatible con lo dispuesto por el tratado.
- Dedicar un capítulo o sección de la Constitución para la regulación y reconocimiento de los temas de derecho internacional.

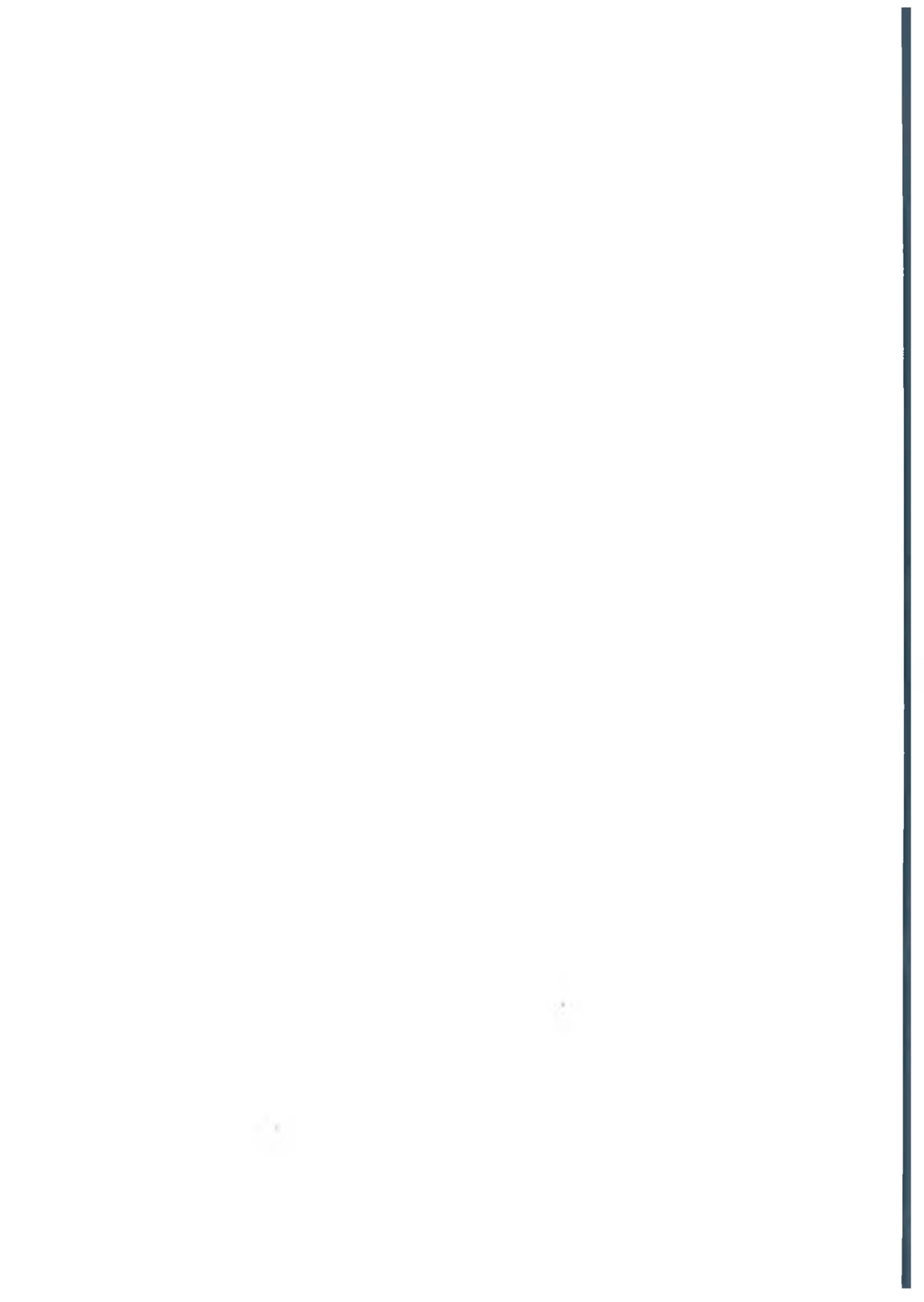
³⁷ Sentencia del 26 de octubre de 1995 en recurso de queja N° 5566, considerando 14. En este contexto, Nogueira nos recuerda que diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que, en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ellos tienen aplicación preeminente, puesto que “esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma Constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos” (*Revista Fallos del Mes* N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°). Asimismo, la Corte Suprema en fallo Rol 459-98, de septiembre de 1998, en recurso de casación penal, en su considerando décimo determina, “en tales circunstancias, omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos”.

- Dar un especial reconocimiento a los tratados que se refieren a las libertades de la persona humana y a sus derechos.
- Reconocer y explicitar el marco normativo aplicable en Chile derivado de los tratados comerciales firmados por Chile y que se encuentran vigentes.

El autor espera que estas reflexiones y propuestas preliminares puedan servir para motivar discusiones sobre la materia.

5. Referencias y bibliografía básica

- Bruna, Guillermo. "Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia en la década 1981-1989". Revista *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1.
- Campusano, Raúl F. "¿Crisis del Derecho Internacional o el Derecho como la mejor forma de enfrentar la Crisis?" En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año IV, volumen 8, julio 2003.
- Cea Egaña, José Luis. "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República", Revista *Ius et Praxis*, año 2 N° 2, pp. 82-83.
- Constitución Política de Chile. Reforma de 2005.
- Cumplido Cereceda, Francisco. "Los Tratados Internacionales y el artículo 5° de la Constitución" en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997.
- Monsalvez, Aldo. "Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Volumen 6, julio 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional". *Ius et Praxis*, 8(1): 563-581, 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Los tratados internacionales". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, tomo I, mayo-agosto 1996.
- Rodríguez, Pablo. "El tratado internacional frente a la Constitución y la ley". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. N° 1, 2000.
- Rodríguez, Pablo. "¿Existe el Derecho Internacional?" En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. N° 8, 2003.



Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional



Carlos Cruz-Coke Ossa

Profesor Titular de Derecho Político
y Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Por Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, entraron en vigencia diversas modificaciones al actual texto de la Constitución Política de la República, que desarrollamos a continuación. El texto refundido de la actual Constitución fue publicado el 27 de septiembre de 2005, según Decreto Supremo N° 100, del 17 de septiembre de 2005.

La reforma indicada no constituye una nueva Constitución, como se ha dicho, sino un conjunto de modificaciones correspondientes a la Carta Fundamental vigente desde marzo de 1981. Ello no obstante haber cambiado la numeración de su articulado, a partir del Art. 39. Las razones constitucionales pesan jurídicamente mas allá de las razones políticas. En efecto, los tres grandes pilares del texto constitucional siguen vigentes y no han sido objeto de enmienda: a) La concepción humana y cristiana de la persona y de la sociedad (Bases de la Institucionalidad); b) El Orden Público Económico, que emana principalmente de los Arts. 19, N°s 21 al 25; 63 y 67 y 108 y 109 –Banco Central– y c) El Régimen de Gobierno, de un presidencialismo reforzado (Arts. 24, 32, 73, 74, etc.).

I. Bases de la institucionalidad

(Capítulo I, Arts. 3°, 6° y 8°)

A. Artículo 3° “El Estado de Chile es unitario”.

“La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”.

“Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

Fue eliminada la expresión "su territorio se divide en regiones" y se agregó un nuevo inciso tercero, ya transcrito, cuyo objetivo es el de fortalecer la regionalización.

La eliminación de dicha expresión tiene por objeto, como se verá, la creación de nuevas regiones. A mi juicio, salvo satisfacer los grupos de interés regionales, esta modificación resultaría inútil, toda vez que el problema era susceptible de paliar sobre la base de mayores asignaciones presupuestarias conforme a la ley, de acuerdo a los requerimientos territoriales

B. Inciso primero del artículo 6º "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República".

Se agrega como deber de todos los órganos del Estado garantizar el orden institucional de la República, que hasta la vigencia de la presente reforma le competía, de acuerdo al Art. 90 de la Constitución (texto refundido, Art. 101), a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.

C. Artículo 8º "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

"Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

El nuevo Art. 8º establece dos principios que deben observar los órganos del Estado, el de probidad y el de publicidad, no obstante lo cual podrá establecerse la reserva o secreto del ejercicio de la función pública mediante ley de quórum calificado.

Esta nueva disposición es necesario relacionarla con lo dispuesto en el Art. 19, N° 14 (derecho de petición) y Art. 48 N° 1, relativo a las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, en cuanto a las reservas que podrían hacer presente los Ministros de Estado frente a la obligación de proporcionar los antecedentes requeridos; y el Art. 32, N° 15, sobre discusiones y deliberaciones sobre un tratado; y Art. 96 inciso 3º (texto refundido, Art. 107, inciso 3º), sobre las deliberaciones del Consejo de Seguridad Nacional. Finalmente, la Ley 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, ya había establecido

los principios de probidad y publicidad, que con la actual reforma establece el actual texto constitucional.

Por otra parte, los principios de "probidad" y "publicidad" responden más bien a valores de orden ético, más propios de la Constitución "moralista" de 1828, redactada por D. José Joaquín de Mora. Desde luego, es de la esencia del servicio público la probidad (y así lo recogen las leyes complementarias del Art. 38 relativo a la Administración de Estado). En relación a la publicidad, independiente de las excepciones constitucionales, habrá que esperar las modificaciones que establecerá la futura ley de quórum calificado, las que adivino inmensas por "razones de Estado", aunque se trate inútilmente de desdeñar el término...

II. Nacionalidad y ciudadanía

(Capítulo II, Arts. 10 al 18)

A) Reformas a la nacionalidad

1. Art. 10, N° 3 "Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 4º ó 5º".

2. Art. 10, N° 4 "Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley".

3. Art. 11, N° 1 "Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia sólo producirá efectos si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero".

1. Se deroga el Art. 10, N° 2, relativo al *ius sanguinis* (adquisición de la nacionalidad por parentesco), porque mediante la modificación queda comprendido en el mismo Art. 10, N° 3, como fuente natural de la nacionalidad.

2. La fuente de la nacionalidad por ese *ius sanguinis* podrá originarse por ser hijo de padre o madre chilenos, aunque el adquirente de la nacionalidad haya nacido en territorio extranjero. No obstante, alguno de sus ascendientes (padre o abuelo), deberá ser chileno por haber nacido en el territorio chileno, por carta de nacionalización o por gracia u honor.

3. Asimismo, serán chilenos aquellos extranjeros que adquirieren la nacionalidad mediante la carta de nacionalización. No se exigirá, como establecía

la precedente disposición, la renuncia expresa a la nacionalidad anterior del interesado.

4. El N° 1 del Art. 11, modifica la primera causal de pérdida de la nacionalidad que estaba constituida por la nacionalización en país extranjero. La nueva disposición señala que además de la nacionalización en país extranjero, el interesado deberá renunciar a la nacionalidad chilena. Estos dos requisitos son copulativos. De todo ello se deduce que el nuevo texto está admitiendo la eventual coexistencia de dos o más nacionalidades.

De acuerdo al precepto, hoy han desaparecido de la Constitución las excepciones de la doble nacionalidad (vigente desde 1958, sólo con España) y la nacionalidad extranjera, sujeta a condiciones impuestas por el país otorgante, que establecía el art. 11, N° 1°, inc. 2°).

5. La causal de pérdida de la nacionalidad que derivara de sentencia judicial por la comisión de ciertos delitos, fue derogada. Ha de tenerse presente que jamás se aplicó, pues nunca se dictó la ley de quórum calificado correspondiente.

B) Reformas a la ciudadanía

1. Art. 13, inciso 3° **“Tratándose de los chilenos a que se refieren los números 3° y 5° del artículo 10, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avocindados en Chile por más de un año”.**

2. Art. 14, inciso 2° **“Los nacionalizados en conformidad al N° 4° del artículo 10, tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización”.**

3. Art. 16, N° 2° **“Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista, y”.**

4. Art. 17, N° 3° **“Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva”.**

5. Art. 17, inciso final **“Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2.°, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las**

causales previstas en el número 3.º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena”.

6. Art. 25, inciso 1º “Para ser elegido Presidente de la República se requiere tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1º ó 3º del artículo 10; tener cumplidos treinta y cinco años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio”.

1. El inciso final nuevo del Art. 13 dispone que aquellos chilenos que hubieren adquirido la nacionalidad chilena por *ius sanguinis* o por gracia u honor (Art. 10, N° 3º y 5º), sólo podrán ejercer los derechos políticos del Art. 13, inciso 2º, una vez avecindados por más de un año en el territorio chileno.

2. Se agrega un inciso 2º al nuevo Art. 14 vigente. Esta nueva norma repite aquello que establecía el primitivo inciso 2º del N° 4º del Art. 10. Establece, entonces, que aquellos chilenos que hubieren obtenido la nacionalidad mediante carta de nacionalización, sólo podrán optar a los cargos públicos elegidos popularmente, transcurridos cinco años del otorgamiento de dicha carta (parlamentarios, alcaldes y concejales).

3. Se modifica el Art. 16, relativo a la suspensión del derecho a sufragio, reemplazando el término persona “procesada”, por persona “acusada”, para adecuar el texto constitucional a las recientes reformas al proceso penal.

4. Se modifica el Art. 17, N° 3º, sobre pérdida de la ciudadanía, agregando a la condena por delitos de carácter terrorista, la condena por delitos relativos al tráfico de estupefacientes, que merezcan pena aflictiva (tres años y un día o mayor).

5. Aquellos que perdieron la calidad de ciudadanos por condena a pena aflictiva, sólo podrán recuperarla una vez expirada su responsabilidad criminal, según lo establezca la ley (antes lo era por acuerdo del Senado). Aquellos que perdieron la ciudadanía por delitos terroristas o narcotráfico, una vez que cumplan su condena, por acuerdo del Senado (la disposición anterior requería de una ley de quórum calificado para el sólo caso de la condena por conducta terrorista).



III. Derechos y deberes constitucionales

(Capítulo III, Arts. 19 a 23)

A) Igualdad ante la justicia

Art. 19, N° 3°, inciso 4° La Constitución asegura a todas las personas: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

El objeto de la reforma es precisar que el tribunal establecido por la ley debe tener existencia legal con anterioridad al hecho punible, pues la anterior disposición no aclaraba desde cuándo debía estar en funciones el tribunal juzgador. En la Comisión Asesora se había impuesto la tesis que debía estar establecido antes de la iniciación del juicio.

B) Derecho a la intimidad de la persona

Art. 19, N° 4° La Constitución asegura a todas las personas: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

El precepto transcrito eliminó el respeto y la protección a la vida pública, que incluía la sanción al delito de difamación, que fue incorporada a la Constitución de 1980 por indicación del ex Presidente de la República y ex Presidente del Consejo de Estado, el año 1978, don Jorge Alessandri Rodríguez, lo mismo que el inciso 2° del citado artículo, por lo que se puso fin no sólo a la protección de la vida pública, sino también a la responsabilidad solidaria de los dueños, editores y administradores de los medios de comunicación y, finalmente, a la llamada *exceptio veritatis*, que permitía al presunto difamador excepcionarse de cualquier sanción probando la verdad de la imputación, siempre que ella no constituyera un nuevo delito de las mismas características.

La nueva norma constitucional tampoco se remite a la ley, como ocurría con la disposición constitucional anterior.

La nueva disposición ha sido festejada por el periodismo nacional, que sostuvo que el respeto a la vida pública de las personas naturales no tenía parangón alguno en el Derecho Constitucional Comparado y que cualquier presunto delito en esta materia era asunto de ley y no de rango constitucional. Al no remitirse la actual disposición vigente al legislador, tanto en materia de honra pública y privada, pasaría a ser una disposición programática prácticamente sin aplicación.

La gravedad de esta modificación constitucional es manifiesta, ya que desapareciendo la honra pública, los medios de comunicación se van a considerar en el hecho indemnables para caer en la injuria, la calumnia o la difamación, lo que ya estaba ocurriendo antes de la vigencia de este precepto. Por otra parte, podrá bastar que el eventual hecho delictivo revista carácter de "público", a juicio del sujeto pasivo o del Tribunal, para que desaparezca toda sanción.

C) Derecho a la libertad individual y seguridad personal

Art. 19, N° 7°, letra e) La Constitución asegura a todas las personas: "La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

"La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el Artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple".

La reforma tiene por objeto adecuar el precepto constitucional a las nuevas normas vigentes sobre procedimiento penal. Con ese objeto, se elimina el término "sumario", hoy inexistente; se establece la expresión "imputado" en vez de "procesado"; se elimina el término "consulta ante el tribunal superior por delitos que la ley califique como conductas terroristas", existiendo sólo apelación y se reiteran los términos "acusado o condenado", en vez de "sometido a proceso".

El haber eliminado el trámite de la consulta en materia de delitos por conductas terroristas, no me parece afortunada.

D) Libertad de trabajo y su protección

Art. 19, N° 16°, inciso 4° La Constitución asegura a todas las personas: "Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley".

La reforma mantiene la norma del artículo 19, N° 15°, que establece en su inciso 3° la no obligatoriedad de pertenecer a alguna asociación. Por consiguiente, no obstante no existir la afiliación obligatoria y por lo tanto el ejercicio de la función ética por los colegios profesionales, establecería una "comisión especial", lo que constituiría una violación al Art. 19, N° 3°, inciso 4° de la Constitución (ratificada, por lo demás, en la reforma al establecer definitivamente que el tribunal juzgador debe estar establecido con antelación a la perpetración de los hechos. Véase igualdad ante la justicia, Art. 19, N° 3°, inciso 4°). Esta modificación al Art. 19, N° 16°, fue introducida por presión de los agentes de los directores de los colegios profesionales.

En el hecho y en el derecho, pasará a ser una disposición programática incumplida; primero, porque no existiendo afiliación obligatoria, si juzgaren la conducta ética de sus miembros, bastaría la sola renuncia del profesional afiliado al colegio profesional respectivo para que cesare la superintendencia disciplinaria; y segundo, porque, como indica el precepto, cualquier resolución disciplinaria que adopte el colegio profesional será apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, como –asimismo– señala el nuevo precepto; tercero, porque aquellos profesionales no asociados a los colegios profesionales (como ocurre con más del 70% de los mismos) son juzgados por los tribunales ordinarios de la República; cuarto, porque los profesionales presuntivamente culpables de alguna falta ética, en virtud de la disposición transitoria 49ª (texto refundido, disposición transitoria vigésima), seguirán siendo juzgados por los tribunales ordinarios, lo mismo que los profesionales no asociados, mientras no se creen "los tribunales especiales establecidos en la ley"; y quinto, la futura creación de un tribunal especial que juzgue a los "profesionales no asociados", a juicio de este autor, repugna el derecho y podría prestarse a los mayores abusos.

E) Recurso de protección

Art. 20, inciso 2° "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

La reforma establece, como en 1980, la procedencia del recurso de protección por violarse lo dispuesto en el Art. 19, N° 8°, en cuanto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Respecto a la disposición vigente hasta esta reforma, se requería que se tratase de un "acto (hecho positivo) arbitrario e ilegal" que provocare privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que protegen este derecho social. En efecto, la Junta de Gobierno, en la tercera etapa de la génesis de la

Constitución de 1980, contra la opinión de la Comisión Asesora y el Consejo de Estado, introdujo los requisitos copulativos de "arbitrariedad e ilegalidad" respecto de las acciones contrarias a este derecho, eliminando las "omisiones", según se ha dicho, para poder reducir la excesiva proliferación de recursos de protección en esta materia.

En virtud de la modificación constitucional ahora vigente:

- a) Se amplía el recurso de protección a todo "acto u omisión ilegal", y
- b) No será necesario que exista "arbitrariedad" en la acción u omisión contraria al medio ambiente. Basta solamente la "ilegalidad" de dicha acción u omisión, provenga de quien provenga.

IV. Gobierno

(Capítulo IV de la Constitución

Arts. 24 a 41 D, texto refundido, arts. 24 a 45)

A) Mensaje presidencial

Art. 24, inciso 3° "El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno".

El objetivo de esta reforma es institucionalizar el llamado "mensaje presidencial", que efectúa todos los años el Presidente de la República ante el Congreso Pleno, presidido por el Presidente del Senado, los días 21 de mayo, al inaugurarse la (hoy derogada) legislatura ordinaria.

Mediante la modificación y siendo imperativa, el Jefe de Estado dará cuenta al Congreso Nacional del estado político y administrativo de la Nación cada 21 de mayo, y el término "ante el Congreso Nacional" supone su presencia física. Recordemos que hasta la vigencia de este nuevo precepto la lectura del mensaje presidencial ante el Poder Legislativo constituía una costumbre constitucional e incluso el Presidente de la República don Carlos Ibañez del Campo, en su primera administración, el año 1930, envió el mensaje correspondiente al Congreso mediante un oficio. Desde esa fecha, no obstante, el Jefe de Estado ha dado cuenta de su gestión al Congreso Nacional reunido en pleno. Al establecer este precepto el término "ante" el Congreso Nacional, ello implica "delante de" o "en presencia de", de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española.

B) Requisitos de elegibilidad del Presidente de la República y del presidente electo

Las diversas modificaciones, como se podrá observar, adecuan el texto constitucional respecto del cargo presidencial a dichas modificaciones, que tratamos a continuación:

1. Art. 25, inciso 1° **“Para ser elegido Presidente de la República se requiere tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1º ó 3º del artículo 10; tener cumplidos treinta y cinco años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio”.**

El Presidente de la República deberá tener la nacionalidad chilena por haber nacido en el territorio nacional (*ius solis*), o por ser hijo de padre o madre chilena. Por consiguiente, desaparece la limitación que lo hacía elegible sólo si hubiera nacido en el territorio chileno (ver Arts. 10, N° 1° y N° 3°).

Se rebaja la edad mínima para optar a la Presidencia de la República de 40 años cumplidos a 35 años cumplidos al día de la primera elección.

2. Art. 25, inciso 2° **“El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente”.**

La duración del mandato presidencial será de 4 años, no pudiendo ser reelecto para el período que sigue. La disposición 41ª transitoria (texto refundido, disposición N° 12ª), dispone, no obstante, que el mandato del actual Presidente en ejercicio será de 6 años, sin reelección inmediata.

Esta materia fue muy debatida, porque diversas opiniones (entre las que me cuento) lo consideraron muy breve. Parecía más racional mantener el mandato presidencial de 6 años de la Constitución de 1925 y la reforma constitucional de 1994 a la Carta de 1980. Otra posibilidad consistía en permitir constitucionalmente la reelección inmediata por el mismo término de 4 años, propuesta que también fue rechazada. En ambos casos, primó el criterio de hacer coincidir el mandato presidencial con las elecciones parlamentarias. En lo que respecta a la reelección inmediata, se impuso el criterio decimonónico de evitar la influencia del Jefe de Estado fuertemente vigorizado en el actual sistema presidencial.

3. Art. 26, inciso 1° **“El Presidente de la República será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos.**

La elección se efectuará conjuntamente con la de parlamentarios, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva, noventa días antes de aquel en que deba cesar en el cargo el que esté en funciones”.

Inciso 4° “En caso de muerte de uno o de ambos candidatos a que se refiere el inciso segundo, el Presidente de la República convocará a una nueva elección dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha del deceso. La elección se celebrará el domingo más cercano al nonagésimo día posterior a la convocatoria”.

Inciso 5° “Si expirase el mandato del Presidente de la República en ejercicio antes de la fecha de asunción del Presidente que se elija en conformidad al inciso anterior, se aplicará, en lo pertinente, la norma contenida en el inciso primero del artículo 28”.

Esta disposición desarrolla, como se dijo, la elección presidencial en conjunto con la renovación del Congreso Nacional y estatuye en caso de fallecimiento de algún candidato, la subrogación del Presidente en ejercicio, conforme al nuevo Art. 28, inciso primero.

4. Art. 28, inciso 1° “Si el Presidente electo se hallare impedido para tomar posesión del cargo, asumirá, mientras tanto, con el título de Vicepresidente de la República, el Presidente del Senado; a falta de éste, el Presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éste, el Presidente de la Corte Suprema”.

Modifica la norma vigente de subrogación del Presidente electo, disponiendo que con el título de Vicepresidente asumirán, hasta que el primero asuma el cargo, el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados y el Presidente de la Corte Suprema, en dicho orden. Bajo la vigencia de la Constitución previa a esta reforma, no figuraba el Presidente de la Cámara de Diputados, que ahora se incluye.

5. Art. 29 “Si por impedimento temporal, sea por enfermedad, ausencia del territorio u otro grave motivo, el Presidente de la República no pudiese ejercer su cargo, le subrogará, con el título de Vicepresidente de la República, el Ministro titular a quien corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal. A falta de éste, la subrogación corresponderá al Ministro titular que siga en ese orden de precedencia y, a falta de todos ellos, le subrogarán sucesivamente el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados y el Presidente de la Corte Suprema”.



“En caso de vacancia del cargo de Presidente de la República, se producirá la subrogación como en las situaciones del inciso anterior, y se procederá a elegir sucesor en conformidad a las reglas de los incisos siguientes”.

“Si la vacancia se produjere faltando menos de dos años para la próxima elección presidencial, el Presidente será elegido por el Congreso Pleno por la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio. La elección por el Congreso será hecha dentro de los diez días siguientes a la fecha de la vacancia y el elegido asumirá su cargo dentro de los treinta días siguientes”.

“Si la vacancia se produjere faltando dos años o más para la próxima elección presidencial, el Vicepresidente, dentro de los diez primeros días de su mandato, convocará a los ciudadanos a elección presidencial para el sexagésimo día después de la convocatoria. El Presidente que resulte elegido asumirá su cargo el décimo día después de su proclamación”.

“El Presidente elegido conforme a alguno de los incisos precedentes durará en el cargo hasta completar el período que restaba a quien se reemplace y no podrá postular como candidato a la elección presidencial siguiente”.

Este artículo modifica el orden de precedencia de subrogación del Jefe de Estado, haciendo primar al Presidente de la Cámara de Diputados por sobre el Presidente de la Corte Suprema.

6. Art. 30. Se derogan las normas relativas a los ex Presidente de la República en cuanto asumían como senadores vitalicios (Ley de Reforma Constitucional N° 19.172, de 28 de abril de 2000).

El demérito del Poder Judicial que establece la reforma se inicia con esta rebaja de la precedencia respecto del Presidente de la Corte Suprema. Más relevante aún es dicho demérito toda vez que constitucionalmente es el Presidente del Senado quien preside el Congreso pleno (Art. 27, inc. final). En consecuencia, resultaba lógica la precedencia a favor del Poder Judicial, por tratarse de un Poder del Estado, y en caso alguno la precedencia de una rama del Poder Legislativo, como ocurre con el Presidente de la Cámara de Diputados.

C) Atribuciones especiales del Presidente de la República y Ministros de Estado

1. Art. 32, N° 2° **“Pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible”.**

Habiéndose eliminado la distinción entre legislatura ordinaria y extraordinaria, el Presidente queda facultado para solicitar se cite a sesión a cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional. Dicha sesión deberá realizarse en breve plazo.

Entiendo que era mejor castellano el término “solicitar” que aquel de “pedir”, asimilable a gracia, justicia e, incluso, limosna (Diccionario Real Academia Española).

2. Art. 32, N° 6° (se deroga) Se elimina esta atribución que facultaba al Jefe de Estado para designar dos senadores, un ex Ministro de Estado y un ex Rector universitario, ya que a contar de marzo del año 2006 todos los senadores serán elegidos por votación popular.

3. Art. 37, inciso 2° **“Sin perjuicio de lo anterior, los Ministros deberán concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos que, perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes Secretarías de Estado, acuerden tratar”.**

Esta nueva disposición ordena imperativamente a los Secretarios de Estado concurrir personalmente a las sesiones especiales que celebre la Cámara de Diputados o el Senado, cuando se trate de materias que les corresponden a dichos Ministros en las atribuciones que les son propias. Es necesario relacionar este inciso con la atribución exclusiva con que, en virtud de esta reforma, cuenta hoy la Cámara de Diputados según el nuevo Art. 48, letras b) y c) (texto refundido, Art. 52), que analizaremos más adelante.

D) Estados de excepción constitucional

Los estados de excepción constitucional, como se verá, fueron notablemente modificados y reordenados.

1. Artículo 39. **“El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.**

Las situaciones de excepción constitucional, las cuales se producen por causa de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad ya establecidas en el texto constitucional precedente, requieren –además–, como requisito común a todas ellas, que, como señala el nuevo precepto, se afecte “gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”. Por consiguiente, la calificación de las situaciones de excepción constitucional ya no constituirá una prerrogativa del Jefe de Estado, sino que emana de la propia Constitución.

No comparto esta calificación de orden constitucional, pues el Presidente de la República es no sólo un administrador, sino el jefe político de la nación. Por consiguiente, es a él a quien le corresponde determinar cuándo ciertas situaciones puedan afectar las instituciones de la República en casos excepcionales, como los que describen los artículos 40 y siguientes. Más grave resulta aún esta disposición, toda vez que, de acuerdo al Art. 40, inciso 3º, en el lapso previo a la reunión del Congreso Nacional las medidas que el Presidente adopte pueden ser objeto de revisión por los Tribunales de Justicia; por último, será el Congreso Nacional el facultado constitucionalmente para aprobar o rechazar los estados de sitio y de asamblea y es evidente que si la situación no afecta “el normal desenvolvimiento de las instituciones”, los rechazará.

Recordemos que el origen histórico de esta prerrogativa de la autoridad estatal o quien asumía estos poderes amplios en casos de emergencias constitucionales se otorgaba por la “*eclesia*”, la más alta magistratura en la democracia ateniense y en la República Romana, al llamado “*dictator*”, generalmente un cónsul (de ahí deriva el término “dictadura”), por el Senado Romano. En ambos casos, los designados actuaban con plenos poderes en aras a lograr el pleno restablecimiento de las instituciones, poder temporal también sujeto a la fiscalización de ambos Poderes Legislativos.

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR

Artículo 40. “El estado de asamblea, en caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente”.

“El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si



el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente”.

“Sin embargo, el Presidente de la República podrá aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración, pero en este último estado sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión. Las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional, podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, sin que sea aplicable, entre tanto, lo dispuesto en el artículo 41 D”.

“La declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga”.

“El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad”.

Artículo 41. “El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma”.

“El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40”.

“Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale”.

Artículo 41 A (texto refundido, Art. 42) “El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Con-

greso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40”.

“Declarado el estado de emergencia, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale”.

“El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia”.

Artículo 41 B (texto refundido, Art. 43) “Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”.

“Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión”.

“Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”.

“Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”.

1. Estado de asamblea (Arts. 40 y 41 B, texto refundido, Arts. 40 y 43):

Lo declara el Jefe de Estado en el caso de guerra exterior, para lo cual requiere del acuerdo del Congreso Nacional. Obliga al Presidente de la República a determinar las zonas afectadas por esta medida. El acuerdo del Congreso para aceptar o rechazar la declaración será de 5 días, sin poder modificar la declaración. Si no se pronunciare en dicho plazo, se entenderá que el Congreso aprueba la declaración.

El estado de asamblea se aplica de inmediato de efectuada la declaración por el Presidente de la República, pero sólo podrá restringirse el derecho de reunión. Las medidas que el Presidente adopte, mientras no se pronuncie el Congreso, podrán ser objeto de revisión por el Poder Judicial, pudiendo en ese lapso calificar los fundamentos y las circunstancias que emanan de la autoridad presidencial. Este estado de excepción durará por el término que dure la guerra exterior, salvo que el propio Jefe de Estado lo suspenda.

Vigente ya el acuerdo del Congreso Nacional, puede el Presidente de la República suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de trabajo; restringir el derecho de asociación, afectar la inviolabilidad de la documentación y domicilios de las personas, requisar bienes y, en general, limitar el ejercicio del derecho de propiedad, con las indemnizaciones correspondientes.

2. Estado de sitio (Arts. 40 y 41 B, texto refundido, Arts. 40 y 43):

Lo declara, asimismo, el Jefe de Estado en caso de guerra o conmoción interior grave, para lo cual también requiere del acuerdo del Congreso Nacional. De la misma manera que el estado de asamblea, obliga al Presidente a señalar las áreas afectadas por su determinación, debiendo el Congreso pronunciarse en el plazo de 5 días.

En el caso del estado de sitio, el plazo de duración del mismo será de 15 días, sin perjuicio de que el Presidente podrá solicitar al Congreso una prórroga, siempre que persista la situación que dio lugar a la excepción constitucional.

Como en el caso anterior, tiene aplicación inmediata aun cuando esté pendiente el acuerdo del Congreso. En el lapso que medie entre la declaración presidencial y el acuerdo del Congreso, sólo podrá afectarse el derecho de reunión. Asimismo, los tribunales podrán revisar las medidas adoptadas por el Ejecutivo en ese lapso de 5 días de efectuada la declaración.

Los efectos de la declaración, según la reforma, son: restringir la libertad de locomoción, arrestar a las personas en sus casas o lugares que establezca la ley orgánica constitucional respectiva, pero en ningún caso en recintos penitenciarios ordinarios, y restringir o suspender el ejercicio del derecho de reunión.

3. Estado de catástrofe (Arts. 41 y 41 B, inciso 3º, texto refundido, Arts. 41 y 43, inciso 3º):

Su declaración es privativa del Presidente de la República, en caso de calamidad pública, señalando las zonas afectadas. Deberá, no obstante, informar al

Congreso Nacional de las medidas que adoptare, pero transcurridos 180 días y habiendo cesado los presupuestos para la adopción de esta declaración podrá revocarla el Congreso Nacional. En todo caso, si la declaración efectuada por el Presidente de la República es superior a un año, debe contar necesariamente con el acuerdo del Congreso por el mismo procedimiento establecido para los estados de asamblea y de sitio.

Al declararse el estado de catástrofe las áreas afectadas con esta medida quedarán bajo la autoridad de aquel Jefe de la Defensa Nacional que el Presidente designe. La ley orgánica constitucional señalará las facultades que tendrá el designado.

Los efectos de la declaración del estado de catástrofe afectan la libertad de locomoción y reunión, el derecho de dominio y, en general, otorgan facultades para adoptar las medidas administrativas extraordinarias consiguientes.

4. Estado de emergencia (Arts. 41 A y 41 B inciso 4º, texto refundido, Arts. 42 y 43 inciso 4º):

En la situación de alteración grave del orden público o de grave daño a la seguridad nacional, el Presidente de la República podrá declarar el estado de emergencia indicando las zonas afectadas, por un lapso no superior a 15 días. A su vez, el Jefe de Estado podrá prorrogarlo por igual plazo y, en este último caso, las prórrogas sucesivas requerirán el acuerdo del Congreso Nacional, según el mismo procedimiento de las situaciones de excepción anteriores. De la misma manera que durante el estado de catástrofe, el Presidente de la República designará al Jefe de la Defensa Nacional, quien tendrá idénticas prerrogativas. El Presidente deberá informar siempre al Congreso de las medidas que adopte respecto de esta situación de emergencia.

El único efecto de este estado de excepción consiste en la restricción de las libertades de movilización y de reunión.

NORMAS GENERALES APLICABLES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

Artículo 41 C. (texto refundido, Art. 44) **“Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares”.**

“Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos”.

Artículo 41 D. (texto refundido, Art. 45) **“Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”.**

“Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”.

1. La ley orgánica constitucional regulará todo lo relativo a las situaciones de excepción constitucional en todo aquello no contemplado en la Constitución, no pudiendo afectar las atribuciones y competencias de los órganos constitucionales, así como también sus derechos e inmunidades, por lo que será necesario modificar la legislación vigente (Ley Orgánica Constitucional N° 18.415, de Junio de 1985).

2. Las medidas adoptadas con motivo de estas situaciones excepcionales no podrán exceder de la duración de las mismas.

3. El Poder Judicial no tiene atribuciones para revisar las razones ni los hechos invocados para la dictación de estas situaciones extraordinarias, salvo en el lapso que media entre la declaración del estado de asamblea y de sitio y el pronunciamiento del Congreso Nacional, como ya explicamos.

4. Sin perjuicio de lo anterior, siempre procederán los recursos constitucionales correspondientes, en especial los recursos de amparo y protección, para impugnar las medidas particulares que menoscaban los derechos fundamentales de las personas.

5. Las requisiciones de bienes y las limitaciones al derecho de dominio, cuando mediante ellas su titular sea privado de usar, gozar y disponer de dichos bienes y ello irroque daño, darán lugar a las indemnizaciones de los perjuicios causados.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA REFORMA A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Desaparecen las facultades del Consejo de Seguridad Nacional que tenía en el texto primitivo, en orden a prestar su acuerdo para dar lugar a la declaración de los estados de asamblea, emergencia y catástrofe.
2. Se sistematizan, se reordenan y se regulan con mayores detalles estas situaciones de excepción.
3. Se otorgan más mecanismos de control al Congreso Nacional y al Poder Judicial.
4. Se elimina la facultad presidencial para decretar simultáneamente dos o más estados de excepción.
5. Se limita, finalmente, el número de derechos constitucionales que pudieran ser afectados en virtud de las medidas que se adopten como consecuencia de estos estados excepcionales.

IV. Congreso Nacional

(Capítulo V, Arts. 42 al 72, texto refundido, Arts. 46 al 75)

A) Composición y generación de la Cámara de Diputados y del Senado

1. Artículo 45 (texto refundido, Art. 49) "El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país. La ley orgánica constitucional respectiva determinará el número de Senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección".

"Los Senadores durarán ocho años en su cargo y se renovarán alternadamente cada cuatro años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones de número impar y en el siguiente a los de las regiones de número par y de la Región Metropolitana".

El Senado en su integridad será elegido en votación directa, desapareciendo los senadores institucionales y designados. Por consiguiente, el Senado se compone de 38 miembros electos.



Al eliminarse del inciso primero la disposición que establecía que el Senado se compone de dos senadores por región, sin perjuicio de 6 de ellas que elegirán el doble de representantes senatoriales, según estableció la reforma constitucional plebiscitada en 1989, será la ley orgánica constitucional respectiva la que determinará en definitiva el sistema electoral y el número de senadores. De tal manera, para poder modificar el sistema electoral aplicable a la elección de senadores no se requerirá de una modificación constitucional, sino de una reforma a la Ley N° 18.700, del 6 de mayo de 1988, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

No obstante lo anterior, la disposición 42ª transitoria (texto refundido, disposición N° 13ª), aprobada respecto de esta reforma constitucional, ha hecho exigible un quórum de las 3/5 partes de diputados y senadores en ejercicio para modificar dicha ley, en lo que respecta a los senadores. Ello constituye una excepción al quórum de 4/7 exigido en el artículo 63 de la Constitución (texto refundido, Art. 66) para cualquier aprobación, modificación o derogación de leyes calificadas por el constituyente como de rango orgánico constitucional.

Como en conformidad al Art. 43 (texto refundido, Art. 47) de la Constitución, la totalidad de la Cámara de Diputados es elegida en votación directa por los distritos electorales que señale la ley orgánica constitucional respectiva y no se refiere al número de diputados elegidos por cada distrito, necesariamente es la ley electoral la que determinará el número de diputados que deben elegirse según la división territorial correspondiente. Para su modificación, se requerirá el quórum de los 4/7 de diputados y senadores en ejercicio.

Entonces, el incremento del quórum constitucional para cualquier modificación de dicha ley implica reforzar el sistema mayoritario binominal para las elecciones de parlamentarios, de senadores, no así de diputados.

En todo caso, está latente la posibilidad de una modificación o reemplazo del sistema electoral mayoritario binominal para la generación del Congreso Nacional.

Finalmente, la disposición 42ª transitoria (texto refundido, disposición 13ª transitoria) estableció que los actuales senadores institucionales y designados continuarán en sus cargos hasta el 10 de marzo de 2006.

La eliminación constitucional de los senadores institucionales y designados (en efecto, alguno provenían de instituciones como la Corte Suprema, ex Presidentes de la República o Consejo de Seguridad Nacional y otros de designación del Jefe de Estado, como ex rectores de universidades o ex ministros), constituyó uno de los planteamientos más elocuentes en contra de la Constitución de

1980, en esta parte y calificado –por ende– de “enclave autoritario” por los opositores a esta institución. En definitiva, se logró un amplio acuerdo para la eliminación, quedando el Senado compuesto de 38 miembros, todos electos por sufragio universal. No hubo acuerdo para modificar el número de senadores, sujetando la ampliación de dicho número a lo que pudiere disponer en el futuro la ley orgánica constitucional respectiva.

Debemos señalar, no obstante la desaparición de esta institución, que históricamente la Constitución de 1980 la había recogido de planteamientos que habían hecho suyos los ex Presidentes de la República Arturo Alessandri, Carlos Ibáñez y Jorge Alessandri en sus pasadas administraciones y diversas mociones parlamentarias, entre las que cabe destacar la del ex senador radical D. Florencio Durán Bernal, en la década de 1940.

El hecho que la eventual modificación a las normas electorales de generación de parlamentarios radique en mayorías diferentes para aprobarlas, modificarlas o derogarlas (4/7 para elegir diputados y 3/5 para elegir senadores), estaría posibilitando la eventual introducción de algún sistema proporcional o empírico para la elección de diputados, manteniéndose el sistema mayoritario binominal en lo que respecta a la generación del Senado. Todo ello, sujeto, desde luego, a las mayorías parlamentarias y al futuro institucional.

2. Artículo 46 (texto refundido, Art. 50) **“Para ser elegido senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, haber cursado la enseñanza media o equivalente y tener cumplidos treinta y cinco años de edad el día de la elección”.**

Dentro de los requisitos para ser elegido senador se disminuye la edad para ser electo de 40 a 35 años de edad cumplidos al día de la elección y se elimina el requisito de residencia en la región correspondiente a su circunscripción senatorial, como veremos.

3. Art. 47 (texto refundido, Art. 51) **“Se entenderá que los diputados tienen, por el solo ministerio de la ley, su residencia en la región correspondiente, mientras se encuentren en ejercicio de su cargo”.**

“Las elecciones de diputados y de senadores se efectuarán conjuntamente. Los parlamentarios podrán ser reelegidos en sus cargos”.

“Las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido”.

“Los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados”.

“Los parlamentarios elegidos como independientes que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán reemplazados por el ciudadano que señale el partido indicado por el respectivo parlamentario al momento de presentar su declaración de candidatura”.

“El reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso. Con todo, un diputado podrá ser nominado para ocupar el puesto de un senador, debiendo aplicarse, en ese caso, las normas de los incisos anteriores para llenar la vacante que deja el diputado, quien al asumir su nuevo cargo cesará en el que ejercía”.

“El nuevo diputado o senador ejercerá sus funciones por el término que faltaba a quien originó la vacante.”

“En ningún caso procederán elecciones complementarias”.

1. La presunción de residencia que regía para diputados y senadores sólo regirá respecto de los diputados, ya que en virtud de lo dispuesto en el nuevo Art. 46 (texto refundido, Art. 50), no se exige a los senadores el requisito de residencia en la región respectiva.

A mi juicio, si se eliminó la presunción de residencia respecto de los senadores, debió eliminarse, asimismo, respecto de los diputados. En efecto, es un hecho conocido que la interpretación que ha efectuado la justicia electoral del término “residencia” ha sido tan amplísima que en la práctica ha desaparecido como requisito habilitante para postular como parlamentario.

2. Las elecciones de diputados y senadores serán conjuntas.

3. Las vacantes de parlamentarios se proveerán por aquel que señale el partido político respectivo y no, como establecía la anterior disposición, que lo sería quien hubiere acompañado en la lista al parlamentario cuyo cargo quedó vacante. Los parlamentarios independientes no serán reemplazados.

4. Podrá reemplazarse el cargo de un senador vacante por el de un diputado en ejercicio.

5. Los parlamentarios reemplazantes lo serán sólo por el resto del periodo del parlamentario que originó la vacante.

B) Atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados

Art. 48, N° 1) (texto refundido, Art. 52 N° 1) **"1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:"**

"a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días".

"Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior".

"En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado".

"b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio".

"La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación, y".

"c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno".

"Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten".

"No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros".

“La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas”.

1. Al ejercer la Cámara de Diputados su función fiscalizadora, la respuesta la efectuará el Presidente de la República mediante el Ministro correspondiente en el plazo de 30 días, debiendo ser fundada.

2. Dicha respuesta también procederá y en la misma forma respecto de la que formule cualquier diputado que cuente con el voto favorable de un tercio de los diputados presentes en la sala.

3. Se reitera la norma vigente desde la Constitución de 1925, que establece que las actuaciones de fiscalización no afectarán en caso alguno la responsabilidad política de los Ministros de Estado.

4. Los Ministros de Estado podrán ser citados a solicitud de un tercio de los diputados en ejercicio, con el objeto de formularles preguntas relacionadas con su despacho, no más de tres veces en un año calendario, salvo que la mayoría de los diputados en ejercicio acuerde una nueva o nuevas citaciones. Será obligatoria la asistencia de los Ministros de Estado, quienes deberán responder estas interpelaciones.

5. Se institucionalizan las llamadas comisiones investigadoras que, hasta la entrada en vigencia de esta reforma, eran de dudosa constitucionalidad. Ellas se generan a solicitud de al menos 2/5 de los diputados en ejercicio. Si se logra reunir el quórum de 1/3, podrán citar y recabar antecedentes de Ministros de Estado, otros funcionarios de la Administración del Estado y personal de empresas estatales en las que el Estado participe mayoritariamente.

Surge la obligación de los funcionarios señalados de comparecer ante dichas comisiones investigadoras y, asimismo, de entregar la información y antecedentes que dicha comisión solicite. Como en el caso anterior, no podrán ser citados los Ministros de Estado más de 3 veces a la misma comisión, salvo que se acuerde por la mayoría absoluta de los parlamentarios que la integran.

6. Se le entrega a la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional la regulación del mecanismo de funcionamiento de las comisiones indicadas y el sistema de protección de los derechos de las personas que han sido objeto de citaciones o mencionadas en las mismas comisiones.

7. Las modificaciones indicadas a este artículo habían sido exigidas desde que entró en vigencia la actual Constitución por la mayoría del Congreso Nacional, especialmente la Cámara de Diputados en su rol constitucional fiscalizador del Gobierno de turno. En efecto, su labor de control se consideraba "*de capitis diminutio*" frente al régimen presidencialista chileno.

Hay que relacionar esta modificación con el nuevo Art. 37, inc. 2°, de la Constitución que obliga a los Ministros de Estado a concurrir personalmente a las sesiones del Senado y Cámara de Diputados en las materias que atañen a los secretarios de Estado. No se divisa el porqué deban concurrir necesariamente al Senado, en circunstancias que este último no es corporación fiscalizadora.

Es de esperar que la reforma indicada no entrañe una forma tácita de "pseudoparlamentarismo", como ocurrió en las últimas décadas de fines del siglo XIX y que terminó con el pronunciamiento militar del 5 de septiembre de 1924.

De otra manera, las reformas al Art 48, N° 1, de la Constitución, podrían transformarse en una especie de "niñitas arañas" de dicho "pseudoparlamentarismo"...

C) Atribuciones exclusivas del Senado

1. Art. 49 N° 4 (texto refundido, Art. 53 N° 4) "**Otorgar la rehabilitación de la ciudadanía en el caso del artículo 17, número 3° de esta Constitución**".

Se trata de la rehabilitación ciudadana que le compete al Senado respecto de los condenados a pena aflictiva y a aquellos condenados por delito de tráfico de estupefacientes sancionados con pena aflictiva.

2. Art. 49 N° 8 (texto refundido, Art. 53 N° 8) "**Aprobar, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la declaración del Tribunal Constitucional a que se refiere la segunda parte del N° 10 del artículo 82 (texto refundido, Art. 93 N° 10)**".

Se refiere a la declaración de inconstitucionalidad por la responsabilidad que pudiera caberle al Presidente de la República, de competencia del Tribunal Constitucional por actos contra el pluralismo político, la que deberá ser aprobada por la mayoría de los miembros del Senado en ejercicio (véanse Arts. 19 N° 15°, incisos 6° y ss, y Art. 82 N° 10°, hoy Art. 93).



D) Atribuciones exclusivas del Congreso

Artículo 50 (texto refundido, Art. 54) "Son atribuciones del Congreso:"

"1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 63, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley".

"El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle".

"El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional".

"Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria".

"Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional".

"Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno".

"En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro".

"El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a

lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva”.

“De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo”.

“En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, y”.

“2) Pronunciarse, cuando corresponda, respecto de los estados de excepción constitucional, en la forma prescrita por el inciso segundo del artículo 40”.

1. En relación a la aprobación o rechazo de los tratados internacionales, la reforma introduce diversas modificaciones:

1.1. La aprobación de un tratado requerirá de los quórum correspondientes, según se trate de una ley interpretativa de la Constitución, una ley orgánica constitucional, una ley de quórum calificado o una ley común, de acuerdo a las mayorías exigidas por el Art. 63 (texto refundido, Art. 66) de la Constitución.

1.2. El Jefe de Estado debe informar al Congreso Nacional sobre el mismo tratado y de las reservas que pueda merecer. A su vez, el Congreso podrá “sugerir” la adopción de reservas e interpretaciones, siempre que procedan de acuerdo a lo dispuesto por el propio tratado y los principios del Derecho Internacional.

1.3. Los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria (Art. 32, N° 8), no requerirán de la aprobación del Congreso Nacional. Por ser facultad privativa del Jefe de Estado, esta nueva disposición está totalmente de más y, en todo caso, es el Tribunal Constitucional quien puede estatuir en esta materia, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 82 N° 3° de la Constitución (texto refundido, Art. 93, N° 3°).

1.4. Las normas que contiene un tratado internacional podrán derogarse, modificarse o suspenderse, según lo dispone el propio tratado o las normas generales del Derecho Internacional, pero es facultad exclusiva del Presidente de la República denunciarlo o retirarse del acuerdo internacional, pidiendo la opinión del Congreso en el plazo de 15 días. Esta norma es una de las excepciones más evidentes a la doctrina jurídica que en derecho "las cosas nacen y mueren de la misma manera".

1.5. Si el Jefe de Estado hace efectivo el retiro de alguna reserva del tratado y se trata de alguna de aquellas que tuvo en vista el Congreso para aprobar el mismo, requerirá de las mayorías que establece el Art. 63 (texto refundido, Art. 66) de la Constitución, según su contenido. Se establece un plazo de 30 días para el pronunciamiento del acuerdo, plazo que es fatal, por lo que transcurrido el mismo regirá el retiro de la reserva.

1.6. Todas las materias relativas al tratado (entrada en vigor, reserva, interpretaciones, objeciones, retiro, nulidad, etc.) deberán tener una efectiva publicidad.

A mi juicio, muchas de las materias que establecen mayores prerrogativas del Congreso Nacional en la discusión, aprobación o rechazo de los proyectos de tratados internacionales no eran tampoco materia de reformas Constitucionales, sino de modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional sobre el Congreso Nacional.

1.7. En relación a los estados de excepción constitucional de sitio y de asamblea, éstos requieren siempre del pronunciamiento del Congreso (véase Art. 40, inciso 2º).

E) Funcionamiento del Congreso

1. Fue derogado el Art. 51, pues fue eliminada la distinción entre legislatura ordinaria y extraordinaria.

2. Se reemplaza el Art. 52 (texto refundido, Art. 55) "El Congreso Nacional se instalará e iniciará su período de sesiones en la forma que determine su ley orgánica constitucional".

"En todo caso, se entenderá siempre convocado de pleno derecho para conocer de la declaración de estados de excepción constitucional".

"La ley orgánica constitucional señalada en el inciso primero, regulará la tramitación de las acusaciones constitucionales, la calificación de las ur-

gencias conforme lo señalado en el artículo 74 y todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley”.

Este artículo entrega a la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional la instalación; períodos de duración; convocatorias; tramitación de las acusaciones constitucionales del Art. 48 (texto refundido, Art. 52); calificación de las urgencias (Art. 71, texto refundido, Art. 74) y la tramitación de las leyes.

La disposición establece, además, que las convocatorias para que el Congreso Nacional se pronuncie en razón de si aprueba o rechaza la declaración de un estado de excepción constitucional se producirán de pleno derecho. Esto es, basta la sola declaración del Presidente de la República para entenderse convocado el Congreso (véanse Arts. 39 y ss.).

F) Normas comunes para los diputados y senadores

1. Art. 54 (texto refundido, Art. 57), se transcriben sólo los números que sufrieron modificaciones. **“No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores:”**

“2) Los intendentes, los gobernadores, los alcaldes, los miembros de los consejos regionales, los concejales y los subsecretarios;”.

“10) Los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”.

Se establece que son inhábiles para ser candidatos a senadores, además de las inhabilidades tradicionales, los subsecretarios de Estado y los Comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, el Director General de Carabineros de Chile y el de la Policía de Investigaciones, como, asimismo, los oficiales de las instituciones ya señaladas.

En estricto derecho, la nueva inhabilidad de los “oficiales” de las Fuerzas Armadas y de Orden bastaba por sí misma, sin que fuere necesario incluir a sus Comandantes en Jefes. Pero parecen haber pesado razones políticas de todos conocidas...

2. Art. 55, inciso final (texto refundido, Art. 58) **“Por el solo hecho de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones, el diputado o senador cesará en el otro cargo, empleo o comisión incompatible que desempeñe”.**

3. Art. 56, inciso primero (texto refundido, Art. 59) **“Ningún diputado o senador, desde el momento de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones puede ser nombrado para un empleo, función o comisión de los referidos en el artículo anterior”.**

4. Art. 57, inciso final (texto refundido, Art. 60) **“Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional”.**

Se hace efectiva la incompatibilidad parlamentaria desde la proclamación como parlamentario electo por el Tribunal Calificador de Elecciones hasta el término de su mandato, eliminando, por consiguiente, el lapso de 6 meses posterior a la finalización del mandato parlamentario, como lo exigía la disposición primitiva.

Por otra parte, se institucionaliza la renuncia de los parlamentarios, la que deberá justificarse en caso de una enfermedad grave que constituya un impedimento para desempeñar el cargo. Ello debe calificarlo el Tribunal Constitucional (véase Art. 82 N° 15, texto refundido, Art. 93 N° 15).

G) Materias de ley

Art. 61, inciso quinto, nuevo (texto refundido, Art. 64) **“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance”.**

Mediante este inciso se faculta al Presidente de la República para fijar textos refundidos de las leyes, para una mejor aplicación de éstas, permitiéndole sólo introducir los cambios formales necesarios, no pudiendo variar su genuina significación.

En lo que respecta a la actual reforma, el Art. 2º, transitorio, faculta al Jefe de Estado para que mediante decreto supremo dicte el texto de la Constitución vigente en el plazo de un año. Esta atribución siempre la ha tenido en virtud de lo dispuesto en el Art. 32, N° 1 y 8º, de la Constitución, lo que deriva de sus atribuciones promulgatorias de ejecución. Se ha hecho una costumbre constitucional, sin embargo, que el Congreso le fije plazo al Presidente de la República para dictar los reglamentos correspondientes, siendo ello facultad expresa de este último. Es más, sin alterar “su verdadero sentido y alcance”, el texto refundido de la actual Constitución, Decreto Supremo N° 100, del 17

de septiembre del 2005, modifica la numeración de los artículos de la Carta Fundamental a partir de la disposición N° 40, por lo que la actual Constitución pasa a tener 129 artículos, en circunstancias que contenía sólo 119.

Finalmente, detrás del cumplimiento de la nueva disposición del Art. 61 (texto refundido, Art. 64), inciso 5º y del Art. 2º transitorio, aparece la motivación política de desvincularse de la Constitución original de 1980...

H) Formación de la ley

Art. 72, inciso 1º (texto refundido, Art. 75) **“Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley”**.

Este plazo presidencial para promulgar o vetar un proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional en su último trámite constitucional, será siempre de 30 días contados desde su remisión al Jefe de Estado. Ello, porque ha desaparecido la distinción entre la legislatura ordinaria y extraordinaria, como explicamos.

VI. Poder judicial

(Capítulo VI, Arts. 73 al 79, texto refundido, Arts. 76 al 82)

1. Inciso 1º Art. 79 (texto refundido, Art. 82) **“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales”**.

Se amplían las superintendencias de la Corte Suprema, comprendiendo, además, a los tribunales militares en tiempo de guerra y privando a dicha Corte –con la derogación del inciso final de este artículo– de las contiendas de competencia entre autoridades políticas y administrativas y los tribunales inferiores de justicia, que hoy le competarán al Tribunal Constitucional.

De acuerdo a la disposición 42ª transitoria (texto refundido, 15ª transitoria), inciso 2º, las contiendas de competencia ya deducidas, las continuará conociendo la Corte Suprema hasta su total tramitación. Lo propio ocurre con aquellas que se entablen antes de la entrada en vigencia de las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional (marzo del año 2006).

La Constitución vigente hasta esta modificación excluía la superintendencia de la Corte Suprema respecto de los tribunales militares en tiempo de guerra, atendida la gravedad de los delitos que se cometieren en dichas circunstancias

(como traición a la patria, desertión, espionaje, etc.). La reforma le restituye esta facultad al más alto tribunal de la República, respecto de las sentencias de los tribunales militares durante las hostilidades exteriores.

2. La derogación del Art. 80 significa eliminar la facultad de la Corte Suprema de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal con efectos particulares, la que ahora le corresponde al Tribunal Constitucional (Art. 82, N°s 6° y 7°, texto refundido, Art. 93, N°s 6° y 7°).

Es incuestionable que la reforma en general no demuestra mucha simpatía hacia el Poder Judicial. En efecto, se degradan las precedencias en las subrogaciones en beneficio de la Cámara de Diputados (Arts. 28 y 29, ya estudiados); pierde sus facultades respecto de las contiendas de competencia y desaparecen, además, sus facultades respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales y que emanen precisamente de una gestión judicial y sus autos acordados son sujeto de revisión por el Tribunal Constitucional.

Recibe, por otra parte, el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, el verdadero "presente griego", de ejercer la superintendencia sobre los tribunales militares en tiempo de guerra, con la gravedad que implica su fallo definitivo en una situación extrema para el país por la categoría de los delitos que deberá entrar a conocer.

Esta "*capitis diminutio*" del Poder Judicial no es buena para la República, toda vez que es el Poder Judicial el principal guardián del Estado de Derecho.

VII. Ministerio Público

(Capítulo VI-A, texto refundido, Capítulo VII. Arts. 80 A a 80 I, texto refundido, Arts. 83 a 91)

1. Art. 80 C (texto refundido, Art. 85), inciso 2° **"El Fiscal Nacional deberá tener a los menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; durará ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente"**.

El objeto de esta modificación es que el Fiscal Nacional dure 8 años en sus funciones, en circunstancias que antes de las reformas duraba 10 años en su cargo. Con todo, tiene un tope de edad de 75 años, según el nuevo inciso

final del mismo artículo, que establece que le “será aplicable al Fiscal Nacional lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 (texto refundido, Art. 80) en lo relativo al tope de edad”.

2. Art. 80 D (texto refundido, Art. 86), segunda parte del inciso final, “**Los fiscales regionales (...) durarán ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser designados para el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público**”.

Mediante esta modificación, los fiscales regionales, asimismo, durarán 8 años en el ejercicio de sus funciones, ya que antes de la reforma duraban 10 años.

3. Art. 80 G (texto refundido, Art. 89), inciso 1º “**El Fiscal Nacional y los fiscales regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio**”.

Se dispone que la remoción del Fiscal Nacional y la de los fiscales regionales deberá acordarse por la mayoría simple de los ministros de la Corte Suprema en ejercicio, que previo a esta reforma requería de las 4/7 partes de sus integrantes en ejercicio.

VIII. Tribunal Constitucional

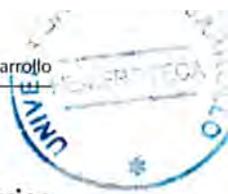
(Capítulo VII, texto refundido, Capítulo VIII, Arts. 81 al 83, texto refundido, Arts. 92 a 94)

A) Composición del Tribunal Constitucional

Art. 81 (texto refundido, Art. 92), incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º. “**Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:**”

“a) **Tres designados por el Presidente de la República**”.

“b) **Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones**



únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda”.

“c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto”.

“Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 55, 56 y 78 y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 57”.

“Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquel que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad”.

“En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado”.

Se modifica la integración de este Tribunal de la siguiente manera, pasando a ser su número de 7 a 10 miembros:

- a) Tres designados por el Jefe de Estado, que antes designaba sólo a uno.
- b) Cuatro miembros designados por el Congreso Nacional, dos directamente por el Senado y los restantes propuestos por la Cámara de Diputados y aprobados por el Senado. En ambos casos, se requerirá el quórum de 2/3 de senadores y diputados en ejercicio en una sola votación. Bajo el texto primitivo, el Senado designaba un miembro y ninguno la Cámara de Diputados.
- c) Tres miembros que elige la Corte Suprema en votación secreta.

Todos estos miembros del Tribunal durarán 9 años en sus cargos, se renuevan cada 3 años y deberán cumplir con los siguientes requisitos: 15 años de profesión de abogado, habiéndose destacado en el ejercicio público o privado en dicha profesión; no tener los impedimentos para ser parlamentario ni juez, estándoles prohibido el ejercicio profesional, incluso como jueces, afectándoles,

asimismo, los impedimentos constitucionales que producen la cesación de las funciones parlamentarias. Serán inamovibles en sus cargos y no podrán ser reelegidos. Al cumplir 75 años, cesarán en sus funciones.

B) Funcionamiento del Tribunal Constitucional

Art. 81 (texto refundido, Art. 92) incisos 8º y 9º “El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. El Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 11º del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva”.

“Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”.

De acuerdo a la reforma, funcionará en pleno con un quórum mínimo de 8 miembros y, a su vez, funcionará en sala con un quórum mínimo de 4 miembros. El texto primitivo sólo permitía el funcionamiento en pleno con un quórum mínimo de 5 miembros.

Al igual que lo establecía el texto constitucional anterior, la ley orgánica constitucional respectiva regulará los aspectos complementarios, para lo cual habrá que complementar la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, de 1981, sobre dicho Tribunal.

C) Atribuciones del Tribunal Constitucional

1. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 1º “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

De la misma manera que el texto anterior, ejerce el control constitucional de los preceptos legales que interpreten la Constitución, los de las leyes orgánicas constitucionales y, la reforma agrega, aquellas normas de un tratado internacional que regulen materias propias de leyes orgánicas, reafirmando con ello la correcta doctrina que sostiene que los tratados internacionales tienen el valor de una ley.

Para estos efectos, la Cámara de origen del proyecto tendrá un plazo de 5 días, tramitado totalmente el proyecto de ley en el Poder Legislativo, para enviar el mismo al control preventivo del Tribunal Constitucional.

Este control es de carácter obligatorio, preventivo y de oficio. El Tribunal deberá conocer en pleno y acordarlo por simple mayoría del pleno en ejercicio.

2. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 2° **“Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”.**

La reforma otorga una nueva facultad al Tribunal que consiste en resolver las eventuales inconstitucionalidades que pudieren producirse en la dictación de los autos acordados de los tribunales superiores de justicia.

En esta nueva materia, el Tribunal conoce a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las ramas del Congreso Nacional o de diez parlamentarios. Asimismo, cualquier afectado en juicio o gestión ante cualquier tribunal, al ser menoscabado en sus derechos fundamentales por alguna disposición que emane del auto acordado, podrá recurrir al Tribunal.

La reforma establece que, previo al ejercicio de esta facultad por el Tribunal, una sala del mismo deberá pronunciarse sin ulterior recurso sobre la admisibilidad del requerimiento.

Se trata de un control posterior a la entrada en vigencia de la norma jurídica impugnada, que el Tribunal conocerá en pleno o en sala, según lo disponga la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Conocerá sólo en mérito de un requerimiento y el acuerdo que adopte será de simple mayoría.

3. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 3° **“Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.**

Se mantienen en idéntica forma las facultades del Tribunal relativas a las cuestiones respecto de proyectos de reforma constitucional, proyectos de ley y de tratados internacionales en tramitación ante el Congreso.

El procedimiento es el mismo que estaba en vigencia, pero en lo relativo a los tratados internacionales el requerimiento debe ser formulado también antes de su promulgación con antelación a la comunicación al Presidente de la República, terminada su tramitación. En todo caso, el plazo de requerimiento

respecto de todos los proyectos aludidos será siempre de 5 días contados desde su remisión al Jefe de Estado.

Se trata, entonces, de un control preventivo que el Tribunal conoce en pleno por la mayoría de éste y por haber sido requerido.

Se mantienen las normas constitucionales relativas al plazo para la resolución del conflicto, que es de 10 días prorrogables que tiene el Tribunal y que los requerimientos no suspenden la tramitación de los proyectos, con las mismas excepciones: ley de presupuesto y declaración de guerra.

4. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 4º **“Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”.**

Asimismo, se mantiene la facultad con que cuenta el Tribunal para conocer de las eventuales inconstitucionalidades respecto de un decreto con fuerza de ley. Lo mismo respecto del plazo de diez días con que cuenta el Presidente al rechazarlo la Contraloría General de la República por inconstitucionalidad; o promovido por alguna de las ramas del Congreso Nacional o la cuarta parte de sus miembros, dentro de los 30 días de publicado en el Diario Oficial el decreto con fuerza de ley que se impugne.

5. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 5º **“Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”.**

De la misma forma, resuelve el Tribunal, como estaba facultado antes de la reforma, las cuestiones constitucionales con motivo de la convocatoria a plebiscitos constitucionales por los mismos requirentes, en el mismo plazo e idénticas modalidades.

6. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 6º **“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.**

La reforma agrega a las facultades del Tribunal Constitucional la de resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio y en pleno la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución con efectos particulares, procedente en cualquier gestión ante un tribunal ordinario o especial.

Esta facultad era de competencia de la Corte Suprema, según lo establecía el antiguo Art. 80 de la Carta Fundamental, hoy derogado, como se dijo.

De conformidad con lo dispuesto en el nuevo texto vigente, los requisitos y modalidades son los siguientes:

6.1. Puede plantear la inaplicabilidad cualquiera de las partes o el juez que esté conociendo la materia.

6.2. A cualquiera de las salas en que se divide el Tribunal Constitucional, le corresponderá declarar previamente y sin ulterior recurso la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción verificando la existencia del requerimiento en la medida que exista una cuestión pendiente en el tribunal competente. Enseguida, que la aplicación del precepto legal que se impugne pueda resultar decisiva para la resolución del asunto sometido a la resolución del tribunal ordinario o especial. Asimismo, que la impugnación esté fundada razonablemente. Finalmente, que cumpla con los restantes requisitos que la ley establezca (Se refiere, desde luego, a la ley orgánica constitucional de este Tribunal).

6.3. La misma sala resolverá acerca de la suspensión del procedimiento que se sigue ante el tribunal donde se generó la acción de inaplicabilidad.

6.4. Cumplidos los trámites señalados ante la sala correspondiente, será el pleno del Tribunal quien resuelva el recurso de inaplicabilidad.

7. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 7° **“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.**

La reforma constitucional establece en una nueva atribución del Tribunal Constitucional: la de resolver por mayoría de las 4/5 partes de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable en virtud de la atribución precedente, pero ahora con efectos absolutos y permanentes.

En lo que respecta al procedimiento, la reforma establece:

7.1. El precepto legal que había sido declarado inaplicable según la atribución del N° 6°, podrá ser impugnada de inconstitucionalidad mediante acción pública (cualquier persona). Si no precedió la declaración de inaplicabilidad, entonces la acción del N° 7° no procederá.

7.2. Sin perjuicio de lo anterior, el propio Tribunal podrá declarar inconstitucional el precepto con efectos absolutos, de oficio, sin necesidad de la existencia de una acción previa.

7.3. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá los requisitos de admisibilidad de la acción constitucional y el procedimiento que deberá seguirse para el caso que el Tribunal actúe de oficio.

7.4. En todo caso, la sentencia de inconstitucionalidad requerirá de un quórum especial de las 4/5 partes de los integrantes del Tribunal en ejercicio, para lo cual el Tribunal debe reunirse en pleno.

7.5. A diferencia de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, esta sentencia elimina en forma definitiva la norma impugnada, desapareciendo del ordenamiento jurídico

8. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 8° **“Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda”**.

Se mantiene, también, la atribución con que cuenta el Tribunal respecto de las reclamaciones en contra del Jefe de Estado cuando no promulgue una ley debiendo promulgar, o promulgue un texto diverso del que corresponda constitucionalmente.

En esta materia, rigen los mismo plazos de 30 y 60 días para deducir los requerimientos respectivos, como ocurría antes de la ley de reforma. El requerimiento en contra de un decreto supremo tachado de inconstitucional y vigente hasta la reforma, desaparece del N° 8° y se incluye en la atribución N° 16° del Tribunal Constitucional, como veremos.

9. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 9° **“Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88”**.

Sigue vigente la atribución del Tribunal Constitucional de resolver acerca de las eventuales inconstitucionalidades de un decreto o resolución ya objetada por la Contraloría General de la República por causa de inconstitucionalidad, como lo dispone el Art. 88 (texto refundido, Art. 99), en caso de que el Jefe de Estado decida impugnar la representación. Esta atribución se somete al mismo procedimiento del texto modificado.

10. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 10° **“Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitu-**

cionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio”.

La facultad del Tribunal de declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos por actos inconstitucionales, sigue vigente en iguales términos y procedimientos.

La reforma establece, sin embargo, que previo al ejercicio de esta facultad por el Tribunal, una sala del mismo deberá pronunciarse sin ulterior recurso sobre la admisibilidad del requerimiento.

11. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 11° “Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 número 7) de esta Constitución”.

Al igual que en el caso anterior, la facultad del Tribunal de informar al Senado acerca de las inhabilidades presidenciales continúa vigente de la misma forma, con la sola excepción que no concurre en el requerimiento la Cámara de Diputados, sino sólo el Senado.

12. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 12° “Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”.

Se establece una nueva atribución del Tribunal Constitucional que antes era de facultad de la Corte Suprema en virtud del antiguo Art. 79, inciso 3°, para conocer de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia. Cualquier autoridad en conflicto podrá requerir al Tribunal.

Según la norma transitoria del nuevo texto, las contiendas ya iniciadas o que se inicien antes del 11 de marzo del año 2006 continuarán siendo conocidas por la Corte Suprema hasta su completo término.

13. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 13° “Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones”.

La facultad del Tribunal para resolver acerca de las inhabilidades de los Ministros de Estado sigue igualmente vigente. La reforma establece, sin embargo,

que previo al ejercicio de esta facultad por el Tribunal, una sala del mismo deberá pronunciarse sin ulterior recurso sobre la admisibilidad del requerimiento.

14. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 14° **“Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios”.**

15. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 15° **“Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 57 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y”.**

La facultad del Tribunal para resolver acerca de las inhabilidades de los parlamentarios, de sus incompatibilidades y causales de cesación en el cargo, sigue igualmente vigente. Se agrega la facultad de calificar la grave enfermedad que afecta e impide al parlamentario continuar ejerciendo sus funciones, en orden a determinar la procedencia de su renuncia al cargo. Los hechos deberán ser conocidos en conciencia, de acuerdo a las normas de la sana crítica.

16. Art. 82 (texto refundido, Art. 93) N° 16° **“Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 (texto refundido, Art. 63)”.**

Se establece la atribución del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de los decretos supremos que contengan vicios. Dichos vicios consisten en inconstitucionalidades, como es el caso del decreto que regula materias propias de ley, violando el Art. 60 (texto refundido, Art. 63).

El Tribunal sólo podrá ejercer esta facultad cuando sea requerido por cualquiera de las ramas del Congreso Nacional y, en el evento de tratarse de vicios que no impliquen exceder la potestad reglamentaria autónoma del Jefe de Estado, el requerimiento podrá deducirse por la cuarta parte de cualquiera de las dos Cámaras.

Como lo dispone el Art. 83 (texto refundido, Art. 94), inciso 3°, los efectos de la sentencia del Tribunal que declara esta inconstitucionalidad serán inmediatos (de pleno derecho).

C.1. Procedimientos aplicables al ejercicio de cada atribución (ya explicados)

“En el caso del número 1.º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso”.

“En el caso del número 2.º, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado”.

“En el caso del número 3.º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”.

“El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados”.

“El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República”.

“En el caso del número 4.º, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional”.

“Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley”.

“En el caso del número 5.º, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria”.

“El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente”.

“Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo”.

“En el caso del número 6.º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

“En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”.

“Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

“En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta”.

“En el caso del número 11º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado”.

“Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo”.

“Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio”.

“En el caso del número 12º, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto”.

“En el caso del número 14º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio”.

“En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento”.

“El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º, 11º y 13º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario”.

“En los casos de los numerales 10º, 13º y en el caso del numeral 2º cuando sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse sin ulterior recurso, de su admisibilidad”.

D) Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional

1. Art. 83 (texto refundido, Art. 94), inciso primero “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

Como ya lo establecía el antiguo Art. 83, no podrán impugnarse las resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de las rectificaciones correspondientes por errores de hecho.

2. Art. 83 (texto refundido, Art. 94), inciso segundo **“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.**

Como consecuencia de lo anterior, las normas que el Tribunal declaró inconstitucionales jamás podrán entrar en vigencia, norma que repite el texto original de la Constitución.

3. Art. 83 (texto refundido, Art. 94), inciso tercero, segunda parte, e inciso cuarto **“No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 82, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.**

“Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación”.

En el evento que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de un auto acordado, de un decreto con fuerza de ley o de un precepto legal, la sentencia deberá publicarse en el Diario Oficial en el plazo de 3 días de haber sido pronunciada y sólo desde esa fecha producirá sus efectos.

Asimismo, el plazo de publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un decreto supremo, será de tres días desde su emisión (atribución del N° 16°).

E) Importancia de las reformas al Tribunal Constitucional

1. Como podrá apreciarse, se han reformado notablemente las atribuciones y se ha fortalecido su funcionamiento en desmedro de otros poderes del Estado (Corte Suprema y Congreso Nacional).

2. Debe destacarse que, a nuestro juicio, la modificación más importante está constituida por la facultad que se le otorga al Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de normas legales con efectos generales y absolutos, reforzándose de esta manera el principio de supremacía constitucional, preocupación constante de los profesores de esta cátedra y perfeccionándose, a su vez, el sistema de control constitucional.

3. Tratándose de un Tribunal Constitucional de integración mixta con una clara mayoría política sobre los miembros de origen judicial, es de esperar que

primen los criterios jurídico-constitucionales por sobre las consideraciones de orden político.

4. Como se dijo, cuando analizamos las modificaciones respecto del Poder Judicial, ellas hicieron desaparecer las facultades de la Corte Suprema en materia de inaplicabilidades de preceptos legales, quedando facultado el Tribunal Constitucional para conocer de las mismas y posteriormente de su eventual inconstitucionalidad en esta materia. En mi opinión:

a) La reforma no debió privar a la Corte Suprema de las facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, porque es a dicha Corte a quien le compete mantener la uniformidad del Derecho en la República.

b) Estamos en presencia de materias eminentemente jurisdiccionales y que derivan precisamente de juicios o gestiones ante tribunales inferiores ordinarios o especiales.

c) Habría bastado, a mi entender, haber legislado precisando los alcances de la declaración de inaplicabilidad (tanto en la forma y en el fondo) y asignar dichos recursos a algunas de las salas respectivas de la Corte para agilizar el procedimiento y entregar a la ley su reglamentación, por otra parte.

d) Eliminar la supremacía constitucional de carácter jurisdiccional (aunque sea en casos particulares) debilita enormemente la superintendencia de la Corte Suprema como el más importante tribunal de la República. Recordemos, además, que no obstante las críticas que merece la forma constitucional de su generación, la Corte Suprema está dotada de mucho mayor independencia y autonomía, que lo que ocurre respecto del tribunal Constitucional, de formación mixta y hoy de carácter político, y

e) Por consiguiente, se debió mantener dentro de las facultades de la Corte Suprema la declaración de inaplicabilidad, sin perjuicio de la nueva facultad del Tribunal Constitucional para la declaración de inconstitucionalidad de carácter general, incluso en la forma prevista en la reforma constitucional.

Ha de tenerse presente que de acuerdo a la disposición 45ª transitoria (texto refundido, N° 16ª), las reformas al Tribunal Constitucional rigen a partir del 26 de febrero del año 2006, con excepción de las normas sobre composición del mismo (ver disposición transitoria 43ª, texto refundido N° 14ª).



IX. Contraloría General de la República

(Capítulo IX, texto refundido, Capítulo X. Arts. 87 a 89, texto refundido, Arts. 98 a 100)

Art. 87, inciso final (texto refundido, Art. 98 inciso final) **“El Contralor General de la Republica deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo”.**

Se establecen las siguientes disposiciones:

1. El Contralor General de la República deberá ser abogado, con un mínimo de 10 años en el ejercicio de su profesión; tener, a lo menos, 40 años de edad y reunir los requisitos para ser ciudadano con derecho a sufragio (Art. 13 de la Constitución).
2. Será designado por el Jefe de Estado, con acuerdo del Senado, para lo cual requerirá los tres quintos de los senadores en ejercicio.
3. Durará 8 años en sus funciones, no pudiendo ser nombrado para el período inmediato siguiente. En el evento de cumplir 75 años de edad estando en el ejercicio de su cargo, cesará en éste.

La disposición reemplazada no establecía mayores requisitos para ser designado Contralor, según lo establecía el Art. 87, inciso 2º. Además, el quórum del acuerdo del Senado para su nominación debía ser la simple mayoría de sus miembros en ejercicio. Era, por otra parte, inamovible en su cargo hasta cumplir 75 años de edad. Como vemos, en virtud de la reforma, se establecen requisitos especiales para su nombramiento y se aumenta el quórum para que el Senado otorgue su acuerdo para designarlo. Finalmente, cesa en sus funciones a los 8 años, a menos que cumpla 75 años estando en ellas, en que cesa automáticamente en su cargo.

X. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

(Capítulo X, texto refundido, Capítulo XI. Arts. 90 a 94, texto refundido, Arts. 101 a 105)

1. Art. 90 (texto refundido, Art. 101) **“Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”.**

“Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública”.

“Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

Pasarán a depender del Ministerio de Defensa sólo las Fuerzas Armadas, quedando excluidas de dicha dependencia las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. De esta manera, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, integradas por Carabineros e Investigaciones, dependerán del Ministerio de la Seguridad Pública, que aún no existe. De acuerdo a la disposición 46ª transitoria (texto refundido, disposición 17ª transitoria), mientras no se dicte la ley que cree el “Ministerio encargado de la Seguridad Pública”, las Fuerzas de Orden y Seguridad continuarán dependiendo del Ministerio de la Defensa Nacional.

Por otra parte, debe decirse que ni las Fuerzas Armadas ni las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública garantizan de manera exclusiva el orden institucional del Estado, sino que, en virtud de la modificación al Art. 6º de la Constitución, dicha garantía es facultad de todos los órganos del Estado, como ya se explicó.

2. Art. 93, inciso segundo (texto refundido, Art. 104, inciso segundo) **“El Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, en su caso, antes de completar su respectivo período”.**

Con esta disposición, se pone fin a la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y del Director General de Carabineros

al establecer que el Presidente de la República los podrá llamar a retiro antes de completar el término de su período constitucional respectivo, mediante decreto fundado, informando previamente a las dos ramas del Congreso Nacional.

Recordemos que bajo el imperio del texto original, sólo los podía llamar a retiro si contaba con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, institución que ahora no tiene atribuciones en esta materia.

Este principio que recoge la reforma fue siempre muy persistente por parte de aquellos contrarios al texto primitivo de la Constitución, señalándolo como un "enclave autoritario" del sistema vigente hasta marzo de 1990. Por consiguiente, se renueva la facultad presidencial de poder remover a las autoridades castrenses, vigente en la Carta de 1925.

Debe tenerse presente que la disposición original del Art. 93, inciso 2º, tenía por objeto evitar la politización de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, estableciendo el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, que hoy fue despojado de sus facultades constitucionales. Hay experiencias de dicha politización bajo el imperio de la Carta Fundamental de 1925.

XI. Consejo de Seguridad Nacional

(Capítulo XI, texto refundido, Capítulo XII. Art. 96, texto refundido, Arts. 106 y 107)

1. Art. 96 (texto refundido, Art. 106) **"Habrá un Consejo de Seguridad Nacional encargado de asesorar al Presidente de la República en las materias vinculadas a la seguridad nacional y de ejercer las demás funciones que esta Constitución le encomienda. Será presidido por el Jefe del Estado y estará integrado por los Presidentes del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República".**

"En los casos que el Presidente de la República lo determine, podrán estar presentes en sus sesiones los ministros encargados del gobierno interior, de la defensa nacional, de la seguridad pública, de las relaciones exteriores y de la economía y finanzas del país".

El Consejo de Seguridad Nacional, según establece la nueva disposición, asesorará al Presidente de la República en materias de seguridad nacional y ejercerá otras atribuciones que la Constitución establezca. La Constitución no establece más atribuciones al Consejo, salvo la de ser consultado en caso de declaración de guerra.

El Consejo se integra por el Presidente de la República, que lo presidirá; el Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Diputados (que se agrega); el Presidente de la Corte Suprema; los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas; el General Director de Carabineros y el Contralor General de la República.

El Presidente de la República podrá establecer, asimismo, los Ministros de su despacho que concurrirán adicionalmente a las sesiones del Consejo, de acuerdo con los enumerados en la disposición que tratamos. A ellos, la reforma agrega al futuro Ministro de la Seguridad Pública.

2. Art. 96 (texto refundido, Art. 107) "El Consejo de Seguridad Nacional se reunirá cuando sea convocado por el Presidente de la República y requerirá como quórum para sesionar el de la mayoría absoluta de sus integrantes".

"El Consejo no adoptará acuerdos sino para dictar el reglamento a que se refiere el inciso final de la presente disposición. En sus sesiones, cualquiera de sus integrantes podrá expresar su opinión frente a algún hecho, acto o materia que diga relación con las bases de la institucionalidad o la seguridad nacional".

"Las actas del Consejo serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros determine lo contrario. Un reglamento dictado por el propio Consejo establecerá las demás disposiciones concernientes a su organización, funcionamiento y publicidad de sus debates".

Conforme a la reforma:

1. EL Consejo de Seguridad Nacional sólo podrá sesionar cuando así lo disponga el Presidente de la República, no procediendo la autoconvocatoria por dos o más de sus miembros, como ocurría con anterioridad a la reforma.
2. El Consejo no podrá adoptar acuerdos, sino sólo para dictar su propio reglamento.
3. Desaparecen todas las funciones que le otorgaba el antiguo Art. 96, salvo la de expresar su opinión en materias relacionadas con la seguridad nacional. Además, las actas del Consejo son públicas, salvo que la mayoría del mismo determine lo contrario, en cuyo caso sus acuerdos podrán ser reservados.
4. El reglamento que el Consejo dicte respecto de su funcionamiento, competencia y publicidad de sus debates, tampoco será necesariamente público, pues, como hemos visto, ello lo determinará la mayoría. Todo ello, no obs-

tante lo dispuesto en el nuevo Art. 8º acerca de la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Dicho artículo se refiere a la excepción de dicha publicidad en relación a los actos estatales por la “seguridad de la Nación”, mientras el inciso final de la disposición en estudio faculta al Consejo para opinar respecto de la “seguridad nacional”. Parecen asimilables dichos conceptos como sinónimos.

De todo lo expresado, no se divisa la razón constitucional para mantener la vigencia del Capítulo XI (texto refundido, Capítulo XII) relativo a este Consejo, en circunstancias que prácticamente carece de facultades, salvo la declaración de guerra efectuada por el Presidente de la República, en que sólo será oído (Art. 32, N° 19).

XII. Gobierno y administración interior del Estado (Capítulo XIII, texto refundido, Capítulo XIV. Arts. 99 al 115, texto refundido, Arts. 110 al 126)

Art. 99, inciso segundo (texto refundido, Art. 110, inciso segundo) **“La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional”.**

La modificación obedece a los siguientes objetivos:

1. Las disposiciones jurídicas que, como el precepto señala, modifiquen la organización del Gobierno y la Administración Interior del Estado, lo serán mediante Ley Orgánica Constitucional (Art. 63, inciso 2º, texto refundido, Art. 66, inciso 2º). Hasta la modificación, se trataba de una ley de quórum calificado, según el inciso 3º de la disposición ya citada.
2. Se eliminó del texto constitucional la frase “todo ello a proposición del Presidente de la República”, porque de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 62, inciso 3º (texto refundido, Art. 63), que no ha sido objeto de modificación, corresponde al Jefe de Estado la iniciativa exclusiva de aquellos proyectos de ley relacionados con la alteración de la división política y administrativa del país.
3. La reforma incide en diversos planteamientos destinados a la creación de nuevas regiones. Debe recordarse que, como dijimos, desapareció del texto actual la norma del Art. 3º de la Constitución, que disponía que bajo el punto de vista jurídico el Estado unitario chileno se divide en regiones y que, en virtud de lo dispuesto en el antiguo Art. 45 (texto refundido, Art. 49), no se indica el número de regiones (13, según el texto primitivo), por lo que el actual texto

deja abierta la posibilidad que mediante una ley orgánica constitucional se dé lugar a la creación de estas nuevas regiones, como ya está ocurriendo.

XIII. Reforma de la Constitución

(Capítulo XIV, texto refundido, Capítulo XV. Arts. 116 al 119, texto refundido, Arts. 127 a 129)

Art. 116, inciso final (texto refundido, Art. 127, inciso final) **“En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórum señalados en el inciso anterior”.**

Art. 117 (texto refundido, Art. 128) **“El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al Presidente de la República”.**

“Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras (...)”.

Las modificaciones al capítulo final de la Constitución y la derogación del Art. final tienen por objeto lo siguiente:

1. La reforma del anterior Art. 116, inciso 3º, que hacía aplicable a dichos proyectos de enmiendas el sistema de urgencias del Art. 71 (texto refundido, Art. 74), aplica a estos procedimientos las normas de formación de la ley, pero respetando siempre los quórum de 3/5 y 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio para la aprobación de las reformas. En consecuencia, rigen –entre otras normas– la urgencia, la formación de comisiones mixtas, las insistencias, etc., siempre dentro de dichas mayorías ya señaladas. Así ocurría bajo el imperio de la Constitución de 1925.

2. Se elimina el trámite legislativo del Congreso Pleno, a que aludía el antiguo Art. 117, incisos 1º al 3º. Por consiguiente, cumplidos los demás trámites en el Congreso Nacional, pasará directamente al Presidente de la República para su promulgación o veto.

Como vemos, la modificación constitucional debilita la rigidez constitucional, una de las características de la Constitución Política de 1980, en su concepción de carácter racional normativo. En efecto, el llamado “periodo de reflexión” de 30 días (establecido por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.671, de 2.000, que lo abrevió de 60 a 30 días), desaparece definitivamente bastando la sola aprobación por ambas Cámaras por los quórum de 2/3 o 3/5 de diputados y senadores en ejercicio.

Considero que la sesión del Congreso Pleno era una instancia importante precisamente por la importancia que reviste la supremacía formal de la Constitución. Finalmente, sin perjuicio de votarse en esta ocasión sin debate, los fundamentos de los votos de los constituyentes eran de un valor inapreciable para la historia fidedigna del establecimiento de las normas constitucionales modificadas. Recordemos solamente y a título ejemplar, la fundación del voto contrario a los beneficios constitucionales de terrorismo, expresado por el senador Jaime Guzmán E., que –no obstante– dio lugar a la Ley de Reforma Constitucional N° 19.055, de abril de 1991. Poco tiempo después el mismo senador Guzmán fue asesinado precisamente por terroristas...

3. Las otras modificaciones son solamente de texto, ya que no se alude al “Congreso”, sino que a “ambas Cámaras”.

4. El Art. final, que establecía la vigencia de la actual Constitución seis meses después del plebiscito, fue derogado y se aprobó el Art. 2º transitorio, que autoriza al Jefe de Estado para que en uso de su potestad reglamentaria dicte en el plazo de un año el texto refundido, coordinado y sistematizado del actual texto constitucional, producto de las reformas aprobadas. Como se dijo, el Decreto Supremo N° 100, del 17 de septiembre de 2005, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre del mismo año, ya refundió el actual texto constitucional.

Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional

Luz Bulnes Aldunate

Ex Ministra del Tribunal Constitucional
Vicepresidenta de la Asociación Chilena
de Derecho Constitucional
Miembro del Consejo Académico Consultivo
del Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Profesora Titular de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE

Por Ley 20.050, de agosto del año 2005, se aprobaron importantes reformas a la Constitución Política de 1980, entre las que destacan las que se refieren al Tribunal Constitucional, cuya composición, organización, funcionamiento y atribuciones se contemplan hoy en los nuevos artículos 92, 93 y 94 de la Ley Fundamental reformada.

Las mayoría de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra consagran Tribunales Constitucionales de cuya jurisprudencia surge el principio de que la Constitución obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediata y simultáneamente a todas las personas y grupos y a todos los órganos del Estado.

Se caracterizan estas jurisdicciones por el control concentrado de constitucionalidad de las normas legales toda vez que los países que eligen el control difuso de constitucionalidad no requieren otras normas que las que ya tienen.¹

Con la existencia de los tribunales constitucionales nace la justicia constitucional, que se caracteriza por su independencia y autonomía. Se aparta de la justicia ordinaria y no está supeditada a los poderes públicos.

En Chile la justicia constitucional apareció tempranamente en la Constitución de 1925 con la ampliación de las facultades jurisdiccionales de la Corte Su-

¹ Juan Colombo, *Derecho Procesal Constitucional* (publicación interna del Tribunal).

prema, órgano al que se le entregó el conocimiento y resolución de la acción o recurso de inaplicabilidad, que permitió declarar inaplicable para un caso particular un precepto legal.

Se exigía que existiera un juicio pendiente y la legitimación activa se entregaba a las partes y además podía actuar de oficio.

Por la Reforma Constitucional de 1970 se creó un Tribunal Constitucional, a instancias principalmente de los círculos académicos, que veían un vacío en la autolimitación que se impuso la Corte Suprema al no aceptar la inaplicabilidad por vicios de forma.

En líneas generales la acción o recurso de inaplicabilidad se mantuvo en la Constitución de 1980 en los mismos términos que en la carta de 1925 y representó el control a posteriori de la constitucionalidad de la ley con efectos particulares.

Por la Constitución de 1980 se estableció una justicia constitucional más amplia de la función legislativa que consagró un Tribunal Constitucional con una composición distinta y mayores facultades y atribuciones, como son el control obligatorio de la constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución y el control constitucional facultativo de las leyes ordinarias.

Hasta la reforma de la Ley 20.050 el sistema chileno de justicia constitucional tenía la particularidad que estaba compartida entre varios órganos constitucionales.

No existía ningún órgano constitucional que pudiera declarar la inconstitucionalidad con efectos generales de una ley vigente y la Corte Suprema sólo podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal para un caso particular.

Fue doctrina unánime de nuestra Corte Suprema establecer que el recurso de inaplicabilidad era de carácter abstracto y de derecho estricto y como sentenció este órgano jurisdiccional: "ha de encuadrarse, entonces, dentro de la comparación concreta y objetiva entre los preceptos constitucionales y legales que se denuncian como antinómicos, de manera que fuere la situación procesal o de derechos sustantivos que se hallare pendiente en el juicio en referencia, no impide ni obstaculiza la decisión de esta Corte sobre el alcance netamente jurídico de los preceptos que se suponen en contradicción."²

² *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, Antecedentes y Jurisprudencia.* Emilio Pfeffer. Pág. 511

Por la reforma constitucional aprobada por la Ley 20.050, de agosto del año 2005, se modificaron las características de la justicia constitucional en Chile y siguiendo las tendencias del derecho comparado se tiende a una mayor concentración del control de las normas constitucionales en un órgano jurisdiccional y a la ampliación de la legitimación activa para comparecer ante el Tribunal Constitucional.

La reforma consagra una justicia constitucional más concentrada y el control de la constitucionalidad de la ley se traspasa de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional modificando sustancialmente la legitimación activa para ante este órgano jurisdiccional y los efectos de sus resoluciones cuando resuelva sobre la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto legal vigente.

La nueva composición del Tribunal Constitucional

El nuevo artículo 92 de la Constitución Política señala:

“Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.*
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.*
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.*

Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 55, 56 y 78 y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en el inciso segundo y tercero del artículo 57.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquél que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado.

El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. El Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 11º del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva.

Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”.

Esta nueva composición del Tribunal Constitucional nació en la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y sus incisos 2º y 5º tuvieron su origen en el veto presidencial.

Concordamos plenamente con el nuevo período que se establece para los Ministros del Tribunal, los nueve años no reelegibles buscan, como todos los períodos largos que establecen las distintas jurisdicciones del derecho comparado, darle mayor estabilidad a la jurisprudencia de estos órganos constitucionales.

Por las nuevas disposiciones se establecen los quórum para adoptar acuerdos y se elimina en esta forma la posibilidad del voto dirimente del Presidente del organismo que establecía la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997.

Hoy la norma constitucional hace imposible una disposición de esta naturaleza, pues los acuerdos están regulados por la propia Constitución, que tiende a acentuar una mayor igualdad entre los miembros de esta jurisdicción.

Si bien siempre hemos sostenido que no existe el Tribunal Constitucional ideal y que su composición es una decisión política que depende de múltiples fac-



tores, no podemos menos que hacer ver ciertas dudas que nos asaltan frente a la nueva composición de esta jurisdicción.

Se observa en la nueva integración que contempla la reforma constitucional que se vigoriza el sistema presidencial de gobierno. Hubiéramos preferido que el Presidente estuviera sujeto a mayores requisitos para efectuar sus designaciones, nombra tres Ministros libremente y es indudable que su corriente de pensamiento se expresará en más de un nombramiento de los Ministros que designe el Congreso Nacional o la Corte Suprema, con lo que fácilmente constituirá mayoría.

El Tribunal Constitucional se ha caracterizado como tribunal de derecho no susceptible a influencias de carácter político, lo que le ha otorgado un reconocido prestigio, y la nueva composición deberá continuar esta tendencia.

A nuestro juicio, las reformas constitucionales de mayor trascendencia son aquellas que atenúan el presidencialismo de la Constitución vigente. Sin embargo, esta particularidad no se visualiza en la nueva composición del Tribunal Constitucional.

Igualmente, nos ofrece dudas la incorporación de la Cámara de Diputados a la composición de este órgano constitucional en un carácter supeditado a lo que resuelva el Senado.

El bicameralismo en Chile tiene una tradición que ha mantenido la igualdad jurídica entre ambas Corporaciones y la reforma constitucional deja a la Cámara de Diputados, en esta materia, en inferioridad de condiciones, porque su proposición debe ser aceptada por la otra Cámara para que tenga eficacia.

Además, se mezclan las funciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados con su intervención en el nombramiento de los jueces constitucionales, cuya función contralora es diferente, pues su misión es velar por el respeto de la Constitución, especialmente por parte del órgano legislativo.

La nueva composición de este órgano jurisdiccional está en íntima relación con las mayores atribuciones que se le otorgan a esta jurisdicción especialmente en lo que se refiere a su carácter de supremo guardián de la Constitución.

Ha dejado de ser un órgano contralor de la supremacía de la Constitución solamente en el proceso formador de la ley para ejercer también esta función respecto de las normas vigentes y a su aplicación a casos concretos

La organización, funcionamiento y procedimientos del Tribunal Constitucional

Las tres materias indicadas en el encabezamiento de este acápite el constituyente las encarga al legislador orgánico constitucional, eliminando la posibilidad que le otorgaba el acuerdo de la Cámara de Diputados de darle atribuciones por este tipo de normas.

Queda así, explícitamente, establecido que las atribuciones del Tribunal quedan fuera de las competencias del legislador orgánico constitucional y que son materias propias del órgano constituyente.

La reforma constitucional modificó sustancialmente el funcionamiento del Tribunal Constitucional estableciendo en el inciso quinto del artículo 92, la posibilidad de trabajar en pleno o dividido en dos salas, modificando en este aspecto lo resuelto por la Cámara de Diputados, que autorizaba la división en salas, pero no especificaba el número.

Señala expresamente el quórum de aprobación tanto por lo resuelto por el pleno como por las salas y elimina, como lo indicábamos anteriormente, la posibilidad del voto dirimente del Presidente del Tribunal.

Esta norma tuvo su origen en el veto presidencial que en su número 13 fundamentó esta división estableciendo que era fundamental dejar señalada la carga y distribución del trabajo en la norma constitucional impidiendo que posteriormente una disposición legal dispusiera sobre la división en salas y se afectara la labor de este organismo.³

³ “En el veto N° 13 se incorpora la regla sobre funcionamiento del Tribunal Constitucional, que, en general, tiene por objeto precisar algunos aspectos que, de no ser previstos, pueden generar dificultades futuras en la carga y distribución del trabajo en un órgano que es clave para la interpretación de la Constitución. En primer lugar, incorpora explícitamente que el Tribunal funcionará en pleno –asunto resuelto con anterioridad– y en “dos” salas. Este último aspecto es esencial al fondo de las atribuciones del Tribunal Constitucional, puesto que impide que una decisión legislativa posterior incremente las salas y permita que cuestiones muy relevantes sean decididas por una minoría circunstancial. En segundo lugar, la mayoría de los aspectos de esta norma estaban ya resueltos en el fondo. No obstante, se agrega una precisión que se fundamenta en la potencial carga de trabajo del nuevo Tribunal Constitucional. Es evidente que el Tribunal ha incrementado sus funciones y relevancia con la reforma constitucional aprobada. Por ende, resulta indispensable que sus miembros se dediquen en exclusiva a esta tarea. La voluntad parlamentaria es que la mayoría de sus atribuciones sean resueltas por el pleno del Tribunal, sin perjuicio que las resoluciones de trámite que puedan adoptarse en esas mismas materias lo sean en sus salas. El veto articula esa idea sobre la base de establecer dos tipos de materias: las que la propia Constitución determina sean resueltas por el pleno y aquellas que la ley orgánica constitucional disponga que pueden ser de pleno o materias de salas. En el primer caso, se encuentran las atribuciones del artículo 82 N°s 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 11°. Resolver acerca del fondo de estas materias siempre será atribución del pleno. Con este cuadro se protegen los actos más fundamentales del ordenamiento

El artículo 92, incorporado por la reforma de la Ley 20.050, de agosto del año 2005, tiene además la particularidad de establecer que los procedimientos serán de la competencia del legislador orgánico constitucional.

El Tribunal Constitucional por esta reforma ha sufrido importantes modificaciones tanto en su composición como en sus atribuciones. Es evidente que este órgano constitucional pasa a ser un tribunal nuevo y distinto del concebido por el texto primitivo de la Constitución de 1980, distinta composición y mayores atribuciones, lo que trae lógicamente como consecuencia que la reforma constitucional modifique también el contenido de la ley orgánica constitucional que lo regula.

Es interesante la inclusión de los procedimientos en el campo de la ley orgánica constitucional, pues en general la jurisprudencia del órgano jurisdiccional siempre entendió que los procedimientos judiciales eran materia de ley común.⁴

Esta definición tiene especial interés respecto de la acción de inaplicabilidad y de la acción pública de inconstitucionalidad.

Entre las materias que corresponderán al legislador orgánico constitucional están los procedimientos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad y precisar el alcance del texto constitucional al decir que el tribunal resolverá sobre un precepto legal "cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal". El sentido es distinto a la disposición que venía desde el año 1925, que exigía sólo que el precepto fuera contrario a la Constitución y el recurso ha dejado de ser un recurso de derecho estricto por el que solamente se confrontaban dos normas jurídicas, la legal y la constitucional.

Igualmente, entra en el campo del legislador orgánico señalar el procedimiento para definir la admisibilidad de los recursos de inconstitucionalidad de sentencias de inaplicabilidad dictadas por la Corte Suprema antes de la vigencia de la reforma constitucional.

jurídico y las decisiones que afectan a los principales órganos constitucionales.

No obstante, se reserva por prudencia ciertas materias para que sea la ley orgánica constitucional la que determine en definitiva cuál va a ser la modalidad de funcionamiento. En este caso, se trata de establecer un procedimiento que permita definir con posterioridad algunas materias. Por ejemplo, la constitucionalidad de los decretos supremos es un asunto muy importante y con una alta incidencia en el volumen de casos. Pues bien, es claro que, en el contexto de cuestionamiento de la constitucionalidad de una ley, todos los decretos supremos que la articulan pierden su valor específico, puesto que quedarán derogados por la inconstitucionalidad de la propia ley cuestionada por el Artículo 82 N° 7. Este ejemplo sirve de base para dejar parcialmente postergada esta decisión al legislador orgánico.

⁴ Tribunal Constitucional, Rol 171 sobre el alcance del artículo 74 de la Constitución Política.

El control de constitucionalidad de la ley vigente

Una de las reformas más importantes de la Ley 20.050, de agosto del año 2005, es la que traspasa al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de la ley vigente tanto por la acción de inaplicabilidad que pueden interponer las partes en una gestión judicial como por el recurso incidental de inconstitucionalidad que se permite interponer a los jueces de la causa y por la acción pública de inconstitucionalidad.

Se termina así con la separación entre el control preventivo de constitucionalidad de la ley a cargo del Tribunal Constitucional y el control a posteriori que la Constitución de 1980 en su texto primitivo encargaba a la Corte Suprema por el recurso de inaplicabilidad.

Esta dualidad de control, como lo hemos analizado en publicaciones anteriores en *Actualidad Jurídica*⁵ se tradujo a la larga en la ineffectividad del control y en la dispersión de la jurisprudencia constitucional.

Por el carácter mixto del sistema de la Constitución de 1980, inspirada en el texto de 1925, se trasgredía el principio de la unidad jurisdiccional y uno de sus defectos más graves era que permitía que siguieran vigentes normas que habían sido declaradas contrarias a la Constitución.

Lo anterior se traducía, además, en una evidente desigualdad ante la ley, la misma norma legal se aplicaba a algunos y no se aplicaba a otros, sin que se pudiera eliminar del ordenamiento jurídico, lo que traía como consecuencia una falta de seguridad jurídica.

La Ley 20.050, del año 2005, derogó el artículo 80 del texto primitivo de la Constitución y radica en el Tribunal Constitucional tanto el control preventivo de los distintos tipos de ley como su control a posteriori por los medios procesales antes indicados.

La reforma constitucional, siguiendo las tendencias contemporáneas, termina con el control compartido de constitucionalidad de la ley y consagra, siguiendo las tendencias contemporáneas, un control concentrado de constitucionalidad.

Se le encarga al Tribunal Constitucional tanto el control preventivo de constitucionalidad como el control a posteriori, que está representado por la acción de inaplicabilidad que pueden interponer las partes, o la cuestión de inconstitucionalidad que se autoriza a interponer a los jueces de la causa, y la acción pública

⁵ Revista *Actualidad Jurídica*, número 12, página 29.

de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad del Tribunal Constitucional de declarar de oficio la inconstitucionalidad.

Junto con el examen de estas nuevas acciones y de sus efectos para un cabal estudio del control de la constitucionalidad de la ley bajo el sistema de nuestra Ley Fundamental reformada, debemos tener presente la vinculación de los órganos constitucionales a la Constitución, dispuesta en el artículo 6º de nuestra Constitución, que establece:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

A los jueces, como órganos del Estado, les rige esta disposición, base de la institucionalidad, que significa que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediata y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos. Si hay oposición entre la Constitución y una norma inferior, lo natural es que el juez aplique ésta y no aquélla.

Reflexionando sobre el sistema europeo-continental de justicia constitucional, Martínez Estay nos dice: “como la Constitución es derecho, y en concreto la norma jurídica más importante y superior a todas las demás, los jueces deben aplicarla a la hora de resolver pleitos. Ello porque los conflictos son resueltos por los jueces aplicando Derecho y la Constitución lo es”.⁶

“Esta posibilidad, además, resulta acorde con los fines de la Constitución de que nadie puede atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional”.⁷

Si hay contradicción entre la Constitución y la aplicación de una ley a un caso concreto, hay opiniones que sostienen que el juez estaría siempre vinculado a la ley y no puede interpretar la Ley Fundamental.

A nuestro juicio, por el artículo 6º de las Bases de la Institucionalidad los jueces, tanto unipersonales como colegiados, como órganos del Estado y frente a la certeza que la norma legal es inconstitucional, pueden hacer valer la fuerza normativa de la Constitución y aplicarla directamente. Si no existe certeza y el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, la reforma le entrega

⁶ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 3, N° 1. José Ignacio Martínez Estay, “El sistema europeo continental de justicia constitucional”. Pág. 149.

⁷ Martínez Estay, obra citada.

la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, que en el derecho comparado toma también el nombre de "recurso incidental de constitucionalidad".

La Constitución en sus disposiciones reformadas instituye un juicio incidental de inconstitucionalidad, conocido también con la denominación de "cuestión de constitucionalidad".

El destacado profesor Humberto Nogueira comentando esta acción dice:

"El juicio incidental de inconstitucionalidad permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los tribunales ordinarios, posibilitando al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ello contribuye a establecer un diálogo y una colaboración entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, como asimismo permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y defensa, como asimismo salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y Cortes de Apelaciones inaplicar por sí mismo un precepto legal post constitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución, atribución que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad se constituye así en un deber fundado en el interés público, además de concretar el deber de dar plena eficacia normativa a la Constitución".⁸

Por la reforma constitucional se crean nuevas acciones que tienen sus antecedentes en el derecho comparado y al respecto nos permitiremos recordar el caso español, que se caracteriza por ser un control concentrado de justicia constitucional y que no existe el control previo de constitucionalidad. Los jueces y los tribunales de la jurisdicción ordinaria, conociendo de un caso concreto, pueden solicitar al Tribunal Constitucional el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso y las sentencias que dicta este órgano constitucional tienen "plenos efectos frente a todos", como señala el artículo 162 de la Constitución española.

El caso italiano es diferente pero también tiene importancia para los efectos de

⁸ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 3, N° 1. Humberto Nogueira, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias". Pág. 12.

la legitimación activa, pues por medio de la cuestión de constitucionalidad los jueces pueden promover ante la Corte Constitucional el control de legitimidad incidental de la ley. Este procedimiento ha permitido la aplicación directa de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales.

En Alemania se puede también interponer ante el Tribunal Constitucional Federal la inconstitucionalidad de una ley que el tribunal considere inconstitucional y de la cual dependa el fallo, y las resoluciones de este Tribunal tienen efectos de cosa juzgada y vinculan a todos los órganos de la Federación y a todos los tribunales y administraciones.

Cabe destacar que tanto en España como en Italia y en Alemania los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden promover ante la jurisdicción constitucional la constitucionalidad de la ley, y las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre estas materias tienen efectos generales y de cosa juzgada.

La acción de inconstitucionalidad que pueden interponer los jueces es uno de los mayores avances que podemos destacar en el derecho procesal constitucional, que ha permitido complementar la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional y a través de este mecanismo procesal se ha llegado a un efectivo control de la norma legal y a su adecuación a la ley suprema, ha permitido además constituir una garantía de los derechos fundamentales.

La Ley 20.050, que enmienda nuestra Carta Fundamental, termina con una de las características más distintivas que tenía nuestra justicia constitucional, de ser compartida entre distintos órganos constitucionales y el control de constitucionalidad de la ley pasa a quedar radicado, tanto el preventivo como el a posteriori, en el Tribunal Constitucional.

Se mantiene en los mismos términos el control preventivo de los proyectos de ley, corresponde al Tribunal Constitucional el control preventivo y obligatorio de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, competencia que agregó la Ley 20.050.

Se conserva también en los mismos términos el control preventivo y facultativo de los proyectos de leyes ordinarias, como la legitimación activa para que el órgano jurisdiccional ejerza estas atribuciones.

La reforma consagra un control concentrado de la ley vigente al darle al Tribunal Constitucional la atribución de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que sea aplicable en un caso concreto y para declarar también la inconstitucionalidad del precepto legal que haya sido declarado inaplicable.

Estas atribuciones están contenidas en el artículo 93 números 6^a y 7^a y el mismo artículo inciso 12^o regula la legitimación activa para ejercerlas.

Artículo 93: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° "Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución".

7° "Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior".

En el proceso de reformas constitucionales se presentaron varios proyectos para modificar el control a posteriori de la ley, concordando todos ellos en que debía derogarse el artículo 80 de la Constitución y entregar esta atribución al Tribunal Constitucional. Uno de los problemas que más dividieron las opiniones de los parlamentarios fue los efectos de la declaración de inconstitucionalidad planteándose un camino gradual para alcanzar los efectos generales de las sentencias que resolvieran sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal.⁹

El texto de las disposiciones que hoy nos rigen y que hemos transcrito para facilitar la comprensión y lectura de este trabajo tuvieron su origen en la Cámara de Diputados y en el veto presidencial.¹⁰

⁹ Boletines 2526-07 y 2534-07 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

¹⁰ El segundo informe, aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, establece en el artículo 82 numerales 6° y 7°, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional lo siguiente:

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

En el caso del número 6.º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el caso del número 7º, corresponderá al Tribunal pronunciarse de oficio, cuando proceda, y en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal.

Veto N° 17. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Una de las innovaciones más significativas de la reforma constitucional, es la institución de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales que resulten contrarios a la Constitución

El veto N° 18 sólo tiene por objeto hacer una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento.

La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse "en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal".

Esta última solución impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a

La inaplicabilidad de un precepto legal

De un examen del artículo 93 número 6º aparece que la atribución que se le entrega al Tribunal Constitucional “para declarar inaplicable un precepto legal” es para resolver conflictos jurídicos de normas en su aplicación a un caso concreto.

Esta atribución es distinta a la que le otorgaba el artículo 80 de la Constitución a la Corte Suprema, que la jurisprudencia siempre fue unánime en señalar que el recurso de inaplicabilidad era un recurso de derecho estricto de confrontación de normas de distinta jerarquía.

La inaplicabilidad a que se refiere el nuevo artículo 93 es la no aplicación de una norma legal a una gestión judicial que debe resolver el juez.

Comentando esta atribución, Gastón Gómez señala: “si a raíz de una gestión ante cualquier tribunal ordinario o especial la (o las) norma(s) legal(es) que el juez ha de aplicar para decidir la gestión está (o están) en conflicto con otra (u otras) norma (normas) pero de la Constitución, entonces la inaplicabilidad es la vía para suspender la obligación del juez de aplicar el derecho legislado, los preceptos legales a casos. Así, por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la constitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley. Por medio de la cuestión de inaplicabilidad, el juez que debe aplicar una norma recurre hasta el tribunal Constitucional para que éste inaplique por inconstitucional las leyes, ordenándole al juez que conoce de la gestión la ineficacia circunstancial de una o varias normas legales por ser contrarias a la Constitución”.¹¹

los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial, puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de *ultima ratio* que dicha fórmula exige.

En este sentido, el veto N° 18 declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Debe, por ende, establecerse un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remiten parte de sus aspectos a la regulación por la ley orgánica constitucional respectiva.

Asimismo, se abre un limitado espacio a una acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad de la acción con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio.

¹¹ *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, páginas 651 y 681, Gastón Gómez Bernal.

La legitimación activa para solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal

Por el inciso 12º del nuevo artículo 93 de la Constitución se establecen dos formas de plantear la cuestión de inaplicabilidad, a saber: como una acción interpuesta por una de las partes o como una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juez que deberá resolver el caso en que podría aplicarse el precepto legal cuya constitucionalidad está en duda.

El nuevo artículo 93 inciso 12º señala:

“En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

Como bien dicen las nuevas normas constitucionales, la declaración de inaplicabilidad le corresponderá al Tribunal Pleno por la mayoría de sus miembros en ejercicio, y la admisibilidad de este recurso será de competencia de cualquiera de las salas de esta jurisdicción sin ulterior recurso cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial,
- b) que la aplicación del precepto legal impugnado sea decisivo en la resolución del asunto,
- c) que la impugnación esté fundada razonablemente, y
- d) que cumpla con los otros requisitos que al efecto señale la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

⁵¹ Artículo 414 del Código Procesal Penal.

⁵² Roles 4902/02, 1509/03, 1510/03, 1512/03, 1513/03, 1514/03, 1564/03, 3328/02, 3329/02, 3588/02, 3813/02, 3814/02, 1713/03, 223/04, 1886/03.

Los efectos de la declaración de inaplicabilidad

A diferencia de las Constituciones anteriores, el texto de la reforma constitucional no establece en forma expresa que los efectos de la declaración de inaplicabilidad serán sólo para “esos casos particulares”, sin embargo ello se desprende claramente de una interpretación armónica del nuevo artículo 93 en sus números 6º y 7º y en su inciso 12º antes transcrito y además de las argumentaciones siguientes:

- a) Sería absurdo pretender que la inaplicabilidad tiene efectos generales cuando expresamente el constituyente trató separadamente en numerales diferentes la resolución sobre la inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad de un precepto legal, y sólo refiriéndose a esta última resolución habló de los efectos derogatorios (artículo 94).
- b) Si los efectos de la resolución de inaplicabilidad no fueran particulares, no se entendería por qué el constituyente en el inciso 12º del artículo 93 señala expresamente que el Tribunal debe constatar que “la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto”.
- c) No hay que olvidar que estas normas tuvieron su origen histórico en el artículo 80 de la Constitución de 1980, que establecía expresamente el efecto de la inaplicabilidad con efectos particulares y ésta era la institución que se traspasó al tribunal.

Los efectos de la declaración de inaplicabilidad tienen una relación directa con la nueva atribución que la reforma constitucional otorga al Tribunal Constitucional por el numeral 7º del artículo 93, que es declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal eliminándolo del ordenamiento jurídico.

Para ejercer esta atribución, se requiere que previamente el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de un precepto legal, por lo que esta posibilidad nace de la declaración de inaplicabilidad y es su consecuencia o efecto.

“El modelo elegido por la reforma está estrechamente vinculado a la inaplicabilidad, ya que sólo una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto legal se puede solicitar la inconstitucionalidad del mismo. La inconstitucionalidad es tributaria de la inaplicabilidad y si no hay tal declaración de inaplicabilidad no procede el reclamo de inconstitucionalidad en ninguna de sus modalidades o vías”.¹²

¹² *Reforma Constitucional*. Editorial Lexis Nexis. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, páginas 651 y 681, Gastón Gómez Bernaldes.

Hay quienes consideran que el procedimiento de inaplicabilidad, sea por acción o por cuestión de constitucionalidad, es un procedimiento prejudicial de la acción de inconstitucionalidad.

Trataremos separadamente la resolución sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal, aunque a nuestro juicio es un efecto propio de la declaración de inaplicabilidad.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

Por el nuevo artículo 93 N° 7º se faculta al Tribunal Constitucional para que por los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendiendo este concepto en un sentido amplio de preceptos originados en el ejercicio de la función legislativa.

El inciso 13º del nuevo artículo 93 señala:

“En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

Esta resolución del Tribunal Constitucional requiere, como lo analizábamos en el párrafo anterior, de la declaración previa de inaplicabilidad de un precepto legal en su aplicación a un caso concreto.

De esta declaración surge la atribución del Tribunal Constitucional de declarar de oficio inconstitucional ese mismo precepto legal, lo que importa su eliminación del ordenamiento jurídico.

Surge también la posibilidad de intentar la acción pública de inconstitucionalidad que consagra el artículo 93 en su inciso 13º, antes transcrito.

El origen de esta acción estuvo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional aprobada por la Ley 20.050.

En general, los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal en el derecho comparado son que éste queda eliminado

del ordenamiento jurídico con efectos generales. Las normas aprobadas por la reforma constitucional tienen la particularidad de mantener la institución de "la inaplicabilidad", que es excepcional en el derecho comparado y además que establecen un camino gradual para alcanzar la declaración de "inconstitucionalidad" que permite la eliminación del precepto cuestionado.

En conformidad con el nuevo artículo 94 inciso tercero el constituyente opta por eliminar el precepto declarado inconstitucional con efectos derogatorios y establece expresamente que la sentencia de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos.

El nuevo artículo 94 establece:

"Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del N° 16º del Artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 82, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación".

En el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de la nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional. La nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar dichos derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de publicación de la misma. Este punto tiene una gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional. Si bien la lógica consecuencia de la declaración

de inconstitucionalidad debería ser la nulidad de las disposiciones legales que contravengan la Constitución, estos efectos pueden ser tan graves al afectar derechos adquiridos que son muchas las jurisdicciones que han optado por el efecto derogatorio.

A nuestro entender, la derogación de la norma que se estima inconstitucional y la expulsión de ella del ordenamiento jurídico, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, tiene una ventaja sobre la nulidad, pues sus efectos son más previsibles, lo que incide lógicamente en la seguridad y certeza jurídicas.

Por la reforma constitucional aprobada, los efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de un precepto legal son generales, *erga homines* y derogatorios. La sana doctrina es la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional, declaración que debe hacer el Tribunal en pleno.

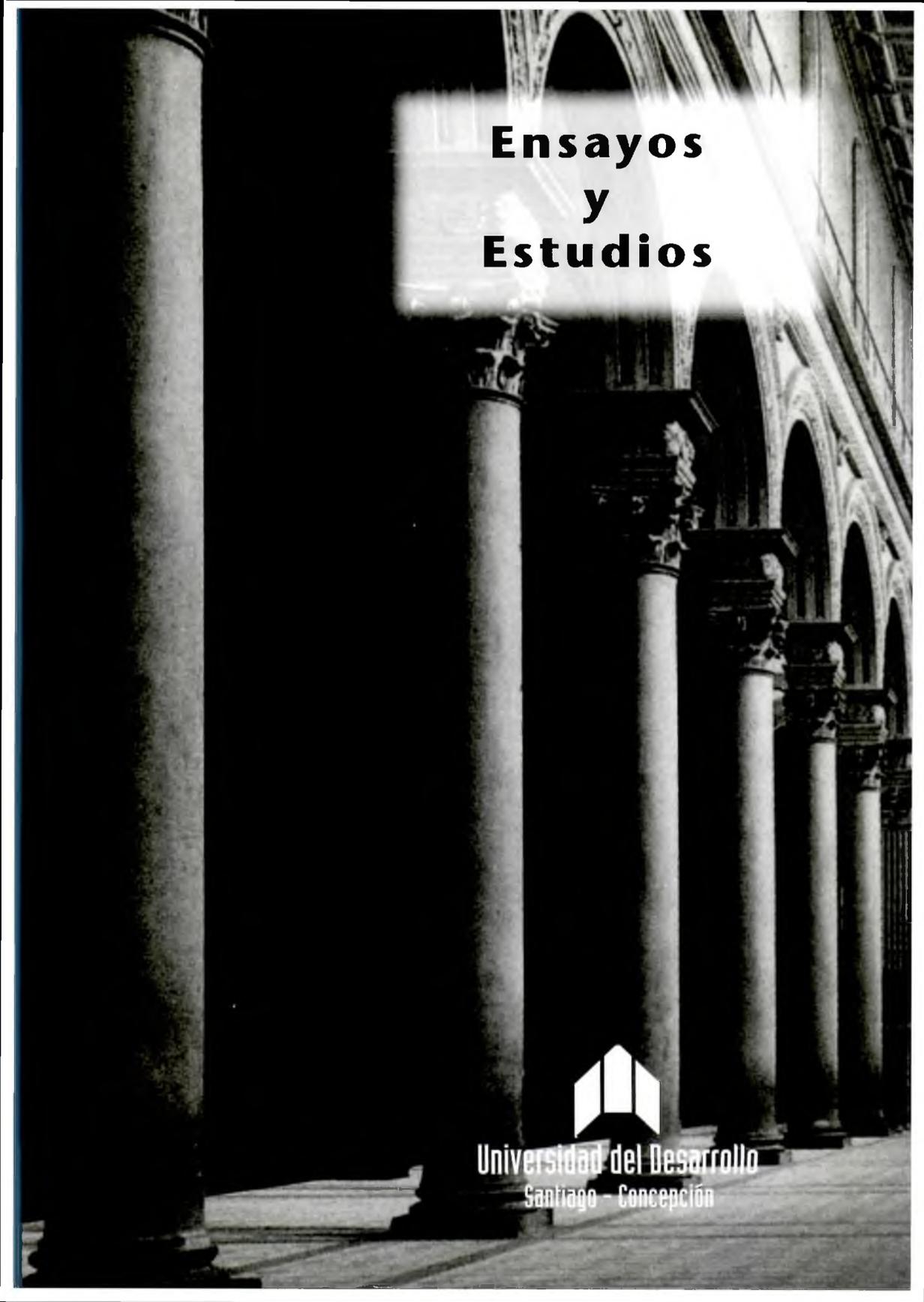
Conclusión

La reforma constitucional que consagra la posibilidad de eliminar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional es evidentemente beneficiosa para la seguridad y la certeza jurídicas y para la plena aplicación del principio de igualdad jurídica.

Hubiéramos preferido un camino directo para alcanzar estos efectos y no la gradualidad que representa la declaración de inaplicabilidad con efectos particulares.

El ordenamiento jurídico no debería estar supeditado a sentencias sucesivas, pese a lo cual no podemos dejar de reconocer que en materia de seguridad jurídica y de control de constitucionalidad hay un gran avance.

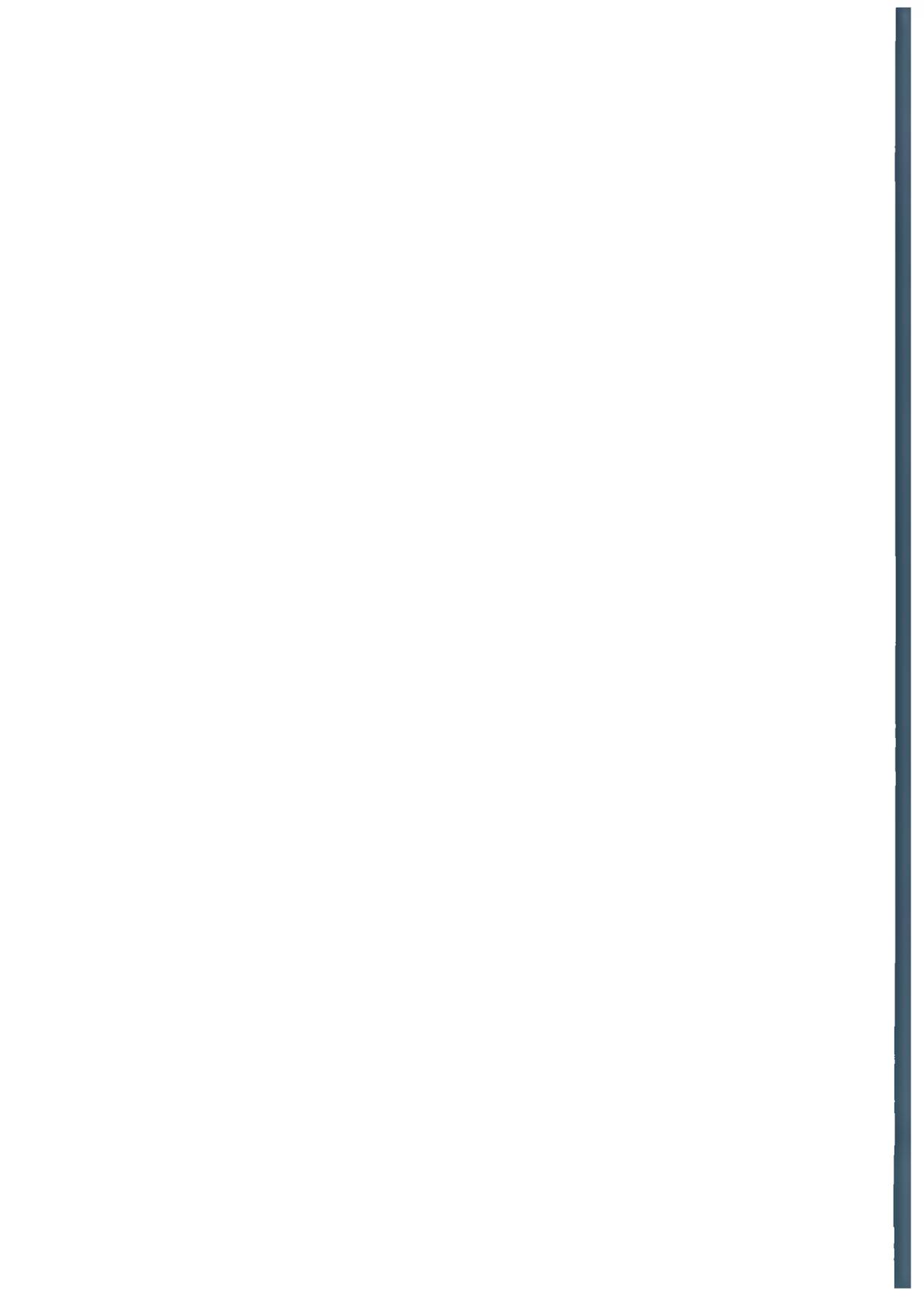
Serán, eso sí, fundamentales para tener una visión más completa de las nuevas instituciones, los siguientes pasos en este camino gradual que ha escogido nuestro constituyente: que se dicte la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, con los nuevos contenidos que le señala la Constitución, en sus artículos 92, 93 y 94, y la jurisprudencia que resulte de la interpretación de las nuevas disposiciones, especialmente respecto del nuevo concepto de la inaplicabilidad que está vinculado a la aplicación a un caso judicial concreto.



**Ensayos
y
Estudios**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Hacia un nuevo derecho de familia

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. La realización espontánea del derecho

Entre las bases esenciales del “estado de derecho”, vale decir, entre sus presupuestos ineludibles, se encuentra la llamada “**realización espontánea del derecho**”. Ello implica que si bien la “eficacia” no es requisito de validez jurídica, un incumplimiento generalizado hace imposible la regulación normativa de la vida social. Los órganos del Estado encargados de aplicar la sanción coercitiva que lleva aparejada el incumplimiento de la norma jurídica, elemento que la caracteriza respecto de todas las demás (trato social, morales, técnicas, religiosas, etcétera), están contruidos para sancionar infracciones **excepcionales**, mas no la violación generalizada del mandato normativo. En consecuencia, el cumplimiento voluntario por parte de la comunidad es el pie forzado que hace posible la existencia y funcionamiento eficiente del ordenamiento jurídico.

Surge, en este orden de ideas, una pregunta obligada. ¿De qué depende el cumplimiento espontáneo del derecho vigente? ¿Qué hace que los imperados opten por acatar el mandato jurídico sin la intervención del Estado a través de la aplicación de una sanción? No cabe duda que las razones son muchas, pero entre ellas prevalece la identidad entre los principios morales que comparte la sociedad y el contenido material del ordenamiento jurídico. En otros términos, el derecho, como dijo Jellineck, no es más que el “precipitado histórico de la moral”, lo cual no implica que se confunda la norma jurídica –de validez derivada– con la norma moral –de validez originaria. Hay que tener claro que cada “potestad” (así sea **normativa** –constituyente, legislativa o reglamentaria– o **regulatoria** –jurisdicción, administrativa y autonomía privada) incorpora **valores a su creación** (la Constitución, la ley, el reglamento, la sentencia judicial, la resolución administrativa, los actos y contratos y las reglas personales que nos damos nosotros mismos para cumplir voluntariamente un mandato normativo general y abstracto). Estos valores se “objetivizan”, transformándose en “**elementos normativos**”, los cuales se transfieren a la norma inferior o la regla.

De allí que la validez jurídica sea **derivada**, porque arranca su obligatoriedad de una norma superior, lo cual sucede como consecuencia de traspasar los elementos normativos a la norma inferior o la regla.

Por consiguiente, en la medida que los valores (convertidos en elementos normativos) se identifiquen con aquellos que abraza la comunidad civil, la norma jurídica se cumplirá espontáneamente y hará posible el funcionamiento del “estado de derecho”. A la inversa, en el supuesto que se produzca una contradicción entre los valores que expresa la norma y las preferencias que comparte la sociedad, se generalizará el incumplimiento y el sistema jurídico se hará ineficaz, pero sin afectar su validez (seguirá obligando el mandato normativo, pero éste, sin embargo, no podrá cumplirse coercitivamente).¹

La cuestión planteada nos fuerza a reconocer que el derecho se debilita en las épocas de cambio, cuando las preferencias de la comunidad experimentan variaciones más o menos profundas. **El derecho marcha a la zaga de los cambios.** No se dispone de un mecanismo capaz de adelantarse a estas innovaciones y de detectar con antelación las nuevas directrices éticas que dominarán a la sociedad en el futuro inmediato. De aquí que se sostenga que el derecho es una fuerza conservadora que, en cierta medida, frena los cambios, porque se demora –a veces demasiado– en adaptarse a ellos. **Este es el drama del derecho, ya que siempre existirá un interregno entre los cambios éticos que sufre la sociedad y las modificaciones normativas subsecuentes.** Tampoco es posible utilizar el derecho como un instrumento de “ingeniería social”. Quienes lo han intentado (experiencia de los totalitarismos) han fracasado estrepitosamente, debilitando la conciencia jurídica de las naciones y provocando, finalmente, el colapso del sistema. A lo más, es posible reclamar una mayor sensibilidad de quienes ejercen las potestades normativas, todas las cuales tienen un origen político que, lamentablemente, en virtud de una ley de hierro, tienden a contaminar a las potestades regulatorias (especialmente la jurisdicción y la potestad administrativa).

Si se analiza la época que estamos viviendo, podríamos decir con propiedad aquello que adelantó hace muchos años un dirigente político: “vivimos un cambio de época, no una época de cambios”. Tan profundas nos parecen las transformaciones valóricas que nos afectan, que bien podríamos hablar de una “subversión de valores” en el Chile de hoy.

¹ Estas ideas están latamente desarrolladas en dos libros nuestros: *El derecho como creación colectiva* y *La estructura funcional del derecho*. En el primero demostramos cómo el derecho que nos rige se elabora con la participación del imperado, se hace y se renueva día a día, en un proceso interminable y sucesivo. En el segundo explicamos el origen del derecho, el alcance de la “validez jurídica” y la forma en que el sistema se genera a sí mismo. Creemos que estos conceptos son esenciales a la hora de comprender de qué manera se hace posible que todas las conductas sociales estén reguladas por las normas jurídicas.



II. Un cambio de época

Enumeraremos una serie de factores, aquellos que gravitan más poderosamente en la situación actual y que parecen marcar una época con preferencias muy diversas de aquellas que hasta hace menos de medio siglo dominaban sin contrapeso entre nosotros.

1. Desarrollo científico-tecnológico

Vivimos un portentoso proceso de desarrollo científico-tecnológico. En todo orden de cosas se introducen cada día mayores recursos, instrumentos y conocimientos que revolucionan lo conocido hasta el día de hoy. La llamada **era industrial**, que se caracterizó, como en su tiempo lo pregonó la CEPAL, por dividir a los países en naciones periféricas y naciones del centro (los primeros, exportadores de materias primas y los segundos, dedicados a la manufactura de las mismas), ha dado paso a la **era tecnológica**, en la cual predomina el uso de nuevos instrumentos de producción y de organización social. Todo hace presumir que los países que no sean capaces de incorporarse a este nuevo ámbito del conocimiento quedarán aun más rezagados, ensanchándose la brecha que separa a los Estados ricos y los Estados pobres. No es exagerado sostener que integrarán un "submundo" quienes lleguen tarde a la revolución del conocimiento. Basta recordar la trascendencia que ha tenido la computación en el ámbito contractual y de las comunicaciones, el descubrimiento del ADN en las normas sobre filiación, los nuevos desafíos que han surgido con los métodos de fecundación asistida, los conflictos que plantean los embriones criopreservados, el cultivo de las células madres (que incluso fue tema protagónico en la última elección norteamericana), la clonación humana, etcétera. Todos estos descubrimientos y creaciones plantean desafíos ineludibles al derecho, que, en algún momento, deberá regularlos, a pesar de los conflictos valóricos que ellos nos plantean. Es imposible predecir qué sorpresas nos trae el futuro inmediato, tanto más si se considera que día a día la ciencia y la técnica aportan nuevas y espectaculares novedades. No puede olvidarse que en la "década del sesenta" parecía imposible manejar los problemas que planteaba una "sociedad masificada". ¿Cómo organizar a millones de personas con derechos previsionales, empleos, tributos, derechos políticos, antecedentes educacionales, datos de salud, etcétera? Lo que entonces resultaba utópico, se resolvió con la computación, abriendo campo a una serie de otros desafíos.

En suma, estamos insertos en una realidad que cambia con una velocidad vertiginosa, en un mundo "globalizado" ("la aldea mundial") en que el "efecto de imitación" impulsará la uniformidad de las costumbres y de las aspiraciones, creando, por lo mismo, insatisfacción e inconformismo. Lo que ocurre en el planeta es conocido de inmediato en todos los rincones de la Tierra, las

noticias cubren los cinco continentes, nadie escapa del juicio de la opinión pública universal, las cortinas de hierro se han desmoronado y comienza a evidenciarse una conciencia común en materias tan sensibles como los derechos humanos, la pobreza y la marginalidad. Por lo mismo, en 50 años, el mundo en que vivimos es otro que poco o nada tiene en común con nuestro pasado inmediato.

2. Crepúsculo de las ideologías y debilitamiento de la fe religiosa

Es un hecho fácilmente perceptible que en los últimos años ha habido un oscurecimiento de las ideologías y una perceptible anemia de las concepciones religiosas. Las primeras –las ideologías– no despiertan la pasión que las caracterizaba hace menos de 30 años. Es más, ya no se comparten, con el frenesí de ayer, las “utopías” que sirvieron para justificar toda suerte de atentados contra el orden establecido. La caída de la URSS jugó, sin duda, un papel relevante. El mundo dejó de estar irremediamente dividido entre dos concepciones político-filosóficas que se enfrentaban en la mayor parte de los países y, casi siempre, violentamente. Un hecho histórico marcó la nueva era: la caída de la muralla que dividió a Alemania entre la Alemania Federal y la Alemania del Este. Cesó la llamada “guerra fría”, que condicionó la política internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y obligó a tomar partido entre socialismo y capitalismo. Estos hechos han tenido, como es lógico, una influencia inmensa en la vida pública y han encauzado la reforma del sistema jurídico, privilegiándose la libertad individual, el respeto a los derechos humanos, la participación democrática, etcétera.

A lo anterior debe agregarse el debilitamiento de la fe religiosa y con ello, entre nosotros, el de muchos de los mandatos emanados de la Iglesia Católica. Es habitual, en un país que se dice católico, discrepar con los principios pregonados por la jerarquía eclesial en materias tan trascendentes como el matrimonio, el control de la natalidad, la manipulación genética, la constitución de la familia, la importancia de la fidelidad conyugal y temas afines. La dictación de una nueva ley de matrimonio civil constituye un hito en esta ruptura entre la opinión mayoritaria de la sociedad y los preceptos impuestos por la Iglesia. Bajo la nueva normativa se introducen cambios sustanciales en lo que dice relación con los requisitos de validez del matrimonio (no obstante estar inspirados en el Derecho Canónico, pero en un contexto absolutamente diverso), con la disolución del vínculo, con los deberes y derechos de los cónyuges y de éstos para con los hijos. No es exagerado decir que a partir de la vigencia de la Ley N°19.947 el derecho de familia experimenta la más formidable transformación, que hallará a corto plazo otras manifestaciones semejantes.

3. Predominio de un hedonismo relativista

Una observación, así sea meramente superficial, induce a pensar que predomina entre nosotros lo que podría denominarse "hedonismo relativista". Ello implica, especialmente en sectores juveniles, una actitud superficial, marginada de valores trascendentes, en la cual se busca, a cualquier precio, una "felicidad instantánea", más próxima al consumo y la riqueza que a la reflexión y la superación personal. Los ídolos de hoy, en su mayoría, son la negación de la inteligencia y la profundidad y se presentan rodeados de un éxito que nace de una aprobación multitudinaria más que selectiva.

El existencialismo, que tanta influencia tuvo en la Europa de la segunda post guerra, se justificaba, entre otras razones, por los sufrimientos a que se vieron expuestos aquellos pueblos y la inseguridad que implicaba para todos una conflagración mundial. Pero entre nosotros esta cuestión no tiene el mismo sentido ni justifica querer vivir aceleradamente –sin freno– en procura de una felicidad efímera y transitoria que se escurre en el quehacer cotidiano. Lo grave es que esta experiencia va dejando huellas y erosionando lo que de grandioso tiene la vida humana. Piénsese en la banalidad con que se asume el sexo y el derroche que ello implica en la construcción de una existencia que efectivamente trascienda lo meramente circunstancial.

4. Sustitución de los sistemas de enseñanza

Poca atención se ha puesto en esta materia que, a mi juicio, provoca consecuencias de enorme importancia. Los sistemas de enseñanza provocan en el individuo una transformación ontológica. No es lo mismo, como sostienen todos los pensadores, ser un hombre "culto" que ser un "analfabeto", un "humanista" que un "ácrata". Mientras nuestra generación se formó en un sistema "oral-literal" (en el cual predominaban la conversación y la lectura), en la actualidad se emplea un sistema "audio-visual" (en el cual predomina la imagen elaborada y parlante). De ello se sigue –lo que evidencia la simple observación– que se ha deteriorado la capacidad imaginativa y, por lo mismo, la creatividad. Los sistemas actuales de enseñanza sólo reclaman "atención" para transferir al espectador una obra elaborada por un experto comunicacional. Cuando señalo a mis alumnos que no veré nunca, por ejemplo, la película sobre el "Señor de los Anillos" o "Harry Potter" o "Los Miserables", porque los personajes que manejan han sido contruidos por mí y no toleraría que se mutilaran o adecuaran según los cánones de otra mentalidad, sólo escucho sonrisas sordas y un dejo de incomprensión.

No se ha logrado, hasta la fecha, medir lo que implica esta innovación en los sistemas de enseñanza, ni los costos que pueden traer aparejados las facilidades

que dispensa Internet u otros adelantos tecnológicos que parecen llamados a revolucionar las fuentes del saber y la cultura. Bien podríamos hablar hoy día de la "cultura de la imagen" en substitución de la cultura como "conjunto vital de ideas de cada tiempo", como lo entendíamos recién ayer.

5. Escapismo de realidad

Una serie de factores indican que el hombre actual busca con ahínco caminos para escapar de la realidad. La drogadicción, a mi juicio, es un medio para lograrlo o una forma de explorar nuevas sensaciones (como si las sensaciones naturales no fueran suficientes). Es curioso que los grandes artistas funden su éxito en la creación de "nuevos mundos" diversos del que habitamos. Tolkien y Rowling en la literatura, Dalí y Matta en la pintura, Schoenberg y sus continuadores en la música dodecafónica.

Esta búsqueda no está ajena a la tendencia que se observa en el siglo pasado, cuando se buscaban "estructuras ocultas del conocimiento". En esa línea Carlos Marx creyó encontrar un "esquema esencial oculto", capaz de explicar todas las tendencias que operan al interior de la sociedad. Sigmund Freud creía también en una fuerza oculta –"el inconsciente"– que determinaba muchas de nuestras decisiones, incluso, muchos traumas psiquiátricos. Por su parte, Albert Einstein formula en 1919 la "teoría de la relatividad", que rompe con el comportamiento previsible de los planetas según las leyes newtonianas. Esto hizo decir a un autor: "Marx, Freud y Einstein formularon el mismo mensaje durante la década de 1920: el mundo no era lo que parecía. Los sentidos, cuyas percepciones empíricas plasmaban nuestras ideas en el tiempo y la distancia, del bien o el mal, del derecho y la justicia, y la naturaleza del comportamiento del hombre en sociedad no merecían confianza". No cabe duda, entonces, que nos hallamos ante un problema espistemológico todavía pendiente.

6. Nueva moral sexual

La revolución sexual de la "década del sesenta" marca otro hito en la evolución de las costumbres en materia tan sensible. El control de la natalidad a través de los medios anticonceptivos, el movimiento hippy y sus manifestaciones anárquicas, el matrimonio orgásmico, los medicamentos para atacar disfunciones orgánicas de esta naturaleza, la "píldora del día después", el desprecio por la "virginidad" y la fidelidad conyugal, la disolución del vínculo matrimonial, en fin, la "glorificación del sexo", generan una disociación entre amor y sexo, lo cual, unido a un ambiente altamente erotizado, banaliza un aspecto de la vida que, hasta hace medio siglo, tenía una proyección diametralmente distinta.

Esta nueva moral sexual tendrá influencia decisiva en el derecho de familia, en general, y particularmente en algunas de sus instituciones.



7. Incorporación de la mujer al trabajo

Otro factor de importancia en la evolución del derecho de familia es la incorporación masiva de la mujer al proceso productivo. Hoy día, aproximadamente el 40% de las mujeres ejerce funciones productivas en todas las categorías de la escala social, abandonando el rol que les cupo durante siglos. Un 50% de los hogares tiene como "jefe de familia" a una mujer. Este fenómeno va en ascenso y, sin la menor duda, determinará un cambio de los roles que tradicionalmente asumían el marido y la mujer en la vida de la familia.

Esta realidad, indefectiblemente, desencadenará una tendencia "igualitaria" entre el hombre y la mujer, no sólo en el ámbito familiar, sino, incluso, en el laboral. Los primeros atisbos de ello se observan principalmente en el desempeño de funciones profesionales. Por otra parte, este hecho operará un cambio en el seno del hogar, que afectará preferentemente a los hijos, que han comenzado a formarse solos, al amparo de un televisor, de un grupo de barrio o, en el mejor de los casos, de una asistente doméstica dedicada a su cuidado físico

8. Extensión de los índices de vida

El promedio de vida, tanto del hombre como de la mujer, se ha extendido considerablemente. Mientras en el hombre alcanza los 70 años, en la mujer alcanza los 75 años. Todo indica que esta prolongación de la vida será progresiva gracias a los adelantos científicos y tecnológicos. Este solo hecho hará imperativo cambios muy profundos en el derecho, especialmente en materia de seguridad social, sucesión por causa de muerte, asistencia sanitaria, etcétera. No está lejano el día en que se hable de una "cuarta edad".

A lo anterior hay que agregar una caída en los índices de natalidad, lo cual se constata con mayor claridad en los países europeos. La planificación familiar redundará en el envejecimiento de los habitantes del planeta, ya que lo que he señalado en lo precedente (especialmente el "hedonismo relativista"), provocará la reducción del número de miembros de una misma familia.

9. Importancia de los medios de comunicación social

No puede ignorarse que los medios de comunicación social, especialmente a partir de la masificación de la televisión y la computación, juegan en la sociedad un papel fundamental. Nuestra colección de encuestas (de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo) acusa una marcada influencia en la formación de las ideas y el nivel de conocimiento de la población. Así, por ejemplo, en junio de 2005, en una encuesta a nivel nacional

se consultó: "¿Cree Ud. que lo que dicen los medios de comunicación social influye en que lo que Ud. piensa?" El 50% contestó afirmativamente. Acto seguido, se le consultó: "¿Cree Ud. que los medios de comunicación social son independientes o están subordinados a intereses políticos, económicos, extranjeros, comerciales, etc.?" El 78% contestó que estaban subordinados a estos intereses. Finalmente, se consultó: "¿Cree Ud. que los periodistas tienen la preparación necesaria y actúan libremente sin estar sometidos a los propietarios del medio en que trabajan?" El 58% contestó que no eran independientes.

O sea, de las preguntas y respuestas transcritas se infiere que la mayoría de los chilenos reconoce que los medios de comunicación social influyen en lo que ellos piensan, que éstos no son independientes y están subordinados a intereses específicos, y que los periodistas no tienen la preparación necesaria ni actúan libremente. Sin embargo de lo cual admiten estar dominados por su influjo en lo que piensan. De más está agregar que el 77% de los encuestados se informa de lo que ocurre en Chile y en el extranjero por medio de la televisión.

Cualquier análisis que se haga sobre lo que ocurrirá en Chile en el futuro inmediato debe partir de esta realidad, que, sin extremar las cosas, resulta determinante frente a eventuales cambios en las normas que rigen nuestra convivencia.

10. Exaltación del consumo

Finalmente, los cambios económicos que experimentó Chile a partir de 1974 y que se han profundizado a la largo de las últimas tres décadas, han desencadenado una verdadera psicosis consumista. Es difícil en este medio sustraerse del atractivo que ejerce el mercado, tanto más cuanto que la revolución tecnológica pone a disposición del consumidor cada día nuevos artículos, muchas veces casi inverosímiles en el marco de nuestros antiguos hábitos. Necesidades largamente reprimidas en el pasado resultan en el día de hoy al alcance de la mano, condicionando la conducta social. Esta realidad, en medida nada despreciable, ha desatado, especialmente en la juventud, una concepción "materialista" que pugna con el perfeccionamiento espiritual e intelectual que debería ser su norte.

Los factores analizados determinan la manera en que nuestro país se aproxima al nuevo siglo.

III. Apertura del nuevo siglo

Enfrentados a definir cómo se abre nuestro país al nuevo siglo, podemos afirmar que éste parece caracterizarse por los siguientes aspectos relevantes:

1. Compromiso universal con los derechos esenciales de la persona humana. En la mayoría de los países el reconocimiento de los llamados "derechos humanos" parece estar cada día más presente. Desde la caída de la URSS se ha generalizado esta tendencia, especialmente en el mundo occidental. Su promoción y reconocimiento se ha consagrado en la mayor parte de las constituciones y en los tratados internacionales. Todo hace presumir que este factor se profundizará en el futuro, dando lugar a un derecho humanitario universal que terminará imponiéndose por sobre modelos políticos y sociales.

2. Proceso de "globalización". De la misma manera, los nuevos recursos tecnológicos acercarán cada vez más a las diversas naciones, especialmente en el plano económico, provocando zonas de libre comercio que, como ocurrió en Europa, alentarán las tentativas de integración política.

3. Creciente importancia del Derecho Internacional. Es un hecho que el respeto universal de los derechos esenciales de la persona humana y la "globalización" darán a esta rama del derecho una especial significación. Lo anterior queda en evidencia si se considera la tentativa de crear un Tribunal Penal Internacional que no hace más que reforzar las tendencias indicadas.

4. Reconocimiento de la democracia política como modelo de gobierno. La mayor parte de los países occidentales reconoce que la democracia política es el mejor sistema de gobierno. Ello, a juicio nuestro, implica que no puede prescindirse del "estado de derecho", el cual es visto como elemento insustituible de un régimen democrático. Puede existir "estado de derecho" sin democracia, pero no puede existir democracia sin "estado de derecho". Esta conclusión es compartida, creemos nosotros, por la mayor parte de los politólogos y constitucionalistas.

5. Respeto y acatamiento a las exigencias ecológicas. Gran parte de la opinión mundial está siendo sensibilizada por los imperativos que emanan del respeto y el cuidado del medio ambiente. También ello es objeto de una rama del Derecho Internacional y de nuevos y crecientes controles sobre el uso, explotación y renovación de los recursos naturales. El desarrollo autosustentable es hoy un imperativo para la mayoría de las naciones de occidente.

En síntesis, podemos concretar estas observaciones reconociendo una especie de sacralización de tres ideas básicas: respeto a los derechos humanos;

adhesión a la democracia política y el “estado de derecho” como elemento insustituible del mismo; y acatamiento de las exigencias impuestas por el medio ambiente para evitar la degradación de la naturaleza como consecuencia de los excesos y abusos de la “era industrial”.

IV. Hacia un nuevo derecho de familia

Analizaremos en lo que sigue los principales problemas que nos plantea un nuevo derecho de familia.

1. ¿Codificación o descodificación?

La primera cuestión que se nos presenta es la conveniencia de codificar el derecho de familia o descodificarlo. Dicho de otro modo, determinar si conviene dictar un **Código de Familia** que contenga todas las normas aplicables a este núcleo fundamental de la sociedad.

La codificación presenta una ventaja importante: las normas se organizan de manera coherente, armoniosa, eliminando toda posible contradicción. Paralelamente, la modificación de esta legislación se hace más difícil y la normativa tiende a petrificarse. A la inversa, la descodificación genera mayores desarmonías, incoherencias y contradicciones, pero las disposiciones son más flexibles a la hora de modificarlas y adaptarlas a la realidad predominante.

En este contexto, atendido el hecho de que vivimos, como se dijo, una verdadera “revolución científico-tecnológica”, que altera frecuentemente cuestiones directamente relacionadas con el derecho de familia (piénsese sólo en el descubrimiento del ADN y la influencia que este hallazgo ha tenido en la filiación), creemos nosotros que, al menos por ahora, es preferible mantener el derecho de familia descodificado, dándole, por lo mismo, mayor plasticidad para recoger las innovaciones que se presenten en el futuro inmediato.

En este mismo orden de cosas, hay que reclamar una mayor sensibilidad de nuestros tribunales a la hora de interpretar algunos preceptos legales. Especialmente conviene recordar que existen instituciones destinadas a actualizar el derecho sin que sea necesaria una reforma legislativa. Así, por ejemplo, las llamadas palabras “técnicas”, que recoge el artículo 21 del Código Civil, permiten modernizar algunas disposiciones legales adaptándolas al nuevo significado científico-técnico que se da a una determinada expresión. Otro tanto ocurre con instituciones como “el orden público”, “las buenas costumbres”, “la equidad natural”, la “seguridad nacional”, “el patrimonio ambiental”, etcétera.



En síntesis, hay recursos de los que no se hace mucho uso para actualizar el derecho, sin esperar cambios legislativos que, en todo caso, operan siempre con retardo.

2. Definiciones pendientes

Existen en nuestro derecho una serie de definiciones pendientes. Muchas de ellas no se han encarado, porque implican un compromiso ideológico que se esquivo. Incluso, la definición y composición de la familia no está jurídicamente determinada, no obstante tratarse de una institución tan fundamental. Para precisar la composición de la familia se cita, por ejemplo, lo que disponen los artículos 983 (sobre sucesión intestada), 815 (sobre los beneficiarios del derecho real de uso y habitación) y 42 (que especifica a quienes debe citarse cuando la ley dispone que se "oiga a los parientes), todos del Código Civil. Parece indispensable, entonces, definir quiénes componen la familia, siempre en la idea de privilegiar a sus integrantes en el plano jurídico y asistencial.

Creemos que hay consenso en orden a que no es el matrimonio el núcleo de la familia, ya que ella existe tratándose de uniones de hecho. El problema, empero, es diverso. Si se estima valioso el matrimonio, porque da mayor estabilidad y seguridad a la familia, es deber del Estado estimularlo y promoverlo mediante políticas que lo alienten, y no, a la inversa, desalentarlo (entre otras cosas legislando para asegurar la situación de quienes han optado por uniones de hecho).

Toda la red social del Estado –que implica la inversión de recursos cada día más cuantiosos– debería orientarse en este sentido, de manera de organizar jurídicamente a la familia y dar a sus miembros mayores seguridades y beneficios.

3. Regulaciones pendientes

Muy relacionado con el tema anterior, se encuentra la necesidad de encarar algunas regulaciones que no pueden seguir esperando.

a. El concubinato. Se ha sostenido que es posible resolver los problemas que generan las uniones de hecho de las parejas heterosexuales a través del cuasicontrato de comunidad y de la jurisprudencia. Discrepamos de esta opción. Las soluciones que se logran por medio de la jurisprudencia son inestables, dependen de una infinidad de factores, influyen en ellas cuestiones coyunturales que es muy complejo generalizar. Por ende, creemos que es necesario legislar sobre esta materia, pero sin llegar al extremo de crear una especie de "submatrimonio", puesto que debe primar, como ya se dijo, un estímulo permanente del Estado por promover el matrimonio. Pero tampoco parece posible dejar en

la indefensión a quienes han constituido una unión de hecho, tanto más si se atiende al crecimiento de estas relaciones, según lo denuncian las encuestas y la antes citada red de asistencia social del Estado.

b. Unión de parejas homosexuales. Otro aspecto del problema consiste en resolver si se debe legislar y regular la convivencia de parejas del mismo sexo. Se ha sostenido también que es posible enfrentar esta cuestión por medio de contratos como el de sociedad, o el testamento, o las donaciones, etcétera. La cuestión es compleja. A nuestro juicio, este problema es más aparente que real. Si las parejas homosexuales son numerosas y constituyen una realidad social insoslayable, debe regularse el estatus de las mismas. Pero si se trata de una excepción que se magnifica por efecto de los medios de comunicación y la extravagancia con que generalmente se trata el tema, debe prescindirse del mismo. El derecho no puede desentenderse de problemas sociales por conflictivos que nos parezcan, pero tampoco emplearse para intervenir en contiendas valóricas que trascienden el campo de lo jurídico. En consecuencia, debe investigarse con seriedad y objetividad qué alcance social tienen estas uniones por su número y las controversias que suscitan, antes de entrar al estudio de su regulación legal. Lo que sí debe excluirse es el "matrimonio homosexual", porque ello implica desconocer que entre los fines óptimos del matrimonio está la procreación y la constitución de una familia unida por vínculos biológicos.

c. Procreación post mortem. Pienso que esta cuestión debe ser resuelta, porque incide en un derecho fundamental de todo ser humano. ¿Es legítima la procreación después de los días del cónyuge premuerto? ¿Puede el cónyuge sobreviviente emplear los espermatozoides conservados en bancos de semen? A mi juicio, debe legislarse sobre esta materia y permitirse la procreación post mortem sólo si el premuerto ha autorizado que ello ocurra. Es obvio que deben seguirse en esta reglamentación los mismos principios que sobre la fecundación asistida ("in vitro") establece el artículo 182 del Código Civil.

d. Manipulación de embriones crioconservados. Otra cuestión pendiente es la política que debe seguirse en lo concerniente al uso de los embriones criopreservados. Esta materia tiene un alto contenido ideológico y religioso y demanda, por lo mismo, un análisis cuidadoso. No puede olvidarse que en la última elección presidencial en Norteamérica este tema fue uno de los que acumuló la atención de la opinión pública, a propósito de la importancia que el cultivo de "células madres" puede tener en la curación de enfermedades graves y hoy mortales. A mi juicio, la sociedad chilena debe enfrentar esta cuestión sin esquivarla y fijar las pautas que conviene seguir al respecto. Por mi parte, creo que debe primar el aprovechamiento de los descubrimientos y adelantos científicos, por sobre las rigideces que imponen las concepciones religiosas y morales extremas.

e. Regulación jurídica de los bancos de semen y embriones crioconservados. Tampoco debe quedar esta materia al margen de regulación jurídica. Es importante que estas actividades se ciñan a normas claras y que se evite toda suerte de abuso, exceso o disfunción. Tampoco puede crearse un espacio en que primen la duda y la incertidumbre, tanto más cuanto que es de presumir en un futuro no lejano que este tipo de organismos se generalizará.

f. Contrato de donación de semen y arrendamiento de útero. Estos contratos también envuelven definiciones y compromisos ideológicos y religiosos. Por lo mismo, definir una política clara al respecto cruza un campo extremadamente sensible. Pero peor nos parece mantener la incertidumbre y poner en manos de los jueces la solución de las controversias que puedan plantearse, ya que no existirá un mínimo de certidumbre y estabilidad en relaciones que envuelven compromisos que afectan la esfera más íntima de la persona.

g. Aborto y medios de prevención del embarazo. Mucho se ha discutido sobre el aborto terapéutico y la prevención del embarazo (“píldora del día después”). La ciencia no ha aventurado, aún, una definición exacta e inequívoca sobre cuándo comienza la vida (si al producirse la unión entre el espermio y el óvulo, si al momento en que el cigoto se implanta en el útero, si debe transcurrir un plazo desde que ocurre el implante, etcétera). Las encuestas acusan un marcado rechazo al aborto, unido a una adhesión mayoritaria a la prevención del embarazo no deseado. A partir de estas preferencias, debería intentarse una regulación jurídica moderna que, en lo posible, deje parte sustancial de estas decisiones a la conciencia de los individuos. A la postre, existen materias que no deberían ser objeto de imposiciones autoritarias y que corresponden a la soberanía interior de cada persona.

Como puede comprobarse, se trata de materias generalmente conectadas con la **bioética**, disciplina que en el futuro y en función del desarrollo científico-tecnológico, cobrará mayor importancia. Por lo mismo, muchas de sus conclusiones deberían difundirse a fin de que la sociedad tome conocimiento y conciencia de cuestiones que le conciernen directamente, ya que muy poco se gana con posponerlas u ocultarlas.

4. Problemas relacionados con la filiación

Subsiste una serie de cuestiones relacionadas con la filiación. Como es sabido, se ha impuesto en la actual legislación el “**principio de la verdad**” en esta materia. Este principio aparece reforzado por la última modificación de los artículos 195 y 199 del Código Civil (mediante Ley N°20.030).

La acción para reclamar la filiación es hoy día **imprescriptible, irrenunciable**, y la prueba recae de preferencia en **pericias de carácter biológico** en caso de duda o discrepancia (salvo tratándose de casos de reproducción asistida conforme lo dispone el artículo 182 del Código Civil).

Conviene destacar que hay dos aspectos diversos en el artículo 195 del Código Civil: la acción de reconocimiento; y los efectos civiles de la misma (“El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”).

Se plantea, entonces, la posibilidad de deducir la demanda de reconocimiento contra de una persona muerta de acuerdo a lo establecido en el artículo 317 del Código Civil, que, al parecer, en forma expresa, admite esta posibilidad, al decir que “son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá **dirigir o continuar la acción** y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o **decidan entablarla**”. Hay quienes impugnan esta interpretación, afirmando que el plazo de tres años contemplado en el artículo 206 del Código Civil –referido al hijo póstumo o cuando alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto– es aplicable al caso. Nosotros discrepamos de esta interpretación, ya que la disposición invocada se refiere a una situación excepcional que no admite una aplicación extensiva. De más está advertir la importancia que tiene esta acción si ella pudiera deducirse después de muerto alguno de los padres.

¿Cual es entonces la solución? Creemos nosotros que para estabilizar las relaciones patrimoniales que se siguen de la muerte del padre o madre, debe aplicarse al caso que se analiza el artículo 221 del Código Civil, conforme al cual, para hacer **oponible** la sentencia que da lugar a la reclamación de filiación, debe ella subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y, dice la indicada disposición, “**no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que se hayan adquirido con anterioridad a la subinscripción**”. De lo dicho se sigue que los derechos del hijo reconocido en virtud de una acción deducida después de la muerte de cualquiera de sus padres, se extinguen por prescripción, renuncia e **inoponibilidad** (fundada en el artículo 221 del Código Civil). Con todo, el legislador no definió qué debe entenderse por “tercero de buena fe”. Aplicando las reglas generales, la buena fe se presume y la mala fe deberá probarse. Ahora, será “tercero de mala fe” el asignatario que en vida del causante tuvo conocimiento de la existencia del hijo, lo que deberá probarse por hechos positivos.

En consecuencia, al incorporarse los artículos 186, 195, 221 y 317 del Código Civil, los derechos hereditarios (en la sucesión intestada y forzosa) han pasado a ser **condicionales**, porque están sujetos a extinguirse total o parcialmente por la ocurrencia del hecho futuro e incierto de que sobrevenga un heredero de mejor o igual derecho, sea dentro del plazo de prescripción del derecho real de herencia o antes de que se subinscriba la sentencia que da lugar a la reclamación de paternidad o maternidad en su caso.

Salta a la vista que esta situación resulta de dudosa constitucionalidad, ya que el derecho de herencia se adquiere al momento de deferirse la asignación (dación de la asignación en conformidad al artículo 956 del Código Civil), esto es, por regla general, al momento del fallecimiento del causante.

Como puede comprobarse, hay materias bien oscuras en lo que dice relación con la filiación. Todo aconseja aclararlas.

5. Regímenes matrimoniales

En lo relativo a los regímenes matrimoniales debe destacarse una tendencia bien definida: la participación de los cónyuges en los beneficios económicos que se generen durante el matrimonio. Decimos que se evidencia esta tendencia porque, junto al régimen de sociedad conyugal y participación en los gananciales, debe considerarse ahora lo prevenido en el artículo 61 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. Si los cónyuges han optado por el régimen de separación total de bienes, la circunstancia de que uno de ellos pueda haberse enriquecido (en términos relativos), como consecuencia de que el otro se dedicó a las labores propias del hogar común y el cuidado de los hijos, dará lugar a la reparación económica de que trata el Capítulo VII párrafo 1º de la Ley N° 19.947, relativo, precisamente, a la "compensación económica". No quiere esto decir que no proceda esta compensación en el supuesto que exista entre los cónyuges sociedad conyugal o participación en los gananciales, pero sin duda estos regímenes atenuarán la compensación antes invocada. Las normas indicadas dejan sentado, a juicio nuestro, que el legislador, advirtiendo los diversos roles que juega cada cónyuge en el matrimonio, procura equilibrar la situación de ambos, cualquiera sea el régimen de bienes por el cual hayan optado.

Desde otro punto de vista, se advierte el propósito de la ley de dar a la sociedad conyugal (régimen de derecho en Chile) una **coadministración**, razón por la cual en los últimos años se han acentuado las restricciones del marido como "jefe de la sociedad conyugal" (artículo 1749 del Código Civil) y extendido los derechos de la mujer, tanto en lo relacionado con la administración de dicha sociedad conyugal (artículo 138 del Código Civil) como con la administración de sus bienes propios (artículo 138 bis del mismo Código). Sin perjuicio de lo

anterior, se ha conformado un “patrimonio de responsabilidad” de la mujer bajo el régimen de comunidad de bienes, integrado por aquellos que administra separada del marido (artículos 150, 166, 167 y 1724). Sólo este “patrimonio de responsabilidad” queda afectado por los actos ejecutados por la mujer en su patrimonio reservado y en sus bienes propios cuya administración corresponde al marido (artículos 1754 y 1755).

No puede desconocerse que muchas de las normas que regulan la sociedad conyugal han cobrado importancia a partir de la modificación (por Ley N° 18.802) del artículo 1734 del Código Civil, que establece que “todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa. El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural”. Sostenemos que esta disposición tiene una especial importancia en razón de que, como lo hemos señalado en otros trabajos, el matrimonio, respecto de los bienes muebles de la mujer, constituye un “verdadero título traslativo de dominio”, lo cual resulta de lo previsto en el artículo 1725 N°s 3 y 4 del Código Civil. La circunstancia de que las “recompensas” puedan actualizarse evita el enriquecimiento injusto que operaba con antelación a esta reforma.

Creemos que en el futuro deberá hacerse un esfuerzo por **simplificar** las normas que rigen la sociedad conyugal –muchas de las cuales no tienen aplicación práctica–, convencido, como estoy, de que es este régimen el que mejor se aviene con el matrimonio, resguarda los derechos de los cónyuges y mantiene un justo equilibrio económico entre el marido y la mujer. El hecho de que la mujer mayoritariamente se incorpore al proceso productivo no es un impedimento a este fin, puesto que ella queda bien resguardada por el “patrimonio reservado de la mujer casada” (artículo 150 del Código Civil), el cual importa una justificada discriminación positiva en su favor.

6. Sucesión por causa de muerte

En materia sucesoria hay también una tendencia bien definida: mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. Todas las últimas leyes, a partir de la Ley N° 10.271, apuntan en esta dirección (Leyes N°s 18.802, 19.585, 19.947).

Recordemos que la mujer ha pasado a ser, de titular de una asignación forzosa de carácter alimenticio (como era la “porción conyugal”), una “legitimaria privilegiada”, pudiendo además ser titular de cuarta de mejoras. En suma, puede ella llevarse gran parte de la herencia si, por ejemplo, se le asigna la cuarta de libre disposición y la cuarta de mejoras y, concurriendo con uno o dos hijos personalmente o representados, lleva el 50% de la mitad legitimaria. Lo

anterior, por cierto, sin perjuicio de los gananciales que le correspondan en la sociedad conyugal, o el crédito de gananciales (en el régimen de participación) o la compensación económica en caso de separación judicial (artículo 61 de la Ley N° 19.947). A lo anterior hay que agregar, aun, el derecho a la asignación preferente de “la propiedad del inmueble en que reside y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece”, como reza el artículo 1337 regla N° 10 del Código Civil.

A nuestro juicio, en el futuro deberían revisarse las llamadas “asignaciones forzosas”. Ellas no se justifican de la manera en que están tratadas en la ley. Recordemos que el origen de esta institución se encuentra en la crisis que sufrió Roma hacia fines de la República, período en que se advierte una marcada decadencia del amor y respeto por la familia. Fue por ello que el “tribunal de los centunviro”, creó una “ficción”, que consistía en considerar “insano” a quien en el testamento prescindía de asignar los bienes a sus familiares, permitiendo, por lo mismo, que se impugnara este acto de última voluntad.

Las asignaciones forzosas no se justifican en el día de hoy y limitan la libertad de las personas a disponer libremente de sus bienes. Sólo deberían mantenerse asignaciones forzosas en favor del cónyuge sobreviviente y de los hijos menores o impedidos y, en lo posible, atendiendo a la fuerza del patrimonio sucesoral, de carácter fiduciario. Si se considera que los índices de vida se han extendido considerablemente en las últimas décadas, resulta muchas veces casi ridículo que la ley asigne forzosamente parte del patrimonio del causante a personas con una vida ya hecha, menoscabando el derecho a la libre disposición de sus bienes por parte de su titular. Nótese que el causante, por el solo hecho de tener legitimarios, puede disponer sin restricción alguna de una cuarta parte del patrimonio, la cual, además, es una cuarta contribuyente cuando se produce un déficit en el acervo hereditario.

7. El matrimonio

He sostenido que la tendencia que se observa en la Ley N° 19.947 apunta a debilitar el vínculo matrimonial y a fortalecer el núcleo familiar. Lo anterior como consecuencia, especialmente, de lo dispuesto en los artículos 21, 23 y 27 de la Ley de Matrimonio Civil. Lo que para algunos resulta errado y paradójico, salta a la vista en los artículos indicados.

El debilitamiento del vínculo deriva, principalmente, de la existencia del divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, de la ampliación de las causales de nulidad en relación a los requisitos de validez del matrimonio (artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley N° 19.947) y los casos de ejemplarización a que recurre el artículo 54 al tratar de la causal única de divorcio.

Principios fundamentales de la nueva ley son la “protección de los hijos” y del “cónyuge más débil”, por medio de un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos. Agrega el artículo 27 (aplicable a la separación judicial y el divorcio) que “se entenderá que es suficiente (el acuerdo) si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”. Como puede constatarse, hay una preocupación esencial de la ley en orden a que sólo se disuelva el vínculo cuando los derechos e intereses de los hijos y del cónyuge más débil quedan debidamente resguardados.

La ley no definió lo que debe entenderse por “cónyuge más débil”, quedando comprendido en este concepto, a juicio nuestro, cualquier circunstancia (económica, social, psicológica, fisiológica, afectiva, etcétera) de la cual se infiera una desprotección ante la ruptura producida. Recordemos que ello puede tener una importancia decisiva a la hora de fijar, por ejemplo, la compensación económica que corresponda pagarse a uno de los cónyuges o cuando se demande una indemnización por daño moral, lo cual nos parece perfectamente posible, incluso en caso de nulidad de matrimonio.

Hacia el futuro resulta de toda evidencia que se intentará rebajar los plazos para demandar el divorcio de común acuerdo o por voluntad unilateral, así como atenuar el rigor con que debe acreditarse la separación o falta de convivencia. En otros términos, se presionará por liberalizar aun más la disolución del vínculo. Es de suponer que ello no afectará los derechos del cónyuge inocente o más débil a la hora de reparársele el daño causado.

8. Protección de la vida privada

Existe en esta materia un vacío en nuestra legislación. No hay una efectiva protección de la vida privada que ponga a salvo la estabilidad, tranquilidad y respeto que merece la familia. Ciertamente, participamos de la idea de que el umbral de privacidad está dado por la exposición a que voluntariamente una persona se sujeta en razón de sus actividades. Pero ello no ha tenido una efectiva aplicación en la jurisprudencia.

La última reforma constitucional derogó el inciso 2º del N° 4 del artículo 19 de la Constitución, que reglamentaba los atentados en contra del respeto y la protección de la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia, cuando esta infracción se cometía a través de un medio de comunicación social. La medida indicada no da una buena señal sobre la materia, ya que, salvo la Ley N° 19.733 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo y la Ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal,

no hay una legislación que efectivamente ampare a la familia de los atentados de que puede ser objeto en su intimidad. Esta falencia debe corregirse en el futuro, tanto más si se tiene en consideración que el poder de los medios de comunicación social es inmenso, razón por la cual puede destruirse con una sola información la armonía y el orden familiar. Las experiencias en este orden de cosas son aleccionadoras. No se trata de poner cortapisa al derecho a la información. Se trata de proteger la intimidad y amparar a quienes pueden quedar irremediadamente dañados por actos que atenten contra el núcleo fundamental de la sociedad.

Es habitual comprobar que en Chile la sola imputación de una conducta delictiva o desdorosa es suficiente para marcar a la víctima, sin que ello resulte remediado por una decisión judicial posterior. De esta realidad debería hacerse cargo el legislador.

9. Violencia intrafamiliar

Compartimos plenamente los avances en esta materia. Especialmente lo prevenido en la Ley N° 20.066, que agrava la responsabilidad por actos de violencia al interior del grupo familiar. Sin duda, se trata de una lacra que permanece aun oculta en la sociedad y que, al parecer, no distingue sectores sociales o culturales. La violencia intrafamiliar no sólo destruye la unidad de la familia, sino que, como lo constatan todos los estudios, estimula una conducta semejante de los hijos cuando, por su parte, constituyen una familia.

Creemos, por lo mismo, que es función preferente del Estado poner énfasis en la persecución y sanción de estas conductas y adecuar los programas educacionales para erradicar definitivamente este tipo de abusos.

10. Próximas reformas

Si se nos pidiera pronosticar las próximas reforma en materia de derecho de familia, diríamos que en lo fundamental ellas se manifestarán en:

- a. Reforma para simplificar las normas sobre sociedad conyugal y hacer este régimen accesible a la comprensión de los cónyuges, cualquiera que sea su condición social;
- b. Reforma de las normas sobre administración de la sociedad conyugal, sea estableciendo derechamente una coadministración o dando a los cónyuges la posibilidad de convenir quién administra (sistema semejante al ejercicio de la patria potestad regulado en los artículos 244 y siguientes del Código Civil);

- c. Derogación de las “asignaciones forzosas”, subsistiendo sólo aquellas que favorecen al cónyuge sobreviviente y los hijos menores o impedidos y, por consiguiente, ampliando la facultad del testador para disponer libremente de sus bienes;
- d. Modificación de las normas que rigen la administración de los bienes propios de la mujer, reconociendo su derecho a usar, gozar y disponer de los mismos como estime conveniente;
- e. Reducción de los plazos para demandar el divorcio de común acuerdo o por voluntad unilateral y atenuación del *onus probandi* para los efectos de acreditar la separación o suspensión de la convivencia.

Es posible que surjan muchas otras cuestiones como consecuencia de la aplicación que los tribunales de familia den a algunas normas, especialmente aquellas relativas a la compensación económica en caso de separación, nulidad o divorcio, o de la protección del “cónyuge más débil”, o de los hijos. Los principios en que se funda la Ley N° 19.947 (a nuestro juicio es posible distinguir diez principios) dejan a los tribunales un amplio margen para los efectos de su aplicación. Esperamos que la interpretación contribuya a fortalecer dichos principios y no ocurra como en otras instituciones en que los jueces diluyen su importancia, empleando una interpretación meramente literal de sus disposiciones y desdeñando otros elementos que, sin duda, podrían contribuir al enriquecimiento del sistema jurídico. Como alguien dijo, el derecho es como un instrumento musical: en manos expertas, por malo que éste sea, entregará excelentes notas; en manos inexpertas el mejor instrumento del mundo no dará a una sola nota de calidad. La aplicación de la norma, a través de su interpretación, es más importante que su perfección, por lo mismo, puede, a este efecto, contribuir más la potestad jurisdiccional que la potestad legislativa. Ojalá algún día nuestros jueces comprendan que está en sus manos dar al derecho la importancia que tiene en la organización de la sociedad.

Finalmente, celebramos la dictación de la Ley N° 19.947, que puso fin a una escandalosa realidad, que hacía de Chile un paraíso divorcista a través de un proceso falso (incompetencia del Oficial del Registro Civil), destinado más bien a descomprimir la presión social que generaba un matrimonio en la letra indisoluble. Aquello contribuyó poderosamente a debilitar la familia y desprestigiar a los tribunales, que no pueden permanecer indiferentes frente a la realidad social.

Alcance del legítimo contradictor en las acciones de filiación



Hugo Rosende Álvarez

Profesor de Derecho Civil
y Director del Departamento
de Derecho Privado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Se plantea en este trabajo el sentido y alcance del inciso 2º del artículo 317 del Código Civil al tenor de su texto reformado por la Ley N° 19.585. La doctrina y la jurisprudencia tienen criterios encontrados, porque para unos el mencionado precepto permite intervenir ampliamente a los herederos en las acciones de filiación, sea que hayan fallecido el padre, o la madre, o el hijo, o todos ellos. En cambio, otros piensan que los herederos de los progenitores o del hijo sólo pueden intervenir en esta clase de pleitos cuando la ley lo dispone expresamente en ciertos casos. Este estudio se adscribe a esta última tesis.

I. Introducción

Con motivo de la dictación de la Ley N° 19.585, de 1998, que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”, se ha abierto una discusión acerca del alcance que tiene el legítimo contradictor en las acciones filiativas.

Las opiniones encontradas aparecen a raíz de la sustitución efectuada por la Ley N° 19.585 al inciso 2° del artículo 317 del Código Civil, según se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 317 del C.C. texto antiguo.	Artículo 317 del C.C. en su nuevo texto.
<p>Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.</p> <p>Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.</p>	<p>Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.</p> <p>Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla.</p>

Para algunos, el inciso 2° del artículo 317, introducido por la nueva ley de filiación, tiene un alcance amplio, lo que permite la legitimación activa o pasiva de los herederos de los progenitores o del hijo en las acciones sobre paternidad o maternidad. Para otros, la legitimación activa o pasiva de los herederos en cuestiones de paternidad o maternidad es excepcional, y opera en los casos expresamente dispuestos en la ley. En consecuencia, el inciso 2° del artículo 317 es de aplicación restringida.

II. La pugna de los principios que oscurecen el texto del artículo 317 del Código Civil

En el trasfondo de la discusión se advierte la pugna entre el principio de la verdad biológica, por una parte, y por la otra, la necesidad de velar por el principio de la paz y la tranquilidad de la familia y del hijo.

- Uno de los principios inspiradores de la reforma introducida a la filiación es el derecho de toda persona a conocer la propia identidad, lo que significa la primacía de la verdad biológica o natural sobre la realidad sociológica o de la voluntad de acogida. En otras palabras, se privilegia el derecho a conocer quién es el padre o la madre del hijo.

En esa perspectiva, se reconoce el parentesco por consanguinidad (art. 28) y la ley regula las acciones de reclamación de la filiación (arts. 204 y ss.) y de impugnación del estado civil supuesto (arts. 211 y ss).

Se quiere –conforme a la verdad biológica– que el derecho refleje la realidad, esto es, que se sepa que una persona procreó a otra. De allí que el artículo 195 del Código Civil diga: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”.

En esa misma línea de pensamiento, la Ley N° 20.030, de 2005, derogó el “bastanteo” o examen preliminar de plausibilidad de la acción filiativa (art. 196 del C.C.) y reforzó la presunción de paternidad o maternidad ante la negativa injustificada de una de las partes a someterse a pruebas periciales de carácter biológico (art. 199 del C.C.).

- El principio que persigue velar por la paz y la tranquilidad de la familia y del hijo constituye una limitación a la verdad biológica en la filiación por naturaleza y hace que esa verdad biológica carezca de interés en la adopción, con la salvedad del limitado efecto que contempla el artículo 37 de la Ley N° 19.620, de 1999.¹

En la necesidad de velar por la paz y la tranquilidad de la familia y del hijo, la ley estimula en ciertos casos a olvidar, a no escudriñar en el pasado, a no saber...

¹ Art. 37. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán. Para este efecto, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrá hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho Servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción. La adopción producirá sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye.

Por eso se limita la titularidad de las acciones de reclamación y de impugnación. Se concede a la posesión notoria de hijo respecto de una determinada persona una fuerza prevaleciente frente a las pruebas biológicas cuando hubiere contradicción entre una y otras, salvo que razones graves demuestren la inconveniencia para el hijo y hagan preferir las pruebas de carácter biológico (art. 201). Se privilegia la voluntad de acogida en la procreación humana asistida, sin que se admita en este caso el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación o de impugnación de la existente (art. 182).

III. Las acciones de filiación, sus características y los legítimos contradictores

Las acciones de filiación se clasifican en principales y residuales. Son **principales**: las de reclamación (de la filiación matrimonial y no matrimonial) y de impugnación (de la paternidad, maternidad o del reconocimiento). Son **residuales**: las de desconocimiento de la paternidad matrimonial y de nulidad del reconocimiento.

Las acciones de filiación se caracterizan por ser: **inalienables, irrenunciables, prescriptibles o caducables, de libre investigación de la paternidad o maternidad, declarativas, y transmisibles** en ciertos casos.²

• Inalienables o indisponibles

Corral afirma que las acciones de estado no pueden cederse a terceros, habida cuenta de que son acciones concedidas por la ley en consideración a la persona del sujeto activo.³ Por tratarse del estado civil de las personas, no es posible transigir sobre estas acciones (art. 2450 del C.C.) ni someterlas a conciliación (art. 262 del C.P.C.). Court coincide con esta característica y refiriéndose a la acción de reclamación de filiación, señala: "Es una acción intransferible, no puede cederse o traspasarse inter vivos a terceros".⁴ Y sobre esta misma acción Ramos Pazos expresa que es personalísima, por lo que no se puede ceder.⁵ Abeliuk participa de la opinión de que las acciones de familia no son cesibles.⁶

² Corral Talciani, Hernán, "Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585", 1998. Documento de Trabajo N° 25, págs. 30 y ss. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes.

³ *Ibíd.*, pág. 30.

⁴ Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Filiación*, pág. 101, segunda edición, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2000.

⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, pág. 404. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

⁶ Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Tomo I, La Filiación, pág. 175, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

- **Irrenunciables**

Refiriéndose a la acción de reclamación de la filiación, el inciso 2º del artículo 195 del Código Civil dice que ella es irrenunciable. Corral estima que la prohibición de renuncia se extiende a las acciones de impugnación, de desconocimiento y de invalidez del reconocimiento, por tratarse de materias de orden público.⁷ Por consiguiente, no tiene aplicación en la especie el artículo 12 del Código Civil, que establece: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

No obstante la irrenunciabilidad de las acciones filiativas, existen impedimentos para su ejercicio, como el relativo al desconocimiento de la paternidad del marido, quien no puede hacerla valer si hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (art. 213, inc. 2º C.C.).⁸ Por otra parte, no se concede la acción de impugnación de la maternidad aparente a quien ésta perjudique en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestado, de los supuestos padre o madre, cuando exista posesión notoria del estado civil (art. 217, inc. 1º del C.C.).⁹

- **Prescriptibles o caducables**

Por regla general, las acciones de estado civil prescriben o caducan por el transcurso del tiempo.¹⁰ La excepción se encuentra en el derecho de reclamar la filiación, que es imprescriptible (artículo 195 inc. 2º), lo que es refrendado por el artículo 320 del Código Civil. Asimismo, si estuviere determinada la filiación de una persona y quisiere reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación. En este caso, la acción de impugnación será igualmente imprescriptible (art. 208 inc. 2º).

- **Libre investigación de la paternidad o maternidad**

La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen (art. 195, inc. 1º del C.C.).

⁷ Op. cit., págs. 30 y 31.

⁸ Se aplica en este caso la "teoría del acto propio", basado en la buena fe, según el cual nadie puede volverse en contra de sus propios actos en perjuicio de otro.

⁹ Es una manifestación de la prevalencia de la voluntad de acogida respecto de la verdad biológica.

¹⁰ Así sucede en las acciones de impugnación de la paternidad (art. 216), de la maternidad (arts. 217 y 218); de desconocimiento de la paternidad del marido (arts. 212, 213 y 214), y de nulidad del reconocimiento (art. 202).

En principio, en los juicios sobre determinación de la filiación, maternidad y paternidad, son admisibles todas las pruebas que tiendan a su establecimiento, las cuales podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. La ley establece como limitaciones a la prueba, las siguientes: la prueba testimonial es insuficiente por sí sola para establecerla, y a las presunciones se les aplicarán los requisitos del artículo 1712, esto es, que tratándose de presunciones legales, se rigen por el artículo 47, y las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes (Art. 198). Especial importancia revisten a estos respectos las pruebas periciales de carácter biológico (arts. 199 y 199 bis) y la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 200. Si hubiere contradicción entre la posesión notoria del estado civil de hijo y las pruebas periciales de carácter biológico, preferirá la primera sobre éstas, a menos que existan graves razones que demuestren la inconveniencia de su aplicación para el hijo, en cuyo caso prevalecerán las pruebas de carácter biológico (art. 201).

- **Las acciones de la filiación son declarativas de derechos y no constitutivas de tales derechos**

Así se desprende del inciso 1º del artículo 181, que dispone: “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de concepción del hijo”.

- **Son transmisibles en ciertos casos**

- Antes del año 1991, el artículo 272 del Código Civil establecía que en los casos de los números 2º, 3º y 4º del artículo 271 del mismo Código, la calidad de hijo natural sólo podía establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor, y siempre que la demanda se notificare en vida del supuesto padre o madre.

- La Ley 19.089, de 1991, modificó el inciso final del artículo 272 y dispuso: “No obstante lo dispuesto en el presente artículo, en el caso de la causal del número 4º del artículo anterior y tratándose de un hijo póstumo, o si la madre hubiere fallecido dentro de los treinta días siguientes al parto sin haber reconocido al hijo como suyo, la demanda se notificará a uno cualquiera de los parientes consanguíneos mayores de edad, de grado más próximo de la madre fallecida, conforme a lo dispuesto en el artículo 42”.

De esta manera, excepcionalmente se pudo demandar el reconocimiento forzado de hijo natural a los parientes consanguíneos mayores de edad, de grado más próximo de la madre fallecida con el fin de obtener la declaración

de maternidad fundada en la circunstancia precisa de haberse establecido, con testimonios fidedignos, el hecho del parto y la identidad del hijo.

– La Ley 19.585, de 1998, modificó el artículo 317 del Código Civil, sustituyendo el inciso 2º por el siguiente: “Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”.

A raíz de la modificación introducida por la Ley 19.585 al artículo 317 del Código Civil, se plantea la cuestión de saber si este precepto es de carácter general y de amplia aplicación o si, por el contrario, el ámbito en el cual rige es restringido. En la primera posición se encuentran los profesores Abeliuk, Rodríguez Grez y Berstein Katz. En la aplicación restrictiva de dicho precepto se encuentran los profesores Court, Ramos Pazos y Corral Talciani. Este último es de parecer que las acciones de filiación son transmisibles a los herederos después que se hayan ejercido, en cuyo caso los herederos podrán continuar la demanda o la defensa (art. 317, inc. 2º). Si las acciones no se han ejercido en vida de su titular, no hay transmisión del derecho a reclamar o impugnar la filiación, salvo que la ley así lo disponga expresamente, como sucede en los artículos 207, 213 y en el inciso 3º del artículo 216, todos del Código Civil.¹¹

IV. Situación de los herederos del hijo o de los padres en las acciones de filiación

A. Acciones filiativas principales

1. Acciones de reclamación del estado civil de hijo

En esta clase de acciones, la ley menciona dos casos en que intervienen los herederos de los progenitores y los herederos del hijo fallecido.

Estos casos están contemplados en los artículos 206 y 207 del Código Civil.

a. Acción en contra de los herederos del padre o madre fallecidos.

El artículo 206 dispone:

“Art. 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en

¹¹ Op. cit., pág. 31.

contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.”

b. Acción interpuesta por los herederos del hijo fallecido.

El artículo 207 establece:

“Art. 207. Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad”.

2. Acciones de impugnación

a. En la **impugnación de la paternidad del hijo de filiación matrimonial adquirida por reconocimiento, los herederos del hijo pueden ejercer dicha acción** conforme con los incisos 1º y 4º del art. 216 del C.C.

“Art. 216. La paternidad determinada por reconocimiento podrá ser impugnada por el propio hijo, dentro del plazo de dos años contado desde que supo de ese reconocimiento.

Si el hijo fuese incapaz, esta acción se ejercerá conforme a las reglas previstas en el artículo 214.

Si el hijo muere desconociendo aquel acto, o antes de vencido el plazo para impugnar la paternidad, la acción corresponderá a sus herederos por el mismo plazo o el tiempo que faltare para completarlo, contado desde la muerte del hijo.

Todo lo anterior se aplicará también para impugnar la paternidad de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres, pero el plazo de dos años se contará desde que el hijo supo del matrimonio o del reconocimiento que la produce.

También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda

persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho”.

b. En la **impugnación de la paternidad del hijo de filiación no matrimonial por reconocimiento, si el hijo muere, son titulares de la acción sus herederos** según los incisos 1º y 3º del artículo 216 recién citado.

B. Acciones filiativas residuales

1. Acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial innata.

Esta materia está contemplada en los artículos 212 y 213 del Código Civil, que expresan:

“Art. 212. La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente”.

“Art. 213. **Si el marido muere sin conocer el parto, o antes de vencido el término para impugnar señalado en el artículo anterior, la acción corresponderá a sus herederos**, y en general, a toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, por ese mismo plazo, o el tiempo que faltare para completarlo.

Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”.

2. Nulidad del reconocimiento

El artículo 202 del C.C. no concede esta acción a los herederos del reconociente.



V. Opiniones doctrinarias

A. Autores que abogan por la amplia intervención de los herederos en las acciones de filiación y una interpretación general del artículo 317 del Código Civil

1. Don René Abeliuk¹² señala: "...a lo largo de todas las disposiciones con contenido valórico de dicha ley (se refiere a la N° 19.585), se advierte la tensión que hubo durante su tramitación, muchas de las cuales fueron el resultado de transacciones e inadvertencias, que son notorias en el texto de la ley, y muy especialmente en materia de legitimación activa y pasiva y plazos para accionar" (Considerando 3º, letra a) del voto disidente).

Agrega el señor Abeliuk que: "Decir que accionar contra los herederos y por éstos es una excepción, prescinde del inciso 2º del artículo 317 introducido por la propia Ley de Filiación y que establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos".

"Dice el precepto: Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y también los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o deciden entablarla".

Por consiguiente, a juicio de este autor el inciso 2º del artículo 317 contempla

¹² En voto disidente del fallo de 2 de noviembre de 2004, Corte Suprema, Rol 2.820-03, suscrito por el ministro Domingo Kokisch y el abogado integrante don René Abeliuk.

Nota: En el año 2000, el señor Abeliuk tenía una opinión distinta.

René Abeliuk Manasevich (*La filiación y sus efectos*, Tomo I, La Filiación, Editorial Jurídica de Chile, 2000), sostiene que la acción de reclamación es imprescriptible e irrenunciable. No puede cederse, ni transigirse (art. 2450), ni someterse a arbitraje y en los juicios respectivos debe oírse al ministerio público. No procede la conciliación y su transmisibilidad a los herederos está limitada por la ley. (N° 104, pág. 157).

La acción de que se trata es imprescriptible e irrenunciable. El artículo 195 inc. 2º señala: "El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable". Y el artículo 320 establece: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce". Con todo, el mismo inc. 2º del artículo 195 agrega: "Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia" (págs. 107 y 108).

Al referirse a la situación de los herederos de los legítimos contradictores, el señor Abeliuk señala a modo de conclusión: que el legislador en la acción de reclamación, y salvo que ella vaya combinada con la de impugnación en el caso muy especial del art. 208, ha limitado la participación judicial en principio a los directos interesados: hijo, padre y madre (Pág. 162).

Los herederos de las partes sólo intervienen por excepción en los casos de los arts. 206 (legitimación pasiva en caso de fallecimiento del o de los progenitores) y 207 (legitimación activa en caso de fallecimiento del hijo). (Pág. 162).

En los demás casos los herederos y terceros sólo podrán disputar la filiación por impugnación, combinada o no con reconocimiento, esto último en el inciso 2º del art. 195, esto es, al margen de la acción de reconocimiento y si se discuten las consecuencias patrimoniales de la filiación. (Pág. 162).

una regla general en lo relativo a la legitimación activa o pasiva de los derechos en las acciones de filiación. De esta manera, todas las otras disposiciones que se refieran a la legitimación activa o pasiva de los herederos son la excepción (Considerando 3º, letra b) del voto disidente).

Más adelante explica el señor Abeliuk que: "Se ha sostenido que puesto que el legislador dictó una norma especial para la acción de reclamación,¹³ ella hace excepción a la regla general, y en consecuencia, la legitimación queda restringida al caso del hijo póstumo o cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, y que además fija un plazo de 3 años para hacerla efectiva" (Considerando 3º, letra c) de la disidencia).

En su parecer, "...otra interpretación y que aparece más apegada al texto es que el artículo 206 establece una excepción a la regla general, la que sólo puede aplicarse dentro de los límites que ella misma fija: esto es, a los dos casos señalados, el del hijo póstumo y aquel cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días después del parto:"

En los demás casos –prosigue– recupera su imperio la regla del artículo 317. Ello se explica porque el fallecimiento del padre antes del parto o del padre o madre dentro del plazo señalado, es el máximo que admite el legislador para considerar que el difunto puede ser su padre o madre. En otras situaciones, no existiría semejante duda, y de ahí que se admite sin limitaciones la acción del hijo (Considerando 3º, letra e).

Finalmente, los disidentes son de opinión que la interpretación que acogen resulta más adecuada al texto general de la ley, y especialmente a los artículos 195, 196, 198, 199, 200 y demás de las disposiciones actuales del Código Civil, que posibilitan una amplia investigación de la paternidad o maternidad; y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación (Considerando 4º del voto disidente redactado por el abogado integrante señor Abeliuk).

2. Pablo Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, volumen 1, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 256 a 258, señala:

"¿Qué ocurre si luego de la apertura de la sucesión un presunto hijo del causante deduce demanda, haciendo valer la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad? Atendidas las innovaciones introducidas por la Ley N°19.585 a las normas sobre filiación, nada impide que se reclame el reconocimiento luego de la muerte del causante y de la apertura de la sucesión.

¹³ Se refiere al artículo 206 del Código Civil, actualmente vigente.

Creemos nosotros que si la acción, intentada después de la muerte del causante, tiene éxito, sus efectos están restringidos por lo dispuesto en el artículo 221 del Código Civil. Esta disposición, comentada en las páginas anteriores, señala que "La sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción". La interpretación de este artículo plantea varias interrogantes".

"¿Quiénes son terceros? ¿En qué consiste la buena fe? ¿Cuándo se entiende adquirido un derecho antes de la subinscripción?"

Los terceros, a juicio nuestro, son todas las personas diversas del hijo y del padre, ya que en este tipo de juicios son legítimos contradictores, según prescribe el artículo 317 del Código Civil, el padre contra el hijo y el hijo contra el padre. Los herederos del padre o de la madre son también legítimos contradictores, pero ellos actúan como representantes del causante, según se desprende de lo previsto en el artículo 1097 del Código Civil, que dice que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". Por otra parte, los herederos suceden al causante y adquieren sus derechos al momento de abrirse la sucesión, lo que ocurre, tratándose de asignaciones puras y simples, al momento del fallecimiento del causante, o al cumplirse la condición tratándose de asignaciones sujetas a condición suspensiva (artículo 956). Es indudable que al momento de adquirir estos derechos son personas diversas del causante y del presunto hijo. Por consiguiente, son terceros que adquieren los derechos hereditarios con anterioridad a la subinscripción".

"La buena fe consiste, a nuestro entender, en desconocer, al momento de adquirirse los derechos hereditarios (delación de la herencia), la pretensión o situación del supuesto hijo del causante. En otros términos, ignorar la existencia de una persona que en vida del causante se pretendía hijo del de cujus. Si los herederos sabían de la existencia del presunto hijo, conocían sus pretensiones o aspiraciones, sin duda son terceros de mala fe.

Finalmente, entendemos que un derecho se adquiere cuando efectivamente éste ingresa en el patrimonio del tercero (el heredero). Por consiguiente, no adquiere el asignatario bajo condición suspensiva, ni el heredero que repudia, ni el heredero declarado indigno o que ha sido desheredado si concurren los requisitos legales después de la muerte del causante (prueba de la causal de desheredamiento después de la apertura de la sucesión).

Nuestra interpretación rechaza la posibilidad de que los herederos, después de la muerte del causante, sean afectados por una acción de reconocimiento, cuando ignoraban absolutamente la existencia de esta pretensión en vida del de cujus".

3. Ricardo Berstein Katz, *Las acciones de filiación en el Código Civil Chileno*, en "El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno", págs. 215 y 216, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, dice:

"Hay que distinguir entre la transmisibilidad de las acciones de impugnación de la transmisibilidad de las acciones de reclamación.

1) En cuanto a la transmisibilidad de las acciones de impugnación, si bien es cierto que el Código Civil establece algunas reglas particulares sobre algunas de ellas, no es menos efectivo que también rigen a su respecto las reglas generales contempladas por los artículos 317 y 318, que extienden a los sucesores a título universal el campo de los legítimos contradictores en todas las acciones de filiación, sean de reclamación o de impugnación.

Dice el inciso 2º del artículo 317:

"Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar su acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla".

El artículo 318, por su parte, agrega: "El fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de los herederos aprovecha o perjudica a los coherederos que citados no comparecieron".

2) Por lo que concierne a la transmisibilidad de las acciones de reclamación, ciertamente rigen a su respecto los precitados artículos 317 y 318, como reglas generales que son. Sin embargo, los artículos 206 y 207 contienen reglas especiales sobre prescripción de las acciones de reclamación para el caso de fallecimiento de los sujetos pasivo y activo, respectivamente, de las acciones de reclamación.

Dice el artículo 206:

"Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad".

El artículo 207, por su parte, dispone:

"Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad”.

B. Autores que postulan una aplicación restrictiva del inciso 2º del artículo 317 del Código Civil

1. Hernán Corral Talciani, “Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998, Documento de Trabajo N° 25, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, pág. 11, dice:

“6º Se abre la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de estado con posterioridad al fallecimiento del supuesto padre o madre, pero sólo en un caso restringido: hijo póstumo o muerte del padre (o de la madre) en los ciento ochenta días siguientes al parto (art. 206 C.C.)” Hace notar el profesor Corral que la ley 19.089 lo había ya permitido, reformando el art. 272 C.C., pero sólo para la maternidad y siempre que el hijo fuera póstumo o si la madre fallecía dentro de los treinta días siguientes al parto.

Acerca de la transmisibilidad de las acciones de filiación, este autor dice:

“4º Transmisibles sólo en ciertos casos.

Las acciones de filiación son transmisibles a los herederos una vez que se han ejercido, caso en el cual los herederos podrán continuar la demanda o la defensa (art. 317 C.C.).

Si las acciones aún no se han ejercido, no hay transmisión del derecho a reclamar o impugnar la filiación, salvo que la ley así lo conceda expresamente. Así, por ejemplo, la acción de reclamación es transmisible a los herederos del hijo en el caso del art. 207 C.C.; también es transmisible la acción del marido para impugnar la filiación matrimonial o para desconocer al hijo (art. 213 C.C.) y la del hijo para impugnar el reconocimiento del padre (art. 216 C.C.)”. (Pág. 31).

En lo que concierne a la legitimación activa en la acción de reclamación, expresa:

“Como sabemos la acción de reclamación no caduca por el transcurso del tiempo. No hay plazo para interponer la demanda para el hijo o los padres. No obstante,

en caso de morir el hijo, los herederos están sujetos a plazo: si el hijo fallece siendo incapaz, los herederos disponen del plazo de tres años contados desde la muerte. Si el hijo fallece dentro de los tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponde a los herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo (art. 207.2 CC).

Existiendo herederos incapaces, la caducidad es suspendida: 'El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad' (art. 207.3 CC).

Nada dice la ley sobre si estos herederos deben interponer la acción conjuntamente. La indivisibilidad del estado civil así lo exigiría, pero el hecho de que estos herederos estarán interesados más bien en los efectos patrimoniales del estado permitiría afirmar la divisibilidad de la acción, por lo que la reclamación de estado sólo surtirá efectos para los herederos que hayan ejercido la acción".¹⁴ (Pág. 50).

Refiriéndose a la legitimación pasiva en la reclamación de filiación matrimonial, señala:

Legitimados pasivos

"Si son los padres los que reclaman la filiación matrimonial, el demandado será el hijo.

Si es el hijo, o sus herederos, quienes reclaman, la demanda debe necesariamente interponerse conjuntamente en contra de ambos padres (art. 204.2 CC). Este consorcio pasivo necesario es nuevamente exigido por la naturaleza bilateral del vínculo de la filiación matrimonial.

Por regla general, la acción debe intentarse mientras estén con vida ambos padres. Si la demanda ya ha sido notificada y muere uno de ellos, el proceso puede continuarse contra los herederos por disposición del art. 317 CC. (pág. 50).

Se admite que la demanda se entable con posterioridad al fallecimiento de uno o ambos padres y contra sus herederos únicamente en un caso bastante restringido. La acción sólo puede ejercerse en los supuestos del art. 206 CC, es decir, cuando el hijo es póstumo o cuando el progenitor difunto ha fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. En tal caso, la acción de reclamación debe inter-

¹⁴ En el sistema anterior, se pensaba que los herederos del hijo fallecido podían reclamar judicialmente el reconocimiento forzado del padre o madre. Así lo sostiene ALESSANDRI, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la Ley N° 10.271*, Ediar, Santiago, 1955, p. 42, pero sin entrar en la cuestión de cómo deben actuar para demandar. No obstante, cuando se refiere a la posibilidad de la repudiación de la legitimación por parte de los herederos, no ve inconvenientes en afirmar que si los herederos son varios, no están obligados a proceder de consuno: "No se trata de un problema de divisibilidad o indivisibilidad del estado civil, sino de los beneficios patrimoniales que de la legitimación emanan y el derecho de herencia es esencialmente divisible" (p. 27). (Cita de Corral Talciani).

ponerse en contra de los herederos del padre o madre fallecido y conjuntamente contra el sobreviviente.

Debe advertirse, en consecuencia, que cuando el art. 317 CC reconoce como legítimos contradictores en los juicios de estado a “los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir... la acción”, se refiere únicamente al supuesto reglado en el art. 206 CC.

La demanda en contra de los herederos está sujeta a un plazo; dice el art. 206 CC que la acción deberá interponerse “dentro del plazo de tres años contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad” (art. 206 CC). De esta manera, hay que distinguir: si la acción es ejercida por el representante legal del hijo, el plazo de tres años se cuenta desde la muerte del padre o madre; si quien ejerce la acción es el hijo, los tres años se cuentan desde que haya alcanzado la plena capacidad.

El plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre se aplicará también cuando el hijo hubiere fallecido siendo incapaz. En ese caso la acción corresponderá a los herederos del hijo (art. 207)¹⁵ (pág. 51).

¿Qué decir para el caso de que quien ejerce la acción es uno de los padres en contra del hijo, si el otro ha fallecido? Como sabemos, el art. 204.3 CC exige la intervención en el juicio del otro progenitor, pero ¿se aplica en tal caso la norma restrictiva del art. 206 CC? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, ya que el artículo 206 está pensado para el caso de que el hijo –o sus herederos– ejerzan la acción. Por eso, si quien demanda es uno de los padres matrimoniales, bastará con emplazar a los herederos del otro progenitor fallecido para que la acción pueda prosperar.

Otro problema en materia de legitimación pasiva: ¿pueden los padres ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del hijo ya fallecido? Parece que ello no será posible, ya que no hay norma expresa que así lo autorice. El art. 317 CC parece incluso excluir expresamente el supuesto, ya que sólo considera legítimos contradictores en los juicios de filiación a los herederos del hijo fallecido “cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”. Por lo tanto, no serían legítimos contradictores los herederos cuando no asuman la calidad de demandantes, sino únicamente de demandados”. (Pág. 51).

En la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, el profesor Corral Talciani manifiesta:

¹⁵ Podría pensarse que en tal caso los herederos del hijo disponen del plazo otorgado en el art. 207 CC: tres años desde la muerte del hijo (no del padre). Pero creemos que debe considerarse preferentemente la norma del art. 206 CC, que claramente establece una excepción a la regla general que determina la extinción de la acción de reclamación en caso de muerte del supuesto progenitor. (Cita de Corral Talciani).



Legitimación pasiva

"Si es el hijo quien reclama, o su representante, debe demandarse al padre o madre cuya filiación se pretende determinar. No es necesario que se demande a ambos conjuntamente como en la filiación matrimonial.

Nuevamente, en principio, la acción sólo cabe intentarla en vida del supuesto padre o madre. Si ya se ha notificado la demanda, el proceso se sigue contra los herederos del demandado (art. 317 CC).

Si ya ha fallecido el padre o madre cuya filiación se pretende demandar, sólo podrá ejercerse la acción en contra de los herederos en el supuesto del art. 206 CC, que ya hemos analizado". (Pág. 53).

2. Eduardo Court Murasso, Nueva Ley de Filiación, segunda edición, N° 99, págs. 104 y 105, ConoSur Ltda., 2000, dice:

"La ley permite la reclamación de filiación del hijo póstumo o del hijo cuyos padres han fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Este plazo, bastante breve, constituye una restricción al ejercicio de la acción de reclamación, que no se encontraba en la propuesta inicial del Ejecutivo. Esta permitía dirigir la acción en contra de los herederos del padre o madre, "en caso de haber fallecido alguno de los padres", sin exigir que se tratara de un hijo póstumo o cuyos padres hubieren fallecido dentro del plazo mencionado (artículo 200 del Mensaje N° 198-326). El texto fue aprobado por la Cámara de Diputados y modificado en el Senado, que introdujo la restricción.

En efecto, de acuerdo con el artículo 206, si el hijo es póstumo, o si algunos de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

De acuerdo al artículo 207, inciso primero, "Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contados desde la muerte".¹⁶⁻¹⁷

¹⁶ Corral, en ob. cit., p. 51, estima que el plazo de tres años con que cuentan los herederos del hijo incapaz fallecido, en este caso, se computa desde la muerte del padre o madre, conforme al artículo 206, y no desde la muerte del hijo, según establece el artículo 207 (Cita de Court Murasso).

¹⁷ Hasta la reforma, el antiguo artículo 272, inciso primero, exigía, como regla general, que la demanda de reconocimiento forzado de hijo natural fuera notificada en vida del supuesto padre o madre. Sin embargo, excepcionalmente, el inciso final del mismo precepto, agregado por Ley N° 19.089, de 1991, contemplaba, tratándose de la causal número 4ª del artículo 271, el caso del hijo póstumo y el caso en que la madre hubiera fallecido dentro de los treinta días siguientes al parto sin haber reconocido al hijo como suyo (Cita de Court Murasso).

3. **René Ramos Pazos**, *Derecho de Familia*, Tomo II, págs. 400 y 404, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, expresa:

“Principios que juegan en las acciones de filiación. Un autor español, Xavier O’Callaghan Muñoz (*Investigación de la Paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba Biológica*, Actualidades Editorial S.A., Madrid, 1993), señala que en las acciones de filiación se deben considerar una serie de principios, a saber:

- 1) Libre investigación de la paternidad y de la maternidad;
- 2) Las acciones de filiación son declarativas de derechos, no constitutivas, en el sentido de que la sentencia constituya el *status filii* con eficacia *ex nunc*. La filiación es una relación biológica y jurídica que, por el ejercicio de una acción, se declara, no se constituye judicialmente;
- 3) Las acciones de filiación sólo las puede ejercitar el propio interesado (hijo, padre o madre) y son intransmisibles;
- 4) Se exige, como presupuesto para la admisibilidad de la demanda, acompañar antecedentes serios, que representen un principio de prueba de los hechos en que ésa se funde;
- 5) Se deben otorgar al hijo medidas protectoras durante la tramitación del juicio;
- 6) Se debe establecer una amplia admisibilidad probatoria, aceptándose incluso las pruebas biológicas.

Como veremos en seguida, la Ley 19.585 respeta todos estos principios propuestos por O’Callaghan”.

“Si el hijo fallece mientras es incapaz, la acción de reclamación la pueden ejercer sus herederos. Así está establecido en el artículo 207: “Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte” (inc. 1°). Agrega este artículo que “si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo” (inc. 2°). “El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad” (inc. 3°)”.

“En el caso del hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, la acción de reclamación se podrá dirigir en contra de los

herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad" (art. 206). Luego, si la acción es ejercida por el representante legal del hijo, el plazo de tres años se cuenta desde la muerte del padre o madre; y si quien la ejerce es el hijo, los tres años corren desde que haya alcanzado su plena capacidad.

El plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre, se aplicará también cuando el hijo hubiere fallecido siendo incapaz, correspondiendo la acción en este caso a los herederos del hijo. Corral señala que "podría pensarse que en tal caso los herederos del hijo disponen del plazo otorgado en el artículo 207: tres años desde la muerte del hijo (no del padre). Pero creemos –agrega– que debe considerarse preferentemente la norma del artículo 206, que claramente establece una excepción a la regla general, de la extinción de la acción de reclamación en caso de muerte del supuesto progenitor" (ob. cit., pág. 51).

El artículo 206 representa una innovación con respecto al anterior artículo 272, que exigía que aquel que pretendiera obtener judicialmente la calidad de hijo natural, debía intentar su demanda en vida del supuesto padre o madre".

VI. Jurisprudencia

Don Jorge Mansilla Naipil interpuso demanda en juicio ordinario de reclamación de filiación y acción de petición de herencia, en el cual solicitó se decretase como pericia biológica la práctica de un examen de ADN al mismo actor, a su madre doña María Naipil Calulef y a su padre fallecido, don Enrique Günther Heuser, requiriendo la exhumación del cadáver de este último a objeto de proceder al examen pertinente.

El tribunal resolvió no decretar tal pericia, confirmándose esa resolución por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia.

El actor interpuso recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de segundo grado señalando que la pericia solicitada es de vital importancia para acreditar el principal hecho a probar en la causa, esto es, "la efectividad de ser don Jorge Mansilla Naipil hijo de don Enrique Günther Heuser".

La Exma. Corte Suprema tuvo presente en su fallo de 2 noviembre de 2004, recaído en los autos rol N° 2.820-03, lo siguiente:

"Que el inciso 1º del artículo 198 del Código Civil prescribe que en los juicios sobre

la determinación de la filiación la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas decretadas de oficio, o a petición de parte.

A su vez el inciso 1º del artículo 199 del Código citado dispone: Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios para ello designados por el juez.

Las partes siempre y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico (Considerando tercero).

Que, esta última disposición fue introducida por la Ley 19.585, publicada en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1998, cuya discusión parlamentaria señala que: Por las indicaciones (Nºs 71 y 74) se podría añadir que este tipo de prueba no puede practicarse, sino en vida del hijo y del supuesto padre o madre.

La mayoría de la comisión del Senado estimó que es indiscutible que hay varios bienes jurídicos en juego, pero que, por consideraciones relacionadas tanto con la familia como con la sociedad, esta limitación era absolutamente razonable, ya que no impide interponer ni proseguir la acción, sino que solamente evita situaciones que pueden afectar moralmente a los deudos del fallecido, como la exhumación del cadáver para obtener muestras.

La minoría de la comisión, por su parte, creyó que, de acogerse la propuesta, se restringirán de manera importante las posibilidades de que se establezca la filiación, sobre todo por la alta confiabilidad que arrojan los exámenes biológicos. Subrayaron que, conforme al mismo proyecto de ley, si bien el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales, por lo que el transcurso del tiempo mermará la posibilidad de que se accione judicialmente.

*No obstante lo anterior, se acordó luego por el Senado en el inciso 1º suprimir la frase: "Este tipo de prueba no podrá practicarse sino en vida del hijo y del supuesto padre o madre". Ello porque se llegó a la convicción, luego de examinar detenidamente las acciones de filiación, sus titulares y los plazos para interponerlos, de que la posibilidad de que se ordene practicar pruebas periciales biológicas sobre personas fallecidas son escasas. Aceptó que si la muerte ocurre estando pendiente el juicio, no resulta equitativo privar al actor de un medio de prueba relevante para su pretensión. Le mereció mayores dudas a algunos de sus HH. señores integrantes la admisibilidad de estas pruebas cuando no se ha entablado la acción, sobre todo considerando que, si el demandado estuviese vivo, tendría siempre la posibilidad, de negarse, a riesgo de presumirse la filiación, pero en definitiva se **convino en aceptarlas, teniendo en cuenta los términos restringidos en que los herederos del difunto pueden reclamar la filiación de conformidad al artículo 206; o sea,***

sólo cuando se trata de un hijo póstumo o cuyo padre murió dentro de los 180 días siguientes al parto. (Considerando cuarto).

Que, a su vez, el artículo 206 del Código Civil dispone que si el hijo es póstumo o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o madre fallecidos dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que se haya alcanzado la plena capacidad.

La norma propuesta por la Cámara de Diputados permitía accionar contra los herederos del padre o madre que ha fallecido dentro del plazo de dos años contados desde esa fecha o desde el conocimiento de la prueba en que se haya fundado la demanda, pero la comisión del Senado no compartió dicho precepto, en especial en cuanto admitir en general las demandas contra los herederos del padre o de la madre fallecida y decidió conceder la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre que hayan fallecido, antes del reconocimiento del hijo o dentro de los 180 días siguientes al parto (Considerando quinto).

Que el inciso 2º del artículo 19 del Código Civil preceptúa que para interpretar una expresión de la ley, puede recurrirse a su intención o espíritu claramente manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, por lo que en la especie resulta que la ley sólo autoriza la reclamación de filiación en la forma restrictiva que establece el aludido artículo 206 (Considerando sexto).

Que, en estas condiciones, el recurso de casación en la forma en estudio debe ser desestimado, por cuanto aun en el evento que el vicio denunciado fuera efectivo, carecería de influencia substancial en lo dispositivo del fallo, ya que debería rechazarse la demanda, por cuanto el actor carecería de legitimación contra los herederos de su supuesto padre en los términos del artículo 206 antes referido (Considerando séptimo)".

VII. Historia de la Ley N° 19.585 acerca del ejercicio de las acciones de filiación por los herederos y de la legitimación pasiva de los herederos de los progenitores

Para conocer cuál es la interpretación adecuada que debe darse al inciso 2º del artículo 317 del Código Civil, nos parece indispensable adentrarnos en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.585, para extraer de ella el sentido y alcance que el legislador quiso darle al precepto mencionado, lo que haremos a continuación revisando la tramitación legislativa.

1. Mensaje

En el Mensaje de S.E. el Presidente de la República por el cual se "Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación" (boletín N° 1060-07), Sesión 25ª, martes 10 de agosto de 1993, págs. 2481 y ss., Cámara de Diputados, se dice:

"2. Se consagra, asimismo, el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.

En este sentido el proyecto, al estatuirlo, más que otorgar derechos, sienta un principio general, que viene a revertir aquel establecido por el Código de Napoleón que prohibía expresamente dicha investigación y que inspiró a la ley chilena.

Recordemos que si bien en el año 1952 la Ley N° 10.271 modificó el sistema, permitiendo la investigación de la paternidad, lo hizo en forma extremadamente restringida. En efecto, dicha ley autorizó la investigación bajo ciertas y determinadas causales, muy difíciles de aplicar en la práctica y que dependen, en el fondo, de la voluntad discrecional del padre, ya que en la medida que ésta no se manifieste, en los términos exigidos por la ley, el hijo sólo podrá acceder a los alimentos contemplados en el artículo 280 del Código Civil.

En tal sentido, al posibilitarse al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyado por toda la gama de pruebas que admite la ley, abre las puertas, definitivamente, a la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal, que es la única que admite la actual legislación".

2. El proyecto al referirse a las acciones de reclamación, se ocupa de la situación de los herederos en los artículos 200, 201 y 202.

"Art. 200. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá en contra de sus herederos, dentro del plazo de dos años, contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda".

"Art. 201. Si hubiere fallecido el hijo, sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él, o entablarla, si hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, la acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos. A los here-

deros menores empieza a correr el plazo o su residuo desde que hubieren llegado a la mayor edad”.

“Art. 202. El ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores por el hijo o los padres, supone ejercer las acciones de impugnación de la filiación contradictoria”.

3. Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados que modifica el Código Civil y otros Cuerpos Legales en materia de filiación (Sesión 12, martes 3 de diciembre de 1996, pág. 1523. Anexo de documentos, págs. 1585 y ss.).

Artículo 199

Permite accionar contra los herederos del padre o madre que ha fallecido, dentro del plazo de dos años contados desde el fallecimiento, o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda.

Este artículo representa una innovación con respecto al artículo 272 vigente, que exige que la demanda presentada por el hijo natural sea notificada en vida del supuesto padre o madre y los herederos de éstos –por remisión al artículo 318– sólo actúan representándolos cuando fallecen antes de la sentencia. El proyecto, en cambio, permite que la acción reclamando la filiación matrimonial se dirija contra los herederos del padre o madre fallecido.

Las señoras representantes del Ejecutivo explicaron que ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre hoy día, en que el reconocimiento, en mayor o menor medida, depende de la voluntad de los padres, el proyecto acepta todas las pruebas legales, entre ellas las pericias biológicas, para acreditar la filiación. Añadieron que autores como don Manuel Somarriva afirman incluso que, actualmente, podría entablarse una acción contra los herederos, siempre que persiga efectos patrimoniales y no puramente filiativos.

La Comisión no compartió las ideas contenidas en este precepto, en orden a admitir en general las demandas contra los herederos del padre o de la madre fallecida, a la duración del plazo ni a la modalidad de cómputo del mismo que se contempla.

Tuvo presente que el mismo artículo 272, en su inciso final –agregado en 1991 por la Ley N° 19.089– permite que la demanda se notifique a cualquiera de los parientes de la madre, en caso de que el hijo sea póstumo o la madre haya fallecido dentro de los 30 días siguientes al parto sin haberlo reconocido.

Sobre esa base, decidió conceder la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre que haya fallecido antes del nacimiento del hijo o dentro de un determinado término siguiente al parto, que se amplió a los 180 días posteriores.

Como plazo para la interposición de la acción se acogió el criterio general que contempla esta iniciativa de establecer un año, contado desde la muerte del padre o madre o desde que el hijo, una vez alcanzada plena capacidad, tome conocimiento de la paternidad o maternidad.

Desechó la Comisión la referencia de la parte final del artículo al conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, porque, en virtud de lo ya acordado, a la demanda deberán acompañarse antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda, lo que es una situación diferente.

Se aprobó por unanimidad en la forma indicada, por los HH, Senadores señores Hamilton, Larraín y Otero.

Artículo 200

Regula el inicio, o prosecución, de la acción correspondiente al hijo fallecido, por sus herederos, distinguiendo si murió en la menor edad o siendo incapaz, o habiendo alcanzado la mayoría de edad o plena capacidad.

La Comisión simplificó la redacción y resolvió aludir sólo a la capacidad o incapacidad, lo que comprende a la mayoría o minoría de edad, que es una de sus causas; redujo de dos años a un año el plazo para accionar, en concordancia con la uniformidad de términos que se ha querido implantar, y sustituyó la referencia al descubrimiento de pruebas por la de tomar conocimiento de la paternidad o maternidad.

Con dichas adecuaciones, se aprobó por unanimidad, con los votos de los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Sule.

Artículo 201

Declara que el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores por el hijo o los padres, supone ejercer las acciones de impugnación de la filiación contradictoria.

La Comisión coincidió en la necesidad de introducir en esta norma diversas precisiones.

Elas están encaminadas a señalar que su ámbito de aplicación se refiere a aquellos casos en que está determinada la filiación de una persona y quiere reclamarse otra distinta; aclarar que la alusión en cuanto a que, en tal evento, el ejercicio de la acción de reclamación "supone ejercer" la acción de impugnación de la filiación existente, implica que ambas deben ejercerse en forma simultánea, y, por último, concordar esta norma con la circunstancia de que el plazo para impugnar prescribe en un año.

En cuanto a esta última materia, cabe recordar que, si bien la acción de reclamación es imprescriptible, el hecho de que la de impugnación prescriba en un año haría imposible dar cumplimiento al mandato contenido en esta disposición de interponer ambas simultáneamente, una vez que haya transcurrido ese lapso. Por ese motivo, se agregó un inciso segundo que, para el caso de que se trata, deja sin aplicación los plazos de prescripción de la acción de impugnación, la que seguirá, en consecuencia, la suerte de la acción de reclamación.

Con la nueva redacción, este artículo se aprobó por unanimidad, con los votos de los HH. Senadores señores Fernández, Hamilton, Larraín y Sule.

Artículo 317

Sustituye el inciso segundo del artículo 317 por otro que da carácter, también, de legítimos contradictores a los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción, y a los herederos del hijo fallecido, cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla.

El nuevo precepto innova respecto de la situación vigente, que permite a los herederos solamente continuar la acción iniciada en vida del causante, cuando éste fallece antes de la sentencia, de acuerdo a la primera parte del artículo 318.

El punto fue ampliamente debatido por la Comisión al tratar los titulares de las acciones de filiación, consultados en el nuevo Título VIII del Libro 1 del Código Civil. Como se manifestó al exponer los acuerdos alcanzados en aquella oportunidad, **si bien la mayoría la de la Comisión fue en principio partidaria de que las acciones sólo puedan entablar en vida de los supuestos padre, madre o hijo, hubo situaciones excepcionales que se creyó de justicia incorporar en las cuales los herederos pueden interponer acciones.**

Para mantener la debida armonía de las disposiciones, la Comisión estuvo por prestar aprobación a este artículo, que se remite a las reglas contenidas en el aludido Título VIII, introduciéndole solamente ajustes formales.

Se aprobó por unanimidad con los votos de los HH. Senadores señores Fernández, Hamilton y Otero.

4. Informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (1060-07). Sesión 16^a, 22 de julio de 1998 (Anexo de Documentos, págs. 1521 y ss.).

Artículo 204

En el inciso primero, intercalar entre las palabras "corresponde" y "al hijo", la expresión "exclusivamente".

Esta enmienda reafirma el carácter de únicos titulares de la acción de reclamación de la filiación matrimonial que tienen el hijo, el padre y la madre, sin perjuicio, naturalmente, de aquellos casos que les corresponde a sus herederos, situación que no es contradictoria por cuanto los herederos son los continuadores legales del causante.

Artículo 205

En el inciso primero, intercalar entre las palabras "corresponde" y "al hijo", la expresión "sólo".

Al igual que en el caso del inciso primero del artículo 204, con ello se quiere enfatizar la taxatividad de los titulares de la acción respectiva.

Artículo 206

Reemplazar las palabras "un año" por "tres años".

Artículo 207

Introducir las siguientes modificaciones:

- a) *En el inciso primero, reemplazar las palabras "un año, por "tres años".*
- b) *En el inciso segundo, sustituir las palabras "un año" por "tres años" y eliminar la frase "o desde que tomare conocimiento de la paternidad o maternidad".*

La razón de estos cambios, así como del que se efectúa en el artículo 206, deriva del hecho de que, en el primer informe de la Comisión, el plazo para reclamar la filiación en el caso de fallecimiento de uno de los padres o del hijo, se cuenta desde la muerte o desde que el hijo, alcanzada su plena capacidad, tomó conocimiento de la paternidad o maternidad.

En el segundo informe, por razones de mayor certeza jurídica, se decidió que el plazo se cuente desde la muerte o desde que el hijo alcanzó su plena capacidad. Pero ese cambio sólo se efectuó en el artículo 200, que pasó a ser 206, relativo al fallecimiento de uno de los padres, y no en el artículo 201, que pasó a ser 207, concerniente al caso del fallecimiento del hijo.

En esta oportunidad, se ha renovado la indicación número 86, de los HH. Senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule, que, en lo medular, permite que la acción de reclamación de la filiación del hijo pueda entablarse contra los herederos del padre o madre fallecido cualquiera sea la época de la muerte.

Indicaciones:

84. De los HH. Senadores señora Feliú y señor Otero, para sustituirlo por el siguiente:

“Artículo 200. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de un año, contado desde su muerte, o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

85. De los HH. Senadores señores Díez y Larraín, para reemplazarlo por el siguiente:

“Artículo 200. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de un año, contado desde su muerte, por el representante del incapaz o por el hijo que haya alcanzado plena capacidad”.

86. De los HH. Senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule, para sustituirlo por el siguiente:

“Artículo 200. Si el hijo que no se ha reconocido es póstumo, o fallece alguno de sus padres con posterioridad, la acción se dirigirá en contra de los herederos de éstos, dentro del plazo de un año, contado desde el fallecimiento o desde

que el hijo, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento de la paternidad o maternidad que reclama”.

Después de evaluar la situación, la Comisión convino en la necesidad de resguardar la seguridad jurídica a que apuntó el cambio realizado en el segundo informe respecto del primero de estos artículos. En esa medida, por razones de concordancia, hubo acuerdo en eliminar en el inciso segundo del artículo 207 la referencia en orden a que el cómputo del plazo se inicie desde que el hijo tomó conocimiento de la paternidad o maternidad, pero, al mismo tiempo, se aprobó elevar de uno a tres años el plazo para reclamar la filiación en estos casos de fallecimiento.

5. Aprobación del Senado del Proyecto de Ley en materia de filiación.

Oficio de 11 de agosto de 1998. Cámara de Diputados, sesión 26a, miércoles 12 de agosto de 1998, págs. 87 y ss.

Artículo 199

Ha pasado a ser artículo 206, sustituido por el siguiente: “Artículo 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

Artículo 200

Ha pasado a ser artículo 207, reemplazado por el siguiente: “Artículo 207. Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzase la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad”.

6. En la Sesión 32ª, martes 8 de septiembre de 1998, Cámara de Diputados, Tercer trámite constitucional de la “Modificación de normas sobre filiación”, se registran las siguientes intervenciones de interés:

La señora Bilbao, doña Josefina (Ministra del Servicio Nacional de la Mujer), al explicar los principales puntos aprobados por el Senado, dice: “...respecto de las acciones de reclamación de filiación, si bien el Senado ha reducido el plazo

para entablar la acción en contra de los herederos del supuesto padre o madre, se ha producido un avance respecto de la actual legislación” (pág. 21).

La señora **Guzmán (doña Pía)** señala:

“El artículo 206 establece que las acciones de reclamación no podrán dirigirse en contra de los herederos del supuesto padre o madre; es decir, no se puede reclamar el estado civil de hijo de una persona fallecida, respecto de sus herederos, salvo que sea un hijo póstumo o que su padre o madre hubiere fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto.

Algunas personas estiman que estos plazos no deberían existir y que se podría reclamar el estado filiativo cualquiera fuera el plazo posterior de muerte del padre, dejándolo sin ninguna certeza jurídica.¹⁸

Con esta prevención, votaré favorablemente el artículo 206, por la siguiente razón: el actual artículo 272 del Código Civil señala: “...la calidad de hijo natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor, y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre”. Es decir, el Código Civil es restringido, mientras que la norma del proyecto del Senado establece un plazo para reclamar el estado filiativo de hijo con, obviamente, limitaciones de tiempo, que considero prudentes y que corresponden a la certeza jurídica que se debe establecer en estas materias.

Por lo anterior, votaré favorablemente el artículo referido”.

El diputado señor **Francisco Encina** expresó:

“Es importante destacar asimismo, como positivo, el hecho de que si el hijo es póstumo o si fallece alguno de los padres dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, se pueda entablar la acción de filiación en contra de los herederos del padre o de la madre fallecida, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, siendo el hijo incapaz, desde que éste hubiese alcanzado la capacidad. Si han fallecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley en tramitación, el plazo es de un año contado desde la publicación. No obstante, no hay razón alguna para establecer un límite arbitrario en el sentido de que proceda la acción siempre que el padre o la madre hayan fallecido dentro de los 180 siguientes al parto. Ahí coincido con la Diputada señora Pía Guzmán, de que se generaría un vacío legal, desde ese punto de vista, respecto de aquellos que fallezcan en un plazo posterior”.

¹⁸ Se refiere al art. 200 del Proyecto y a la indicación N° 86 de los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule. La posición de la señora Pía Guzmán es coincidente con el informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Boletín 1060-07. Sesión 16°, 22 de julio de 1998).

7. Norma transitoria (art. 5° transitorio) de la Ley 19.585, de 1998

El inciso 3° del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 dispone: "...no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

En el inciso 4° del mismo artículo 5° transitorio se establece: "Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá derechos adquiridos con anterioridad por terceros".

VIII. Conclusiones

- a. El Código Civil no admitía el ejercicio de las acciones de filiación sino en vida del supuesto padre, madre o hijo. Ello no obstante la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de estado civil (art. 320 del C.C.).
- b. La Ley 19.089 posibilitó accionar después de la muerte de la madre en el caso del N° 4 del artículo 271 del C.C.
- c. El Mensaje mediante el cual S.E. el Presidente de la República envió el Proyecto de la Ley 19.585 al Congreso, pretendió aplicar ampliamente la indagación de la paternidad o maternidad, al decir: "...al posibilitarse al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyado por toda la gama de pruebas que admite la ley, abre las puertas, definitivamente, a la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal, que es la única que admite la actual legislación".
- d. Conforme a ese criterio, el artículo 200 del Proyecto establecía: "En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá en contra de sus herederos, dentro del plazo de dos años, contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda".
- e. En el Senado se formularon diversas indicaciones al artículo 200 del Proyecto del Gobierno. Aquellas procedentes de los senadores señora Feliú y señores Otero, Díez y Larraín partían del supuesto común de que el hijo sea póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, para que la acción de reclamación pudiera dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos. De esta manera, se restringía a

los casos indicados el ejercicio de la mencionada acción contra los herederos del progenitor fallecido. La indicación de los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule pretendía mantener un amplio campo para el ejercicio de la acción de reclamación, poniéndose en el supuesto del hijo póstumo que no se ha reconocido y en la hipótesis de que alguno de los padres falleciere con posterioridad al parto, sin límites en el tiempo.

Entre las distintas indicaciones existían diferencias en cuanto a la forma de computar el plazo de un año para el ejercicio de la acción, siendo la más liberal la propiciada por los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule.

f. El Informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 22 de julio de 1998, señaló que:

- en el primer informe de la Comisión, el plazo para reclamar la filiación en el caso de fallecimiento de uno de los padres o del hijo se cuenta desde la muerte o desde que el hijo, alcanzada su plena capacidad, tomó conocimiento de la paternidad o maternidad;
- en el segundo informe, por razones de mayor certeza jurídica, se decidió que el plazo se cuente desde la muerte o desde que el hijo alcanzó su plena capacidad. Pero ese cambio sólo se efectuó en el artículo 200, que pasó a ser 207, concerniente al caso del fallecimiento del hijo;
- en esta oportunidad, se ha renovado la indicación número 86, de los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule, que, en lo medular, permite que la acción de reclamación de la filiación del hijo pueda entablarse contra los herederos del padre o madre fallecida cualquiera sea la época de la muerte.

La Comisión convino en la necesidad de resguardar la seguridad jurídica, a que apuntó el cambio realizado en el segundo informe respecto del primero de estos artículos.

En esa medida, por razones de concordancia, hubo acuerdo en eliminar en el inciso segundo del artículo 207 la referencia en orden a que el cómputo del plazo se inicie desde que el hijo tomó conocimiento de la paternidad o maternidad, pero, al mismo tiempo, se aprobó elevar de uno a tres años el plazo para reclamar la filiación en estos casos del fallecimiento.

g. El Senado efectuó la siguiente aprobación de los artículos 199 y 200, que se convirtieron en 206 y 207.

Artículo 199

Ha pasado a ser artículo 206, sustituido por el siguiente:

“Artículo 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

Artículo 200

Ha pasado a ser artículo 207, reemplazado por el siguiente: “Artículo 207. Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzase la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad”.

h. La diputada señora Pía Guzmán, en la Sesión 32^a, de 8 de septiembre de 1998, expresó:

“el artículo 206 establece que las acciones de reclamación no podrán dirigirse en contra de los herederos del supuesto padre o madre; es decir, no se puede reclamar el estado civil de hijo de una persona fallecida, respecto de sus herederos, salvo que sea un hijo póstumo o que su padre o madre hubiere fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto.

Algunas personas estiman que estos plazos no deberían existir y que se podría reclamar el estado filiativo cualquiera fuera el plazo posterior de muerte del padre, **dejándolo sin ninguna certeza jurídica**”.¹⁹

Con esta prevención, votaré favorablemente el artículo N° 206, por la siguiente razón: el actual artículo 272 del Código Civil señala: “...la calidad de hijo natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradic-

¹⁹ Se refiere al artículo 200 del Proyecto y en cierta medida a la indicación N° 86 de los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule. La opinión de la señora Pía Guzmán es coincidente con el informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

tor, y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre". Es decir, el Código Civil es restringido, mientras que la norma del proyecto del Senado establece un plazo para reclamar el estado filiativo de hijo con, obviamente, limitaciones de tiempo, que considero prudentes y que corresponden a la **certeza jurídica** que se debe establecer en estas materias.

Por lo anterior, votaré favorablemente el artículo referido.

i. En sintonía con el pronunciamiento del Senado, se estableció el artículo 5º transitorio.

El inciso 3º del artículo 5º transitorio de la Ley N° 19.585 dispone: "...no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

En el inciso 4º del mismo artículo 5º transitorio se establece: "Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá derechos adquiridos con anterioridad por terceros".

j. Atendido el criterio sustentado por el Senado, debe entenderse que el artículo 317 no es una norma amplia, sino que está en concordancia con los casos en que la ley permite accionar o ser demandados a los herederos del hijo o de los progenitores.

k. Por las razones expuestas, nos parece acertado y coincidimos plenamente con el fallo de mayoría pronunciado por la Excma. Corte Suprema de 2 de noviembre de 2004, en los autos rol N° 2820-03.





Algunas reflexiones sobre la compensación económica



Paulina Veloso Valenzuela

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Se pretende en este artículo hacer algunos comentarios generales acerca de la institución de la compensación económica, recientemente recogida en la nueva Ley de Matrimonio Civil, vigente en Chile desde noviembre del año 2004, reflexionando desde una perspectiva liberal e igualitarista y teniendo presentes, con propósito comparativo, algunas legislaciones europeas y americanas sobre el tema.

La propuesta que sostengo en este artículo es que los mecanismos de compensación económica deben aplicarse teniendo presente el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de asegurar que sirvan al propósito de paliar una discriminación de género y no constituyan, a la vez, un instrumento antidivorcista y conservador, que es contrario al texto legal y al propósito del legislador. El punto de partida es que la compensación, en los términos legales, no procede siempre, sino solo cuando concurren los requisitos que se analizarán. En consecuencia, deben existir razones justificativas en cada caso y de acuerdo al tenor legal que autoricen la compensación económica; las que deberá indicar el juez en la sentencia respectiva.

Y, en definitiva, afirmo que, en un horizonte de largo tiempo, quienes postulan la igualdad no se pueden contentar con un instrumento de esta naturaleza; antes bien, se debe apostar por una sociedad donde el problema no exista o esté disminuido.

1. Planteamiento del problema

Existen diversos estudios y numerosos antecedentes que muestran que, en todas las latitudes, producido el divorcio (separación o nulidad), la mujer disminuye drásticamente sus ingresos económicos; esto es, se empobrece; y consecuentemente se empobrecen los niños.¹

Esta realidad resulta ser cada vez más visible en la medida que ha aumentado la tasa de separación o divorcio, ocasionando con ello un aumento en la tasa de pobreza de las mujeres y aumentando la brecha de desigualdad con los hombres.

La explicación de este fenómeno radica, en términos generales, en una manifestación de la discriminación de género, más o menos fuerte, dependiendo del país respectivo.

En efecto, por una parte, menos mujeres, en relación a los hombres, participan en el mercado de trabajo (trabajo remunerado). Las mujeres tienen más dificultades para incorporarse al mercado de trabajo y se incorporan en mayor número en trabajos precarios. De otra, las que están incorporadas reciben, en promedio, remuneraciones menores que los hombres; frecuentemente, carecen de pensiones de vejez o éstas son menores que las de sus ex cónyuges. Normalmente las mujeres tienen menos propiedades inmuebles y en general, un patrimonio de menor valor.²

Estas diferencias patrimoniales se explican en vista de que, por una parte, generalmente las mujeres asumen el cuidado de los hijos, de los ancianos y enfermos; es decir, destinan tiempo (a veces, todo su tiempo) a tareas que normalmente no son remuneradas. Y en los casos que trabajan remuneradamente, destinan menor tiempo a este tipo de trabajo.³ Por último, en el evento de que, aun

¹ Un artículo publicado por la revista *The Economist*, en 1993, consideraba que los estudios efectuados en USA desde 1984 llegaban a la conclusión que las mujeres sufrían una pérdida de ingresos en torno al 30 por 100 el año siguiente a su divorcio; el grupo peor tratado es el de mujeres de clase media que trabajaron como amas de casa. Y esta opinión se repetía en 1995. "The bargain breaks", *The Economist*, December 26 1992 January 8th, 1993, p. 75.

² Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, publicados en "Mujeres chilenas. Estadísticas para el nuevo siglo". Santiago. Chile. Julio de 2000, se señala: La fuerza de trabajo, al año 2000, asciende a 5.870.890 personas, de las cuales un 33% son mujeres, esto es, un total de 1.957.880. Y del total de mujeres en edad de trabajar lo hace sólo el 35%. La diferencia de los ingresos medios mensuales de mujeres y hombres es muy marcada. En promedio las mujeres obtienen un ingreso que corresponde a casi el 70% del ingreso medio de los hombres. Diferencia que es mayor mientras más alto es el nivel educacional. En efecto, el año 1998, la mujer a igual nivel de estudios universitarios que el hombre, obtiene sólo el 53,4% del ingreso de este último. Aunque a nivel latinoamericano la mayoría de los países tienen una participación mayor en la fuerza de trabajo que en Chile, las diferencias anotadas son finalmente muy similares.

³ Según el INE, del total de personas que en el año 2000 declararon dedicarse exclusivamente a los quehaceres del hogar, el 98% eran mujeres.

La educación preescolar ofrecida por el sistema público tiene una cobertura que abarca solamente el

asumiendo las tareas del hogar, trabajen remuneradamente tan intensamente como los hombres, igualmente perciben una menor remuneración. La brecha es más grande a mayor nivel educacional.

Si marido y mujer viven juntos, se comparte el nivel de vida, resultando esencial el aporte económico del marido, asumiendo, normalmente, el rol de proveedor fundamental. Pero en el evento que se produzca el divorcio, esta desigualdad patrimonial se muestra con toda su crudeza, ya que muy frecuentemente será la mujer la que hará de proveedora única o principal y su ingreso monetario, como hemos dicho, es menor.⁴

En el evento de que la mujer nunca haya trabajado remuneradamente, su incorporación al mercado del trabajo, después del divorcio, puede ser imposible, o muy difícil, dependiendo de su nivel educacional y, entre otros factores, de la cantidad de años que ha estado sin actividad remunerada.

Lo interesante es que estas diferencias de ingreso entre hombres y mujeres, normalmente, no se explican sino por condicionamientos y patrones culturales y estructuras discriminatorias que no son de responsabilidad de las mujeres en general, ni de cada mujer en particular.

2. Concepciones filosóficas e ideológicas sobre el tema

Esta cuestión problemática es puesta en el debate desde distintas posiciones filosóficas e ideológicas, y con propósitos también diversos.

En efecto, por una parte, integra el discurso antidivorcista. En esa posición, se señala que dado que el divorcio produce pobreza, es necesario impedir u obstaculizar legalmente el divorcio. Durante la discusión en el Congreso en Chile del texto legal los opositores al proyecto entregaron un artículo que señala en una de sus partes: "El divorcio tiene un efecto más alto en el ingreso familiar de los padres custodios que el que tuvo la Gran Depresión en la economía

24,7% de la población menor de seis años. En consecuencia, una cifra algo superior a un millón 300 mil niños no tiene acceso a la educación preescolar pública.

Según el Informe de Desarrollo Humano, del PNUD, de 1995: En todos los países las mujeres trabajan más horas que los hombres. Las diferencias oscilan desde sólo ocho minutos diarios hasta tres horas. Del volumen total de trabajo, las mujeres realizan un 53% (un 51% en los países industrializados) y los hombres un 47%. Pero una proporción menor del trabajo de las mujeres es remunerado. El informe critica la subvaloración del trabajo de la mujer, refiriéndose como "contribución invisible".

⁴ "La característica más importante de los hogares con jefatura femenina es su mayor vulnerabilidad económica y social, al estar constituidos mayoritariamente por mujeres sin pareja que tienen la doble responsabilidad de los quehaceres domésticos y la mantención económica de la familia". En el libro *De mujer sola a jefa de hogar. Género, Pobreza y Políticas Públicas*. Editoras: M. Elena Valenzuela, Sylvia Venegas, Carmen Andrade. Servicio Nacional de la Mujer. Chile.

americana". "En familias que no eran pobres antes de un divorcio, la caída del ingreso puede ser tan alta como para llegar al 50%". Y "casi el 50% de los hogares con hijos que padecen el divorcio se empobrecen después de producido éste". Y después de enunciar una serie de efectos negativos del divorcio, postula como primera conclusión la necesidad de "Establecer, por resolución, un objetivo nacional de reducción del divorcio, entre las familias con hijos, de un tercio en una década".⁵

Pero al mismo tiempo, es un problema subrayado desde posiciones feministas e igualitaristas, las que no pretenden impedir ni tampoco disminuir el divorcio por esta razón, pero consideran que el costo no lo puede asumir sólo la mujer. En esta posición se sostiene que el trasfondo de la desigualdad que se genera en el divorcio es una manifestación de la discriminación de género, y no consecuencia de la pereza o decisión errónea de cada mujer, de allí que el Estado, léase el Derecho, no puede ser neutro en este asunto, aun más, debe establecer mecanismos que apunten hacia el término o bien, en un horizonte más cercano, a la disminución de la desigualdad. Hay, por lo mismo, una pretensión de justicia envuelta en la petición; pero a su vez no se desconoce el principio de autonomía privada o libertad personal en virtud del cual los cónyuges tienen derecho a desarrollar su propio plan de vida; al contrario, justamente se propicia un mecanismo que permita una real autonomía de las mujeres.

Es decir, desde la posición conservadora se propone limitar la autonomía personal, impidiendo o restringiendo el divorcio.

En cambio, desde concepciones feministas e igualitaristas se pretende aumentar la autonomía de las mujeres, tanto para adoptar la decisión como para desarrollar su vida a futuro.

Ahora bien, de acuerdo al texto legal –arts. 61 y ss.– la compensación no está concebida con el propósito de limitar o restringir el divorcio, sino, justamente, como paliativo frente al problema antes descrito. Eso es lo que se desprende de la normativa, de su contexto y de la historia del precepto. Por ello, precisamente no es una sanción a la iniciativa procesal del demandante, ni es una sanción al culpable, ni está establecida, por regla general, como pensión periódica y por toda la vida. Y, como diremos, resulta fundamental al sentenciador atenerse a los requisitos y criterios legales de los arts. 61 y 62, en cuanto implican una delimitación de la institución y la necesidad de que el monto fijado sea proporcional a las condiciones particulares del caso.

⁵ Patrick F. Fagan y Robert Rector. *Historia de la ley*. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. V. 3. Pág. 2085.

3. Perspectiva de los derechos que resultan eventualmente vulnerados

La situación fáctica antes descrita amerita también un examen desde el punto de vista del principio de igualdad, consagrado constitucionalmente.

En nuestro concepto y siguiendo las distinciones respecto de la igualdad que hace el autor italiano Norberto Bobbio, se expresa en este tema una falta de igualdad de oportunidades, por una parte, y de igualdad fáctica o de hecho, real o sustancial, por otra.

Como sabemos, la igualdad de oportunidades apunta a la igualdad en el punto de partida, esto es, las mismas condiciones para iniciar o desarrollar la carrera de la vida; y la igualdad de facto, al punto de llegada, es decir, a las circunstancias materiales o reales de los sujetos después de haber participado en el juego de la vida.

En palabras de Bobbio: la igualdad de oportunidades se satisface cuando "quienes juegan al tute tengan de partida el mismo número de cartas, o que los jugadores de ajedrez dispongan del mismo número y del mismo tipo de piezas..., que los corredores partan de la misma línea... En otras palabras, el principio de la igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales". Por su parte, el mismo autor señala que la igualdad de hecho se entiende "respecto de los bienes materiales o igualdad económica".⁶

Hombres y mujeres están en distintos puntos de partida y, desde luego, su punto de llegada es muy desigual.

Ambos aspectos de la igualdad están considerados en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas, vigente en Chile desde el año 1989.

De manera que los Estados partes de la referida Convención tienen la obligación de propender a una mayor igualdad de oportunidades para las mujeres y también de tender a una igualdad de facto.

Se discute en Chile cuál sería el rango o jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. Una opinión muy firme es que tendrían un

⁶ Norberto Bobbio. *Igualdad y Libertad*. Piados. España. 1993. Págs. 76 y 79.

rango constitucional e incluso supraconstitucional. Y en otra posición, se estima que son de jerarquía superior a la ley; y, en todo caso, inferior a la Constitución. Con todo, como se sabe, en virtud de las reglas internacionales sobre los tratados, cada país firmante debe respetar lo acordado y no puede exonerarse de su cumplimiento en virtud de norma interna contraria al mismo tratado.

Por su parte, el texto constitucional de Chile reconoce expresamente la igualdad de oportunidades, en el art. 1º. Y en las garantías constitucionales se asegura la igualdad en la ley y frente a la ley en el art. 19 N° 2.

El mandato constitucional de la igualdad obliga al legislador, en este caso, a crear los mecanismos jurídicos dirigidos a la solución o mitigación del problema referido, a efectos de asegurar una igualdad de oportunidades de hombres y mujeres postdivorcio y de tender hacia una mayor igualdad de hecho entre los mismos.

Es decir, existen razones jurídicas constitucionales y vinculadas al derecho internacional que obliga a los Estados a realizar las políticas, e introducir las normas legales necesarias a efectos de resolver el problema ya planteado que acentúa la desigualdad entre hombres y mujeres.

4. Alternativas de enfrentamiento del tema: neutralidad, estado social o enfoque privado

Concordando entonces que existe un problema: una situación económica disminuida de la mujer con relación al hombre, que es evidente y problemática en el evento del divorcio, y que esta cuestión no es de responsabilidad de las mujeres, ni de cada mujer en particular, sino una manifestación de la discriminación de género, la pregunta es: ¿Qué hacer?

Muy grosso modo, pueden visualizarse respuestas desde distintas ópticas:

a) En una visión conservadora se estima, como ya se afirmó, que la legislación y las autoridades deben impedir o restringir el divorcio.

Sin embargo, tal postura no se aviene con un Estado liberal que se funda en la autonomía individual. No se considera lícito que la ley se proponga obstaculizar las decisiones libres y autónomas de las personas más allá del límite del daño a terceros.



b) En una perspectiva neoliberal, puede estimarse que el problema no compete al Estado. Se considera que cada cual recibe una retribución según su esfuerzo y la valoración social y económica del trabajo de cada uno. Y si los cónyuges son libres para divorciarse, ellos deberían asumir las consecuencias de todo tipo que esta decisión comporta, y en consecuencia, el ordenamiento jurídico no tendría por qué arbitrar remedios económicos para situaciones postdivorcio. Es decir, el costo de la disparidad económica lo debería asumir la mujer.

El problema de esta tesis radica en que el asunto no se explica sino por una discriminación de género, por lo que la situación no obedece a una manifestación plena de la autonomía de las mujeres. Y ¿por qué hacer responsables a las mujeres de una distribución de roles estereotipada y una discriminación en el mercado de trabajo de la cual no son las responsables?

c) En una lógica de Estado social, podría estimarse que aquél debe atender de manera asistencialista el problema, potenciando una lógica de seguridad social; o bien, apuntando al desarrollo de iguales oportunidades, por la vía de mejorar el acceso y la calidad de los servicios de guarderías y jardines infantiles y otros servicios de esa naturaleza, de modo de asumir estatalmente funciones que tradicionalmente realiza la mujer sin contraprestación económica, y potenciar la educación y capacitación laboral de las mujeres, etc. Aquí el costo o parte de él lo asume el Estado; es decir, el sistema público.

El problema de descansar sólo en esta solución está en la llamada crisis del modelo de los Estados de bienestar. La crítica que se hace al Estado social apunta a que este tipo de soluciones, normalmente, no ayudan al desarrollo de la iniciativa particular que actuaría como motor del crecimiento. De otra parte, la crisis de este Estado deriva de su gran carga económica, difícil de sobrellevar enfrente de la enorme competencia actual.

d) En una perspectiva distributiva de los costos del divorcio entre los sujetos intervinientes, podría incentivarse una responsabilidad compartida a nivel individual de cada pareja. En este caso el costo lo asumen el marido y la mujer; es un sistema privado de soporte por parte del ex cónyuge.

Sin perjuicio de que los Estados, normalmente, mezclan soluciones inspiradas en lógicas distintas, la institución de la compensación económica, reconocida legalmente en distintos países, responde a la perspectiva de compartir, a nivel individual de cada pareja, esta discriminación de género. Y se sustenta, en cierto sentido, en una lógica de un Estado de bienestar en retirada.

5. Aspectos centrales de la institución en Chile

En vista de que la compensación no procede cada vez y en todos los asuntos en que se hubiere declarado el divorcio o nulidad, sino en algunos casos, resulta imprescindible reflexionar sobre los requisitos legales.

En una perspectiva comparada, se puede afirmar que si bien existen elementos comunes en los distintos países en que se acoge esta institución, y el problema a que atiende es el mismo, de manera que puede afirmarse que existe un sustrato común, los requisitos conceptuales son levemente distintos.

En Chile, el artículo clave que contempla la compensación es el 61, que dice:

“Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Se observa que la ley chilena contempla expresamente, como requisito, la causa de la disparidad económica, esto es, la dedicación al hogar. Y en este sentido parece más exigente que el derecho comparado, al menos en cuanto a su conceptualización y, eventualmente, a la prueba. Sin embargo, del análisis de la institución, de manera más global, se observa una gran similitud con el derecho extranjero. Con todo, hay diferencias. En España, Alemania, Suiza, y Francia se destaca básicamente la situación objetiva de disparidad entre los cónyuges, de desequilibrio económico, de dificultad para mantenerse de manera conveniente, u otra constatación de ese tipo, sin exigir que ello sea fruto de la realización de las tareas del hogar. Por lo demás, la institución misma las supone. Esta última circunstancia es, normalmente, la razón del desequilibrio. No obstante, no se exige prueba sobre ello. Lo que interesa es que objetivamente exista un desequilibrio patrimonial.

En efecto, en España el artículo clave prescribe:

“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...” Art. 97 Código Civil.

En Suiza, la ley dispone:

*“Si no se puede razonablemente esperar que un cónyuge pueda por sí mismo mantenerse convenientemente, incluida la constitución de una previsión de vejez apropiada, su cónyuge le debe una contribución equitativa”.*⁷ Art. 125 Código Civil.

El Código francés, en su nuevo texto vigente desde enero de 2005, prevé:

*“Uno de los cónyuges puede ser obligado a otorgar una prestación destinado a compensar, tanto como sea posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas”.*⁸ Art. 270.

En Alemania, se prescriben dos instituciones: la prestación de alimentos al cónyuge divorciado y la pensión compensatoria. El precepto básico de la primera señala:

“En caso de que el cónyuge divorciado no pudiera procurarse sustento tras el divorcio, tendrá una acción de prestación de alimentos contra el otro cónyuge según las disposiciones siguientes:...”. Art. 1569. Y en los artículos 1570 a 1576, se mencionan las causas posibles de la carencia, tales como: por cuidado de un hijo; por razón de la edad; por enfermedad o decrepitud; hasta la prosecución de una actividad comercial adecuada; por falta de una actividad comercial adecuada; para formación, educación superior ulterior y reeducación; y como clausura, se establece la prestación de alimentos por razones de equidad.

En otro párrafo, se contempla la figura de la pensión compensatoria, en los siguientes términos:

“Habrá una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubiere constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el artículo 1587, apartado 2”. 1587-1.

No obstante, donde se observa una gran similitud entre cada una de estas legislaciones es en las circunstancias particulares que debe tener en cuenta el juez para ordenar la compensación, que en el caso de Chile se contemplan en el art. 62. Como diremos, estos elementos ayudan también a configurar la institución, a regular si procede o no.

En efecto, estos aspectos tienen el propósito de limitar el derecho, circunscribirlo a los casos en que realmente corresponde y hacerlo razonable y proporcional. Ellos obligan al juez a ponderar y justificar su decisión.

⁷ Traducción no oficial.

⁸ Traducción no oficial.

Radical importancia tiene la afirmación que hemos hecho en cuanto a que esta compensación no procede siempre. En efecto, deben concurrir diversos requisitos, que anotaremos seguidamente.

- **Requisitos de la institución en Chile:**

De acuerdo a lo dispuesto en los arts. 61, 62, 27 y 55 inciso 2°, se puede concluir que el instituto exige:

1. Que haya existido, vigente el matrimonio, dedicación al cuidado de los hijos o al hogar común;
2. Que ello haya sido un obstáculo para el desarrollo de una actividad económica o lo hizo en menor medida;
3. Que ello haya generado un menoscabo por esta causa;
4. Que ello impide relaciones equitativas hacia el futuro.

- **Complementan los criterios establecidos en art. 62**

Sin embargo, los requisitos establecidos en el art. 61 referidos, deben complementarse con los criterios dispuestos en el artículo 62, dado el texto de esta norma: "Para determinar la **existencia** del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente..." Y seguidamente enumera:

"...la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge".

Puede observarse la impresionante similitud con los contemplados en el artículo 97 español, el 125 suizo y el 271 francés. Así como el artículo 113 del Código de Familia de El Salvador. De allí que puede afirmarse que finalmente la figura es muy similar a la contemplada en esas legislaciones.

En un intento por sistematizar, se puede concluir que algunos de estos criterios miran el *pasado*, más específicamente a la *causa del menoscabo*. Ellos son: la duración del matrimonio; de la vida en común; y la colaboración en la actividad lucrativa.

Otros se refieren al *presente*, esto es: la situación patrimonial de ambos cónyuges y sus facultades y necesidades económicas. En efecto, tales son: la situación patrimonial (además art. 66); la edad del cónyuge beneficiario (obviamente

también del cónyuge deudor); el estado de salud del cónyuge beneficiario (también del cónyuge deudor); y la materia de beneficios de previsión y salud. Puede agregarse la labor de educación y crianza de los hijos aún menores.

Por último, hay criterios que apuntan al *futuro* y conllevan el análisis de la probable inserción del cónyuge beneficiario en el mercado de trabajo y sus ingresos futuros. Nos referimos a: las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional y también la probable pensión de vejez.

Se señala, además, un aspecto moral: la buena o mala fe, que aunque es un principio general en el derecho, no resulta en este tema del todo pertinente, lo que es evidente en el derecho comparado, donde obviamente no se menciona.

En definitiva, estos criterios, no taxativos, sumándolos a los requisitos del art. 61, permiten comprender el sentido y los requisitos de la institución.

Y dada la similitud con el derecho extranjero, como hemos señalado, se concluye en que la figura tiene un sustrato común en los ordenamientos jurídicos mencionados.

6. El divorcio por culpa y la compensación

Es importante destacar que en el derecho comparado más moderno, para tener derecho a la compensación el titular no requiere ser un cónyuge inocente. Es decir, para su otorgamiento no se consideran las culpas.

En Chile, así es en principio. Sin embargo, se faculta al juez para denegar la compensación o disminuir prudencialmente su monto si este derecho le hubiere correspondido al cónyuge acreedor. Art. 62.2.

Llama la atención que el legislador no hubiere observado que esta restricción, por regla general, sólo afectará a la mujer. En efecto, dado que normalmente el deudor de la compensación será el ex marido, sólo a él le interesará, a efectos de aplicar la sanción, que se declare el divorcio por culpa de su cónyuge. Y ello significará que, por ejemplo, generalmente se discutirá la causa de infidelidad cuando sólo lo sea la mujer. En ese caso tiene interés la discusión, ya que de probarse, permitiría restringir el eventual derecho de compensación. Cuando sea el hombre el infiel, dado que normalmente él es el acreedor de este derecho, probablemente no habrá mayor interés en que se discuta judicialmente su falta, ya que ésta, fuera del reproche moral, no tendrá sanción alguna.

Debo aclarar que no adscribo al divorcio por culpa. En otros escritos hemos explicado latamente los efectos nocivos de tal tipo de divorcio.

Se suma a lo allí expuesto lo que acabamos de destacar, esto es, que la sanción del art. 62.2 es discriminatoria en sus efectos, y por consiguiente resulta discutible su constitucionalidad, lo que es un argumento más para una aplicación restringida de tal precepto.

7. Condiciones de procedencia de la compensación. Se debe tener en cuenta el criterio de razonabilidad y proporcionalidad

Resulta fundamental entender, como ya hemos afirmado, que la compensación económica no es una consecuencia necesaria del divorcio. Procede sólo si concurren los requisitos. Dicho de otra manera, no corresponde siempre.

En los países en que se contempla la institución es frecuente que el tribunal respectivo lo estime improcedente, negando el derecho, cuando el matrimonio, o la vida en común, en su caso, hubieran sido breves.

O cuando se observa que la mujer está debidamente integrada al mercado laboral y no existan diferencias patrimoniales importantes entre los cónyuges.

También cuando el patrimonio de uno y otro cónyuge es bastante para solventar cómodamente la vida de cada uno y no aparezca necesario compensar el menoscabo, si hubiere.

Es necesario subrayar que no se trata de una sanción por el divorcio, y, en ningún caso, por la iniciativa del divorcio.

Estimamos, por su parte, que en el evento que el patrimonio del cónyuge deudor sea muy escaso, consistente sólo en el ingreso remuneracional o en una pensión de vejez o invalidez, tampoco procedería este derecho, salvo circunstancias muy excepcionales, como la vejez o una enfermedad grave del cónyuge acreedor y el largo tiempo de vida común. Sólo en tales casos podría justificarse que, incluso con un patrimonio escaso del deudor, se ordene otorgar este beneficio. De allí los términos del artículo 66 nuestro.

Se recuerda a este respecto que, además, si hubiere hijos menores, habría derecho de alimentos para ellos. Y, en ningún caso, procedería traspasar el límite del 50% de los ingresos del cónyuge deudor.

La razón para estimar que en el evento de patrimonio escaso no se justificaría el otorgamiento de la compensación radica, además del texto legal, en que

de otra manera ello podría limitar severamente la libertad personal del deudor, lo que resulta contrario a principios generales de derecho. Ciertamente es que la escasez de recursos también constituye una limitación a la libertad del cónyuge acreedor. Ello obliga a ponderar adecuadamente.

Cabe a este respecto tener en cuenta que en Chile (no es así en diversas legislaciones extranjeras) no es posible modificar el monto de la pensión, no obstante que se alteraren las condiciones de vida de cada cual. No se puede modificar aunque el acreedor se enriquezca fruto de un golpe de suerte o de un nuevo matrimonio o de una convivencia. Por ello, si los cónyuges son relativamente jóvenes, se debe ser muy estricto a la hora de evaluar los criterios y determinar si hay o no derecho a la compensación.

Lo cierto es que los criterios contemplados en el art. 62, ya referidos, indican claramente que el derecho debe ser razonable y proporcional a las indicadas circunstancias.

En efecto, si bien la ley no establece expresamente la limitación contemplada en materia de obligación de alimentos (hasta el 50% del ingreso mensual), es obvio que el legislador pretende que sea proporcional al ingreso, al patrimonio, y al menoscabo.

Ni siquiera si se considerara que se trata de una sanción al deudor, puede el sentenciador abstraerse de la necesidad de que sea razonable y proporcional.

En esta idea de razonabilidad debe tenerse en cuenta que muy probablemente los cónyuges querrán iniciar una nueva familia; de manera que la compensación no puede ser de tal envergadura que impida de manera total esas posibilidades al deudor.

8. En Chile, la compensación es compatible con cualquier régimen de bienes, sin perjuicio de que es necesario medir el patrimonio de cada uno

Durante la discusión parlamentaria hubo una opinión en el sentido de que si hubiere entre los cónyuges el régimen de sociedad conyugal (sistema legal), que es un régimen de comunidad, no procedería la compensación, toda vez que en la distribución de los gananciales por mitades, éste ya considera la compensación por el trabajo no remunerado en el hogar. En la respuesta se dijo que la distribución de los gananciales cumple el propósito de compartir los ingresos generados en el pasado. En cambio, la compensación económica, sin perjuicio de que mira para atrás, para determinar si habrá derecho a ella, tiene el propósito de compensar el efecto del menoscabo en el futuro. Como

dice la ley, pretende relaciones equitativas entre los cónyuges, en el futuro. Esa es la diferencia. Arts. 27 y 55 de la ley.

No obstante, para la determinación de la existencia y la cuantía de la compensación resulta fundamental considerar el patrimonio de cada cónyuge, según lo expresa el art. 62. De modo que habrá que considerar el patrimonio que como resultas de la liquidación del régimen de bienes, pertenezca a uno y otro cónyuge. Y sabemos que la ley no establece que el juez deba liquidar el régimen de bienes en el procedimiento del divorcio, siendo dicho asunto competencia de un juez árbitro, por lo que sólo deberán estimarse provisoriamente y a título ilustrativo las fuerzas del patrimonio de cada uno.

Será en cambio muy importante si, fruto del régimen de separación total de bienes, el marido hubiere amasado un patrimonio relevante y su cónyuge, en cambio, nada tuviere.

Con todo, el sentenciador deberá tener en cuenta que la compensación económica no pretende servir al propósito de transformar en irrelevante o inocuo la elección de un régimen de bienes entre las distintas posibilidades y las consecuencias pecuniarias que se derivan de dicha elección tanto para las partes como para los terceros.

9. En cuanto a la determinación, es fundamental la voluntad de los cónyuges

La ley que establece el divorcio está impregnada de la idea de que son los cónyuges los que están en mejor situación de resolver sus conflictos conyugales y los efectos de la ruptura. En consecuencia, permite el divorcio por mutuo acuerdo, y en tal caso obliga a que los cónyuges presenten junto a la demanda los acuerdos sobre los efectos, entre ellos sobre la compensación económica. Y, en el evento de que el divorcio sea unilateral, incentiva los acuerdos en las instancias de conciliación y mediación.

De allí que en el artículo 63 se estipula la primera regla, consistente en que: "La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán *convenidos por los cónyuges...*". Agregando, en el art. 64: "A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia... y fijar su monto...". Es nítido, entonces, que el juez actúa en este punto de manera supletoria, a falta de acuerdo, concordando en ello con la lógica del nuevo texto legal sobre matrimonio civil.

Si bien el juez debe homologar estos acuerdos, en conformidad al criterio de "suficiente y completo" que contempla el art. 27, estimamos que respecto

de la compensación económica, el acuerdo a que se hubiere llegado se debe aprobar sin más, teniendo presente que este derecho es esencialmente renunciabile.

Se tiene especialmente en consideración que, en conformidad a la experiencia comparada, en materias de familia, la mejor solución es la libremente acordada por las partes. Nadie está en mejor situación para saber qué es lo conveniente para ellos que los propios cónyuges, más aún tratándose de un asunto patrimonial como la compensación.

Y, desde luego, respetar el acuerdo de las partes supone también la vigencia del principio de la autonomía de los cónyuges. Ello está además presente en los principios del procedimiento de los nuevos tribunales de familia, llamado allí, en el artículo 14, "principio de colaboración".

Se agrega que las soluciones cooperativas tienen como consecuencia que se cumplan más espontánea y fácilmente, aspecto que mira a la eficiencia del derecho.

10. Modalidades

Se puede pedir en la demanda, en un escrito complementario, o en la reconvencción. En definitiva, de acuerdo a la lógica del juicio, parece razonable que se permita solicitarlo en todo momento y hasta la audiencia preparatoria. No es formal, recogiendo así la idea de desformalización, también principio de los nuevos tribunales.

El juez tiene la obligación de informar sobre la existencia de este beneficio, en caso que no se hubiere solicitado, pero no puede declararlo de oficio, porque es renunciabile.

La ley contempla diversas posibilidades para su entero y pago. Con todo, puede sostenerse que la idea principal es pagarlo *de una sola vez*; de esta manera se evitan los inconvenientes del pago periódico, circunstancia potencialmente conflictiva a la luz de la experiencia comparada. Nótese que en Chile no se le denomina pensión, como en otros países, terminología que puede conllevar la idea de periodicidad.

Sin embargo, y por excepción, según lo dispuesto en el art. 66, se permite el pago en cuotas. En este evento, se debe ser especialmente cuidadoso en los requisitos de procedencia, por los inconvenientes que ello supone, particularmente en cuanto a las facultades económicas del cónyuge deudor.

Se recuerda que el propósito legislativo es apuntar a la autonomía de la mujer. Obviamente ello no puede perseguirse más allá del punto en que se vulnere la autonomía del deudor.

11. Naturaleza jurídica

Una cuestión frecuentemente discutida en el derecho comparado es la naturaleza jurídica de esta institución.

En el caso de Chile hay razones para estimar que tiene algunas características de los alimentos; otras, de la indemnización de perjuicios, y ciertos elementos comunes con el enriquecimiento sin causa.

En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto para su determinación se tiene en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte, en el evento que se establezca el pago en cuotas periódicas, para los efectos del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal. Art. 66.

Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del artículo 61 y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone la ruptura del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. En los países cuya legislación se ha citado, en cambio, es modificable; y termina con las nuevas nupcias o convivencia estable del cónyuge beneficiario. No así en la legislación nacional. Se agrega que en Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos.

De otra parte, se asemeja a la *indemnización de perjuicios* en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro.

Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad la circunstancia de que no supone culpa.

Ahora bien, asumiendo que la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento en el futuro, porque tendrá una mayor dificultad

ocupacional, y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas, se acerca, en cuanto a su naturaleza, a la restitución por enriquecimiento sin causa. Se discute, sin embargo, si es sin causa. En nuestro concepto, puede estimarse que es incausado. La habría si subsistiere el matrimonio; dejaría de haberla en el evento de ruptura.

En definitiva, se trata de una institución sui generis que presenta sólo cierta cercanía con instituciones conocidas en el derecho civil, como los alimentos o la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa.

12. Conclusión

La compensación económica es una institución nueva, incluso en el derecho comparado. Tiene fisonomía propia y responde a una mirada de género de las relaciones entre los cónyuges. Se instala así como una figura del nuevo paradigma del derecho de familia que se desarrolla, por todas partes, desde hace ya algunas décadas.

Para su procedencia el legislador ha adoptado la técnica de establecer una serie de criterios, otorgando un amplio margen decisorio al tribunal. Con todo, el juez debe resolver ponderando los distintos elementos. Aquí no hay margen a la arbitrariedad.

Precisamente el prestigio de la judicatura se produce cuando en el evento que el legislador le entrega al juez diversos elementos o criterios más o menos abiertos, el juzgador asume su tarea con responsabilidad, resolviendo de manera razonable y proporcional, de tal manera que un espectador imparcial pueda apreciar la justicia de la decisión.

Pero no sólo el juez tiene tareas precisas frente a una figura jurídica nueva y de cierta dificultad en su aplicación. En conjunto, los abogados, los profesores, y la academia tienen una enorme responsabilidad.

De todos ellos depende que la institución sirva al propósito de una mayor autonomía de las mujeres. Y no como un instrumento para restringir el divorcio y de esa manera convertirse en el nuevo instrumento del discurso y política conservadores.

10



Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del *error iuris* en el Derecho Civil chileno

José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Departamento de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

I. Consideraciones preliminares

El artículo 1452 del Código Civil chileno contiene una norma hondamente arraigada en la mentalidad jurídica del país, pero que para un estudioso del Derecho europeo resulta sorprendente.

En efecto, el precepto afirma que "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento", lo que supone negar de raíz cualquier relevancia invalidante al *error iuris* en el ámbito contractual. Tal afirmación es, desde luego, desconocida en los Derechos europeos, donde sus respectivos Códigos Civiles, una de dos: o no distinguen entre *error facti* y *error iuris* al consagrar el error como causa de invalidez del contrato (como sucede en el Derecho español¹) o bien se refieren al error de Derecho, explícitamente, considerándolo como una causa de anulabilidad (nulidad relativa, en terminología chilena) de aquél (como sucede en el Derecho italiano²).

¿Por qué existe, pues, esa discordancia entre el Derecho chileno y el común de los ordenamientos jurídicos europeos?

A mi parecer, por dos razones.

En primer lugar, por un arrastre histórico, procedente del Derecho Romano (donde el *error iuris* se consideraba, en principio, inexcusable), al cual no pudieron sustraerse buena parte de los autores del siglo diecinueve (entre ellos, el redactor del Código Civil chileno³).

¹ Cfr. artículo 1265 del Código Civil español, cuyo inciso primero afirma que "Será nulo el consentimiento prestado por error".

² El artículo 1429, 4) del Código Civil italiano considera al error de Derecho como un error esencial invalidante, cuando el mismo "è stato la ragione unica o principale del contratto".

³ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, *Teoría del consentimiento*, Editorial CONOSUR, 1994, p. 197, explica que "La tendencia tradicional rechaza el considerar el error de Derecho como vicio de la voluntad, fundado en la presunción general de conocimiento de la norma jurídica".

En segundo lugar, por una confusión conceptual entre dos cuestiones, que, aunque están íntimamente relacionadas, sin embargo, han de ser netamente diferenciadas: de un lado, el deber de observancia de la ley, con independencia del conocimiento de sus destinatarios; y, de otro, la tutela del consentimiento del contratante que padece un error de Derecho y, que, como consecuencia de él, celebra un contrato, que, de no haber mediado tal error, no hubiera concluido, contratante que tiene un evidente interés en desvincularse a través de la invalidación del negocio.⁴

Examinemos por separado ambas razones.

II. La tradición jurídica de la inexcusabilidad del *error iuris* procedente del Derecho Romano

En el Derecho Romano la relevancia de cualquier tipo de error se subordinaba a su carácter excusable, esto es, a la constatación de que el que lo padecía no hubiera incurrido en una negligencia extrema o crasa, o, dicho de otro modo, a la circunstancia de que no hubiera podido evitar el error que invocaba, actuando con una mínima diligencia.

En el Derecho Romano no podía ser, pues, invocado un error imputable a la culpa lata de quien lo alegaba.⁵

⁴ La vinculación de la regla contraria a la relevancia invalidante del error de Derecho con el principio, expresado en el artículo 8º del Código Civil chileno, de que "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya estado en vigencia", aparece clara en la doctrina científica del país.

A este respecto se pronuncian claramente ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de Derecho civil*, tomo segundo, 6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, cuando afirman que el artículo 1452 del Código Civil chileno viene a ser una consecuencia del artículo 8º, que dice "que nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia".

CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil y comparado*, tomo décimo, volumen V, Editorial Jurídica de Chile 1988, pp. 141-142, explica el fundamento del artículo 1452 del Código Civil chileno de la siguiente manera: "La ley debidamente promulgada tiene fuerza obligatoria, se entiende que es conocida de todos y nadie puede alegar ignorancia de ella; ninguna persona puede excusarse de cumplir la ley so pretexto de que no la conoce, y, por lo mismo, no puede presumirse que ha prestado su consentimiento por ignorancia de la ley, creyendo que la ley lo obligaba a consentir, siendo que la ley nada disponía o disponía algo diverso de aquello a que se ha obligado". Y concluye: "El art. 1452 es así una aplicación o confirmación de la presunción de derecho que consagran los arts. 7º y 8º del Código Civil al establecer que la ley se reputa conocida de todos y que nadie puede alegar ignorancia de la ley después de transcurrido el plazo común o especial, desde su publicación, para que se tenga por hecha su promulgación".

LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 119, expone lo siguiente: "Nuestro Código se refiere al error de derecho en diversas disposiciones, pero todas arrancan del artículo 8º", observando que "Esta norma se remonta a los primeros orígenes del derecho".

⁵ Para los romanos no todo error negligente era inexcusable, sino, exclusivamente, el imputable a "culpa lata" de quien lo invocaba (cfr. L.3., "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6; L. 6, "eodem", Dig., XXII, 6; L. 9, § 2, "eodem", Dig., XXII, 6; L. 15, § 1, "De contrah. Emptione", Dig. XXVIII, 1), si bien, tratándose de un error de derecho la "*summa negligentia*" se presumía (cfr. L. 2, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6; L. 9, "eodem", Dig., XXII, 6).

Ahora bien, mientras que los romanos mostraban cierta tolerancia respecto del error de hecho,⁶ no sucedía lo mismo respecto al error de Derecho, al cual como regla general consideraban inexcusable, por entender que quien ignoraba una ley incurría en una negligencia grave.⁷

Esta regla general de la inexcusabilidad del *error iuris*, que se forma en la época republicana, tiene unos presupuestos muy peculiares: una organización política de ámbito territorial relativamente reducido, un sistema jurídico en el que las leyes eran publicadas y, por lo tanto, podían ser conocidas por unos

⁶ En las fuentes romanas, por regla general, el error de hecho se consideraba excusable y, en consecuencia, podía ser invocado, sin que perjudicara a los contratantes, ni en las pérdidas, ni en las ganancias. Así resulta de L. 8, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest".

De esta regla, se exceptuaban los supuestos de "supina ignorantia", imputable a la "culpa lata" de quien la padecía, hipótesis estas en las que el error era inexcusable.

Así se desprende de diversos pasajes del Digesto.

L. 3., "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et factio non sciret an de iure suo ignorat. Sed Casius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert non deperditi et nimium securi hominis" (POMPONIUS, *libro tertio ad Sabinum*). De donde resultaba, "a sensu contrario", que no se debía tener en cuenta la ignorancia de un hombre abandonado o excesivamente despreocupado, es decir, la debida a la "culpa lata" de quien la alegaba.

L. 6, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis ut nec scrupulosa inquisitio exigenda: scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur." (ULPIANUS, *libro octavo decimo ad legem Iuliam et Papiam*) Por lo tanto, la ignorancia supina o negligencia crasa no se toleraba, pero tampoco se exigía a los contratantes una investigación escrupulosa o una curiosidad de delator. Parecía, pues, tolerable, la ignorancia imputable a culpa leve o levisima.

L. 9, § 2, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur: quid enim si omnes in civitate sciunt, quod ille solus ignorat? et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui cum eam rem ut, diligenter inquirendo notam habere possit" (PAULUS, *libro singulari de iuris et facti ignorantia*). El sentido de este pasaje se presta a interpretaciones diversas, dado que Labeón entiende que el conocimiento exigible no es, ni el de un hombre muy cuidadoso, ni el de uno muy descuidado, sino el de quien tiene cuidado de enterarse preguntando diligentemente (diligencia del hombre medio); empero previamente se afirma que la ignorancia de hecho no perjudica, siempre que no obedezca a una negligencia extremada o "summa negligentia" (todo hombre en la ciudad lo sabe y sólo uno lo ignora), con lo que, nuevamente, hay una remisión al criterio de la "culpa lata".

⁷ En las fuentes romanas, el *error iuris* se reputaba, por regla general, inexcusable, idea que descansaba en el presupuesto de que todos los hombres, actuando con la mínima diligencia, debían y podían conocer el Derecho, por lo que la ignorancia o defectuoso conocimiento del mismo debía imputarse a quien la padecía.

Así se desprende de los siguientes textos:

L. 2, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debedit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat" (NERATIUS, *libro quinto membranarum*).

L. 7, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, summ vero petentibus non nocet." (PAPINIUS, *libro nono decimo questionum*).

L. 8, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet" (PAPINIUS, *libro primo definitionum*).

L. 9, § 3, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6: "Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendam existimat, si iuris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est" (PAULUS, *libro singulari de iuris et facti ignorantia*).

L. 2, § 5, "Quis ordo", Dig., XXXVIII, 15: "Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potui. Scilicet consulendo prudentiores, ut diligentem patrem familias consulere dignus est".

ciudadanos cultos, la mayor parte de los cuales sabía leer el latín, idioma en el que se redactaban aquéllas, y lo que es más importante, una sociedad que posibilitaba el acceso generalizado a las *responsa* de los jurisconsultos de modo gratuito.

Es evidente que estos presupuestos ya habían quebrado en la época justiniana, donde el idioma en que se redactaban las leyes, el latín, ni siquiera era conocido en muchas partes del Imperio Romano.

¿Por qué entonces los compiladores mantienen una regla, como la de la inexcusabilidad del error de Derecho, que en el momento de redactarse el *Corpus iuris civilis* carecía del soporte sociológico que tenía en la época republicana?

Parece que, en parte, por el peso de la tradición histórica: no puede olvidarse que el *Corpus* (más allá de las consabidas interpolaciones interesadas de los compiladores) fue concebido como una labor de recopilación del saber jurídico clásico.

Pero, junto a esta explicación, existe otra: el temor de que la admisibilidad de la relevancia del error de Derecho pudiera llevar a la quiebra de un principio, sin cuya observancia no puede pervivir ningún orden jurídico, esto es, el principio de que las leyes han de ser aplicadas con independencia de su conocimiento o ignorancia por parte de sus destinatarios (*ignorantia legis non excusat*).

III. La inexcusabilidad del deber de observancia de la ley

El principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, plasmado ya en las fuentes romanas,⁸ ha sido y sigue siendo una constante de todos los ordenamientos,⁹ siendo consagrado por el artículo 8º del Código Civil chileno, conforme al cual "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya estado en vigencia".

Lo que ha sido objeto de discusión no es, pues, el principio mismo, sino su explicación teórica.

⁸ Aparece, así, en una Constitución de los emperadores Valentiniano y Teodosio del año 391, donde se afirma: "Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permitimus" (C.1,18,12). El mismo principio general, de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, aparece en las Partidas, donde se afirma que "Escusar no se puede ninguno de las penas de las leyes, por decir que las non sabe" (P. 1.1.20), si bien, por influencia del Derecho romano, se exceptúa de dicha regla a los locos, a los mozos menores de catorce años, a las mozas menores de doce años, a los aldeanos, a los pastores y a las mujeres (P. 1, 1, 21).

⁹ Lo recoge, así, el artículo 6.1º del Código Civil español, cuyo párrafo primero (trasunto del antiguo artículo 2, anterior a la reforma operada por el Decreto 1876/1974, de 31 de mayo) es del siguiente tenor: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento".

Entre los autores antiguos¹⁰ estaba ampliamente arraigada la opinión de que el fundamento de la regla *ignorantia legis non excusat* radicaba en la posibilidad que tenían todos los ciudadanos de conocer la ley, al estar ésta publicada, fundamento que, sin duda, se revela falaz y no resiste el menor examen crítico. Excepción hecha de la época romana clásica, pensar que un hombre común puede conocer la totalidad del Derecho es sencillamente absurdo.¹¹ Además, si se afirmara que la razón por la cual los ciudadanos están sujetos a la ley estriba en la posibilidad de conocerla, habría que concluir lógicamente que la regla *ignorantia legis non excusat* quebraría, en el caso de que alguien lograra demostrar que no llegó a conocer una norma jurídica a la que estaba sujeto, conclusión, que sólo se podría desvirtuar mediante el recurso a una artificiosa presunción *iuris et de iure*¹² de conocimiento general de las normas jurídicas por parte de todo ciudadano.¹³

En la actualidad, en la doctrina científica española nadie duda que el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, no tiene un fundamento subjetivo, sino objetivo:¹⁴ no se basa en la falacia de considerar

¹⁰ Representante claro de esta opinión es GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo primero, Madrid, 1875, pp. 91 y 95, quien, a propósito de la ignorancia de las leyes, dice que "tan reprehensible parece esta ignorancia, que el Proyecto de Código [se refiere al Proyecto de Código Civil de 1851] no la consiente. El legislador ha hecho cuanto podía exigírsele empleando fórmulas solemnes y públicas para hacer llegar las leyes a noticia de los gobernados: nada sería más opuesto a su eficacia que conceder a éstos la facultad de no cumplirlas a pretexto de haberlas ignorado". Más adelante, añade: "no todos conocen el Derecho, pero al más ignorante le es posible consultarlo; y no se diga que el supuesto conocimiento de las leyes sea una ficción, ningún cargo sería más injusto contra el legislador, que hace lo que puede y todo lo que debe promulgándolas"

¹¹ Incluso en las fuentes romanas hay casos en que se dispensa del conocimiento de las normas a ciertas personas, como los menores de veinticinco años, las mujeres y los militares (cfr. L. 9, "principiū", § 1, "De iuris et facti ignorantia", Dig., XXII, 6)

¹² Presunción esta que, erróneamente, fue, en ocasiones, invocada por la antigua jurisprudencia para explicar el principio *ignorantia legis non excusat*.

Así, la STS 9 marzo 1928, "Jurisprudencia Civil", núm. 44, a propósito del originario artículo 2 del Código Civil (precedente del párrafo primero del actual artículo 6.1), afirmaba que el precepto "se funda en el interés general de presumir *iuris et de iure*, que las leyes en el plazo fijado son conocidas por todos los que han de cumplirlas, y en consecuencia obligatorias".

¹³ Parece conveniente recordar, en este punto, las atinadas palabras de DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, volumen primero, reedición de la obra publicada en 1949, Civitas, Madrid, 1984, p. 529, quien afirma que "El cumplimiento general de la ley no se basa en la suposición de su conocimiento por todos; son falsas, por ello, las afirmaciones de que la regla contenida en el artículo 2º del Código sea una presunción *iuris tantum*, contra la cual quepa aducir prueba en contrario, que sea una ficción y hasta de que sea una presunción *iuris et de iure*. Nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada del Derecho. El artículo 2º tiene clara razones de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, aceptando y reconociendo sus consecuencias".

¹⁴ Díez Pícazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, volumen primero, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 186, afirman, así: "No puede hablarse seriamente de un previo deber de conocimiento de todas las normas que componen un ordenamiento jurídico, completamente imposible. Cabría hablar de una inabarcabilidad del ordenamiento jurídico. No puede establecerse por ello un genuino deber de conocimiento de las normas. La regla de la inexcusabilidad de la ignorancia no deriva del deber de conocer, sino del criterio objetivo de que las normas deben o tienen que tener una efectividad social con independencia de que sean o no realmente conocidas".

que todo hombre diligente puede conocer la norma que le es aplicable (por lo que, si no la conoce, debe pechar con las consecuencias de su negligencia), sino en el hecho de que el deber jurídico de cumplimiento de las normas jurídicas es un efecto esencial de las mismas, que se impone a sus destinatarios, con independencia de que las conozcan o de que las ignoren, ya, que, de otro modo, quebraría el Estado de Derecho y los valores que, a través de él, se pretenden realizar.¹⁵

Situada, pues, la cuestión de la *ignorantia legis non excusat* en sus justos términos, no hay ya por qué acudir al falaz argumento de que todos los hombres pueden conocer la norma jurídica para afirma el deber de cumplir la regla de conducta que de ella emana.¹⁶

Ahora bien, si dicho argumento es falaz (y hemos admitido que lo es), no puede ser una razón convincente para explicar la norma contenida en el artículo 1452 del Código Civil chileno, de que “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”, norma esta que, a mi entender, debe ser revisada.¹⁷

¹⁵ Me parece certera la opinión de CABANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 6, apartado 1 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo I, volumen 1º, artículos 1 a 7 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1992, pp. 670-671, que sugiere dotar de un fundamento constitucional al principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes, citando, al efecto, el artículo 9 de la Carta Magna española, que, en su número primero, establece que los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como el artículo 10 de la misma, cuyo número primero dispone que el respeto a la ley es “fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁶ Sólo desvinculando el deber general de observancia de las normas jurídicas de la presunción de su conocimiento por parte de sus destinatarios es posible salvaguardar el principio *ignorantia legis non excusat* de críticas, tan demolidoras como las realizadas por COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre* (Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 3 de febrero de 1901), Civitas, Madrid (reedición 2000), pp. 31-32, quien se pronuncia en los siguientes términos: “Es sabido que uno de los más firmes sostenedores de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*): 2º En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce, por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción se mantiene á sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; á sabiendas de que es una ficción, á sabiendas de que es una falsedad, á sabiendas: ‘Primero’, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; ‘Segundo’, de que es imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma, las conozca todas; y ‘Tercero’, de que la presunción conforme á la verdad de los hechos, conforme por tanto á la razón, á la justicia y á la lógica sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario”.

¹⁷ Como observara DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil*, cit., p. 529, “Si se admite la falsa premisa de que el necesario cumplimiento de la ley (la ignorancia no excusa) se basa en el deber de conocer el Derecho (inexcusabilidad de conocimiento), se llega a la conclusión de que todo error de Derecho es culpable e inexcusable”.



IV. Distinción entre la cuestión de la relevancia invalidante del error de Derecho y la del deber jurídico de cumplimiento de la norma

La regla de la inexcusabilidad del error de Derecho presupone una confusión conceptual entre dos cuestiones, que, siendo diversas, han de ser consideradas separadamente.¹⁸

De un lado, el principio *ignorantia legis non excusat*, como consecuencia del deber general de cumplimiento de las normas jurídicas, que incumbe a sus destinatarios, con independencia del efectivo conocimiento de las mismas (*nemo legem ignorare censetur*).

De otro lado, el error de Derecho, como vicio de la voluntad, orientado a la tutela del consentimiento de quienes, sin ninguna obligación de contratar, concluyen un negocio, que no habrían celebrado de haber conocido exactamente la norma que regula la relación jurídica a la que el negocio da vida.¹⁹

Mientras la regla *ignorantia legis non excusat* consagra un principio inderogable de orden social (consecuencia del deber jurídico de obediencia de las normas), el reconocimiento de la relevancia invalidante del error de Derecho responde a

¹⁸ La STS 17 febrero 1994, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1994, núm. 1623 [recogiendo lo expuesto en la vieja STS 4 abril de 1903, "Jurisprudencia Civil", 1903, núm. 105], afirma "que una cosa es que la ignorancia de Ley no favorezca al que la padece y otra, que contra la realidad misma de las cosas, no se convierta en vicio de la voluntad, lo que es falta de conocimiento o conocimiento equivocado y así ese error de Derecho (...) puede (...) dar lugar a la nulidad por anulabilidad".

Me parecen especialmente acertadas las palabras de GIL RODRÍGUEZ, "Eficacia y aplicación de la norma civil", en PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil, I (Introducción y derecho de la persona)*, Marcial Pons, Madrid, 19985, p. 82, quien observa lo siguiente: "En principio, las normas han de acatarse por sus destinatarios, aunque realmente no hayan tomado conocimiento de aquéllas o hayan malentendido sus mandatos. Ahora bien, que 'el vigor de la ley' no mengüe por la ignorancia o errónea intelección de sus destinatarios no ha de forzar la conclusión de que sea necesariamente irrelevante dicho estado de conciencia con relación a cualquier acto o negocio jurídico, aunque aquél hubiera sido determinante de la relación de éstos. Más tercos que los mandatos normativos son los hechos, que nunca dejan de ser lo que son, y ello 'no obsta a que el legislador tome en cuenta la falsa representación' de los mismos para rebajar la responsabilidad del actuante o para permitir que se desvincule del consentimiento prestado por error".

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, "Efectos de la norma", en LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil, I, Parte general del Derecho civil*, volumen primero, *Introducción*, nueva edición a cargo de DELGADO ECHEVARRÍA, Bosch, Barcelona, 1988, p. 230, diferencia ambas cuestiones, con toda precisión. Dice así: "Si la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, tampoco el conocimiento erróneo de la norma. Con todo, en ciertos supuestos, el conocimiento equivocado o el desconocimiento de la norma pueden atenuar la responsabilidad, o acaso hacen inválidas una declaración de voluntad o una atribución (error de derecho)". Y añade: "esto segundo no contradice la irrelevancia del desconocimiento del Derecho, porque no hay cuestión de cumplimiento de un precepto, sino de equivocada representación que se hizo el declarante de la existencia o significado de la norma. De donde, siendo 'excusable' el error de derecho es tan relevante como el de hecho".

un interés fundamentalmente privado, cual es la tutela del consentimiento de los contratantes.²⁰

Separadas conceptualmente ambas cuestiones, no existen obstáculos para admitir la eventual relevancia invalidante de un error de Derecho,²¹ porque quien lo alega no pretende eludir el cumplimiento de la ley, sino exclusivamente demandar la anulación (nulidad relativa, en terminología chilena) de un contrato celebrado bajo el presupuesto del desconocimiento o conocimiento defectuoso de una norma (o de la interpretación de la misma) destinada a regir la relación jurídica que crea (o sobre la que opera) dicho contrato.²²

Es evidente que es distinta la situación del defraudador de impuestos, que alega desconocimiento de las leyes tributarias para intentar evitar las sanciones fiscales, que la de quien compra un terreno para construir una casa, ignorando que la legislación urbanística le impide edificar sobre él, y, en consecuencia, posteriormente, impugna la validez de la compraventa, invocando el error de Derecho por él padecido: este último, en ningún momento, pretende incumplir la ley, sino que lo que persigue es, simple y llanamente, desvincularse de un negocio, estrictamente privado, que no habría concluido de haber conocido exactamente la reglamentación jurídica que le era aplicable.

A efectos de ilustrar lo dicho, me permito describir someramente cuál ha sido la evolución del Derecho español en la materia.

²⁰ Son reveladores las palabras de DÍEZ PICAZO, "Nota introductoria", a la obra de COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema*, cit., p. 11, cuando, a propósito del principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, recogido en el antiguo artículo 2 del Código Civil, antecedente del vigente párrafo primero del artículo 6.1, afirma lo siguiente: "La regla que estableció en su día el artículo 2º del Código Civil, y que, expresa o tácitamente, admiten los ordenamientos modernos, no guarda relación con las viejas máximas relativas a la ignorancia 'iuris'. Se trata de una regla de nuevo cuño que aparece cuando el Estado liberal proclama la primacía de la Ley y convierte a ésta, como expresión de la voluntad general en la primera de las fuentes del Derecho".

²¹ Téngase en cuenta que, como con toda brillantez pone de manifiesto CARRIÓN OLMOS, "Algunas consideraciones sobre el error de Derecho", *Actualidad Civil*, núm. 45, semana del 3 al 9 de diciembre de 1990, el término objetivo de referencia del error de Derecho es siempre una norma jurídica.

El mero error sobre un derecho subjetivo, por ejemplo, el "error in domino" (creencia equivocada de que el vendedor es propietario de la cosa que vende) no puede ser calificado de un auténtico error de Derecho, a no ser que presuponga la ignorancia o inadecuado entendimiento de la norma jurídica de la que emana.

Es totalmente aislada la opinión en contra de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho civil español*, Nomos, Valencia, 1990, pp. 303-306.

²² No debe considerarse como error de Derecho la simple equivocación en la denominación del contrato celebrado, si, a pesar de la equivocada mención del tipo contractual, resulta claro el régimen jurídico pactado por las partes, en cuyo caso, lo que procede no es la anulación del contrato, sino su rectificación, mediante la subsanación del error obstativo en la declaración, para ajustarlo a lo que realmente quisieron los contratantes (*falsa demonstratio non nocet*).

La STS 16 noviembre 1994, "Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi", con acierto, distingue claramente el error de derecho del simple error en el *nomen* o denominación del contrato, el cual no da lugar a la invalidación del contrato, sino "que se subsana por vía de interpretación de la voluntad de los contratantes".

V. La evolución del derecho español en relación con el *error iuris*

El Derecho intermedio español fue contrario a la relevancia del error de Derecho, recogiendo las Partidas la posición al respecto de las fuentes romanas,²³ posición esta que se mantuvo constante en la doctrina²⁴ y la jurisprudencia hasta los albores de la codificación.²⁵

En este sentido es de destacar que el Proyecto de Código Civil de 1851, explícitamente, excluyó la relevancia invalidante del *error iuris*,²⁶ aunque, poco después, el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 seguiría justamente la tesis contraria, reconociendo el error de Derecho como causa de nulidad relativa del contrato.²⁷

²³ Véase, en particular, respecto del error de Derecho en el cobro de lo indebido, el siguiente texto: "E dezimos, que aquel dize que dio, o pago algo a otri por yerro, e como non deuia, es tenuto de lo prouar, por esta razon: porque sospecharon los Sabios antiguos, que ningun ome non es de tan mal recaudo, que quiera dar su auer, pagando a otri, a quien no lo deuiesse. Pero si este que dize que fizo paga a otri como non deuia es Cauallero que buia en servicio del Rey, o de otro gran Señor, trabajandose en fecho de armas, o de Caualleria; o ome simple labrador de la tierra, qui buia fuera en Aldea, e non sabedor del Fuero; o moço menor de catorce años, o muger: qualquier de estos non seria tenuto de probar lo que dize en el caso sobredicho, mas su contenedor que recibió la paga del, deue aueriguar, que aquello que recebió de alguna destas personas sobredichas, por esso le fue pagado, por que gelo deuián verdaderamente. E se esto non pudiesse prouar, deue tornar aquella cosa que le fue pagada, a aquel que gela dio. Ca podemos sospechar, que la recebio como non deuia: porque el Cauallero deue ser mas sabidor de fecho de armas, que de escatimas, nin de rebueltas: e las otras personas que de suso diximos, porque son simples de seso, e per esso erraron, pagando lo que non deuián" (P. 3, XIV,6)

²⁴ Cfr., así, GUTIERREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo cuarto, Madrid, 1784, pp. 33-34, quien afirma que "Si de un contrato proviene algún perjuicio por ignorar los contratantes las disposiciones legales, deben imputarse a sí mismos, pues pudieron consultar e instruirse antes de celebrarlo, y por eso la ignorancia del derecho a nadie excusa, ni favorece, ni tampoco anula lo pactado".

²⁵ La STS 20 febrero 1861, "Jurisprudencia civil", 1861, núm. 52, afirma que "el error de derecho a nadie excusa, ni favorece". En el mismo sentido se pronuncia la STS 8 octubre 1862, "Jurisprudencia civil", 1862, núm. 241, que dice que "a nadie puede aprovechar la ignorancia del Derecho"; la STS 18 diciembre 1867, "Jurisprudencia civil", 1867, núm. 362, según la cual "el error de derecho no anula el contrato, ni vale de excusa"; y STS 10 diciembre de 1873, "Jurisprudencia civil", 1874, núm. 340, que afirma "Que es doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en varias sentencias, que a nadie excusa ni favorece el error de derecho, y que por consiguiente no puede invalidar las obligaciones contraídas por los particulares".

²⁶ El artículo 989 del Proyecto de Código Civil de 1851 decía, en efecto, en su párrafo primero, que "Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho", precisando en su párrafo segundo que "El error de derecho no anula el contrato".

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, reedición de la obra publicada en 1852, Base, Barcelona, 1973, pp. 20-21, era consciente de que el Proyecto se apartaba de su modelo, el Código Civil francés de 1804, cuyo artículo 1110, al consagrar el error como causa de anulabilidad (o nulidad relativa) del contrato, no distinguía entre error de hecho y de Derecho, así como de la posición de la Corte de Casación francesa, que, como observa el autor, tampoco distinguía al tiempo de redacción del Proyecto, entre error de hecho y de Derecho. Sin embargo, el insigne jurista justificaba la negación de la relevancia invalidante del error de Derecho como causa de anulabilidad (o nulidad relativa) en el Derecho Romano e Intermedio, afirmando que "El error ó ignorancia del derecho no excusa, ni aprovecha, porque á nadie es permitido ignorarle".

²⁷ Cfr., así, artículo 1279 del Anteproyecto, párrafo primero.

¿Qué pudo motivar este cambio tan radical, respecto de la posición mantenida en el artículo 989 del Proyecto de Código Civil de 1851, que como quedó dicho, excluyó expresamente la relevancia invalidante del error de Derecho? Quizás la promulgación del Código Civil italiano de 1865, perfectamente conocido en España, el cual consideró el error de Derecho causa de nulidad relativa del contrato.

El Código Civil de 1889, a diferencia de los proyectos que le antecedieron, guardó silencio sobre este punto, limitándose a regular el error, vicio del consentimiento como causa de invalidez contractual, sin distinguir en los artículos 1265 y 1266 entre *error facti* y *error iuris*.

El silencio del legislador fue interpretado, en un primer momento, por la doctrina²⁸ y la jurisprudencia dominante,²⁹ no sin vacilaciones,³⁰ en el sentido de que el error de Derecho carecía de relevancia invalidatoria, apoyándose dicha tesis generalmente en el antiguo artículo 2.1º del Código Civil (correspondiente al primer párrafo del vigente artículo 6.1º), que establecía el clásico principio de *ignorantia legis non excusat*.³¹

²⁸ Cfr., a este respecto, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, *Parte general*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1911, p. 574.

²⁹ La STS 12 febrero 1898, "Jurisprudencia Civil", 1898, núm. 68, dice que "el error, que vicia los contratos y las transacciones en su caso por falta de consentimiento, con arreglo a los artículos 1261, 1265, 1266 y 1817, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, y no sobre el derecho que asiste a las partes, principalmente cuando la diferencia de apreciación sobre este derecho es lo que da lugar al contrato".

La STS 18 enero 1904, "Jurisprudencia civil", 1904, núm. 17, afirma "que no basta cualquier error para viciar el consentimiento, sino tan sólo el de hecho, que además de ser sustancial se derive de actos desconocidos para el obligado, quien por lo mismo queda sometido en otro caso al cumplimiento de la ley que voluntariamente estableció al contratar".

La STS 28 febrero 1920, "Jurisprudencia civil", 1920, núm. 76, desestimó la demanda de anulación, porque la impugnante "no procedió con error de hecho, sino de derecho, al entender que legalmente correspondía a su marido todo lo adjudicado a su heredera".

La STS 27 abril 1921, "Jurisprudencia civil", 1921, núm. 26, declara como doctrina legal del Supremo que "el error que vicia los contratos (...) ha de ser de hecho y no de derecho".

En el mismo sentido se pronuncia la STS 24 marzo 1930, "Jurisprudencia civil", 1930, núm. 78, quien, al resolver el caso litigioso, rechaza claramente la relevancia del error de Derecho invocado, pronunciándose en los siguientes términos: "siempre resultaría que en este supuesto error no concurrirían las características previstas en el artículo 1266 del Código Civil para provocar la nulidad que se pretende, por no haber recaído en la sustancia de la cosa ni en las condiciones de la misma que principalmente dieron motivo al contrato, sino en algunas particularidades referentes a puntos de Derecho".

³⁰ Existen, así, algunas viejas sentencias, que se mostraron favorables a la relevancia invalidante del error de Derecho. Es el caso de la STS 4 abril de 1903, "Jurisprudencia Civil", 1903, núm. 105, que claramente distingue entre la cuestión del deber de cumplimiento de las normas, con independencia de su conocimiento por parte de los ciudadanos, y el de la consideración del error de Derecho como un vicio del consentimiento, que puede dar lugar a la anulación (o nulidad relativa) del contrato. Dice, así: "una cosa es que la ignorancia de ley no favorezca al que la padece, y otra que, contra la realidad misma de las cosas, convierta en vicio de la voluntad lo que es falta de conocimiento o un concepto equivocado".

³¹ Muy certera me parece la crítica de LUNA SERRANO, "Los vicios del consentimiento contractual", en LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, *Teoría general del contrato*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1987, p. 63, quien califica la tesis contraria negar relevancia al error de Derecho, basada en el tenor del antiguo artículo 2 del Código Civil (que consagraba la regla de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento), como expresión de una "interpretación arbitraria de aquella regla", que, además, adolece de "una comprensión poco coherente de su verdadero significado, ya que lo que con el precepto se quiere realmente evitar es que, bajo el pretexto de ignorar las leyes, los particulares puedan eludirlas"; y prosigue: "Ahora bien, en nuestro caso, el que yerra no se propone el eludir la ley, sino que ha dado su consentimiento ignorando su existencia"; y, concluye adhiriéndose a la opinión de que "quien alega el error pretende solamente indicar que ha dado su consentimiento en ignorancia de ley y sus consecuencias e intenta exclusivamente evitar los efectos jurídicos del contrato concluido al sufrir el error".

Sin embargo, la doctrina³² y la jurisprudencia³³ acabarían decantándose claramente por conceder relevancia invalidante al *error iuris*, con el argumento de que el artículo 1265 del Código Civil hablaba de error en general, sin distinguir entre error de hecho y de Derecho, una vez que conceptualmente fueron capaces de contemplar separadamente la cuestión del deber de cumplimiento de las normas, como un efecto de éstas, que se impone a sus destinatarios, con independencia de su efectivo conocimiento por sus destinatarios, y la cuestión de la tutela de la integridad del consentimiento de quien contrata, como consecuencia de padecer un *error iuris*, que vicia gravemente su voluntad.³⁴

Esta opinión favorable a la consideración del error de Derecho como causa de invalidez contractual era generalizada al tiempo de la reforma del Título preliminar del Código Civil, llevada a cabo por el Decreto 1836/1974, de 31 mayo, lo que explica la redacción del vigente artículo 6.1, que consta de dos párrafos, el primero de los cuales recoge la vieja regla de que "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento" (presente en el antiguo artículo 2.1); el segundo párrafo (sin precedentes en la anterior redacción del Código) se

³² El punto de inflexión en la doctrina española a la hora de abordar el problema de la relevancia invalidante del error de Derecho parece marcarlo CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, tomo primero, *Introducción, Parte General, Propiedad, Derechos reales*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1941, p. 137, cuando afirma que "si bien la obligatoriedad de la ley llega a todos, aun a los ignorantes, y la ignorancia no puede ser invocada por éstos para huir de la eficacia de la ley, sí, en cambio, puede alegarse cuando esta ignorancia esté incorporada a un estado de hecho productivo de consecuencias jurídicas" (se refiere, así, a la buena fe del poseedor o del prescribiente y al matrimonio putativo). Más adelante, añade: "La doctrina moderna tiende a suavizar la antigua, admitiendo que la ignorancia o el error de Derecho excusa cuando no está en peligro la inobservancia de la ley. El error, por otra parte, puede impedir la formación de un contrato, produciendo disenso o dando motivo para su anulación, y en estos respectos el Código Civil italiano equipara el error de derecho al de hecho".

³³ Es emblemática, al respecto, la STS 25 mayo 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 498: "el error que vicia el consentimiento con arreglo a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, consistente en el falso conocimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no querida efectivamente, puede derivar de la ignorancia de una norma jurídica en cuanto a su contenido, existencia o permanencia en vigor para el caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a realizar el negocio jurídico concertado como consecuencia de ese desconocimiento, porque el artículo 1265 citado no distingue a estos efectos entre el error de hecho y el de derecho, razón por la cual, y tras algunas vacilaciones, se ha admitido éste como causa invalidatoria del consentimiento".

Afirma la STS 6 abril 1962, "Jurisprudencia Civil", 1962, núm. 327: "la teoría del error de Derecho como vicio del consentimiento y causa de anulabilidad de las obligaciones, que, en un principio fue absolutamente rechazada en estricta aplicación del artículo segundo del Código Civil, viene siendo recientemente elaborada por la doctrina y la jurisprudencia con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que no sólo se exige una prueba plena del efecto jurídico, independientemente de los motivos o intenciones de los contratantes, sino que también requiere que recaiga sobre la esencia y sustancia de lo convenido y que sea excusable, dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo que elude toda idea de generalización, con la subsiguiente aplicación restrictiva".

Expone la STS 14 junio 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 567: el error de Derecho "derivado de la ignorancia del contenido y efectos" de las normas jurídicas encaja en el ámbito del art. 1265 C.C., requiriéndose para su aplicación "la inexcusabilidad por parte de quien lo padece".

³⁴ Un estudio detallado del *error iuris* en la jurisprudencia es el que realiza CARRIÓN OLMOS, "El error de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 177 y ss.

refiere al *error iuris*, para afirmar que “El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.³⁵

Esta redacción del precepto es unánimemente interpretada en el sentido de que el legislador contempla, por fin, el problema del error de Derecho, separadamente de la cuestión del deber de cumplimiento de las normas jurídicas, entendiéndose que, entre los “efectos que las leyes determinen”, hay que entender la anulabilidad (o nulidad relativa) del contrato, en virtud del artículo 1265 del Código Civil,³⁶ siempre, claro está, que en el *error iuris* concurren los requisitos a los que generalmente se subordina la relevancia de todo error en el ordenamiento jurídico español, a saber, su carácter esencial³⁷ (o determi-

³⁵ “En verdad –observa DÍEZ PICAZO, “Nota introductoria”, cit., p. 12– el texto dice, tratando de enfatizar una cierta excepcionalidad del supuesto, que tal error, el de derecho, ‘producirá únicamente aquellos efectos ...’, pero, obviamente, producirá tales efectos”. Y añade: “El error de derecho es, por supuesto, vicio del consentimiento que puede invalidar la voluntad contractual o su declaración, siempre que se den los requisitos del artículo 1266 CC”.

³⁶ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil, I, Introducción y Parte general*, volumen segundo, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, pp. 220-221; BATLLE VÁZQUEZ, “Comentario al artículo 6 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), tomo I, artículos 1 a 41 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1978, pp. 104-105; CABANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario”, cit., p. 686; CARRIÓN OLMOS, “Algunas consideraciones”, cit., p. 696; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo tercero, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª edición a cargo de GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1988, p. 515; DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, tomo primero, *Parte general. Obligaciones y contratos*, 2ª edición, revisada y puesta al día por DE COSSÍO Y MARTÍNEZ Y LEÓN-CASTRO ALONSO, Civitas, Madrid, 1991, pp. 444-446; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, cit., pp. 186-188; ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, volumen tercero, *Obligaciones y contratos*, 4ª edición, Edersa, Madrid, 1975, pp. 374-375; GARCÍA AMIGÓ, “Lecciones de Derecho Civil II, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 161-163; GIL RODRÍGUEZ, “Eficacia”, cit., pp. 82-83; GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario al artículo 6 del Código Civil”; en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH), tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 33-34; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Introducción*, cit., pp. 303-313; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, tomo tercero, *Contratos*, 3ª edición, Trivium, Madrid, 1995, p. 28; LACRUZ BERDEJO, “Efectos”, cit., pp. 230-231, LUNA SERRANO, “Los vicios”, cit., pp. 63-64; MORALES MORENO, “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, volumen primero B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil Edersa, Madrid, 1993, pp. 331-340; PENA RODRÍGUEZ, “El alcance del error de derecho en el artículo 6.1 del Código Civil”, “Revista de Derecho Privado”, 1995, p. 1111; PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, volumen segundo, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 192; TORRALBA SORIANO, *Lecciones de Derecho civil*, volumen segundo, PPU, Barcelona, 1984, pp. 542-543, VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Vicios en los elementos del contrato”, en BLASCO GASCÓ, CAPILLA RONCERO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRIÁS y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 384.

³⁷ El requisito de la esencialidad del error aparece pergeñado en los dos primeros párrafos del artículo 1266 del Código Civil, cuando respectivamente afirman que “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”; y, así mismo, que “El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo”.

La jurisprudencia aprecia el requisito de la esencialidad en sentido eminentemente subjetivo, valorando si la concreta persona que padeció el error le atribuyó un carácter decisivo en orden a la prestación de su consentimiento.

Expone la STS 14 Junio 1943, “Jurisprudencia Civil”, 1943, núm. 48, que “el Código español, más que cualquiera otro, da relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse, en

nante de la prestación del consentimiento, de quien lo padece³⁸) y su carácter excusable, requisito este último que ha sido creado por la jurisprudencia³⁹ para frenar la inseguridad jurídica, a la que podría dar lugar un exceso de demandas de anulación, permitiéndose, así, la invalidación del contrato, exclusivamente,

el art. 1266, a las condiciones de la cosa "que principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato", bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto".

Precisa la STS 30 septiembre 1963, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1963, núm. 3958, que "el error anulador ha de recaer sobre las cualidades o condiciones de la cosa contratada que constituyan la causa principal o determinante del negocio, y por ello el mero error sobre los motivos que decidieran a las partes a contratar no produce efecto alguno".

La misma idea reitera la STS 14 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 92, según la cual la esencialidad del error debe entenderse en el sentido de que "la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo"

³⁸ ALONSO PÉREZ, "Anotaciones" a la obra de PIETROBON, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 648, perfila perfectamente el requisito de la esencialidad respecto del error de Derecho, en los siguientes términos: "Si los contratantes conocen defectuosamente la norma jurídica emitiendo una declaración de voluntad que de haberla conocido adecuadamente no la hubieran hecho, estaríamos ante un supuesto de error esencial, al representarse equivocadamente una realidad jurídica lo suficientemente relevante como para determinar el consentimiento".

³⁹ El artículo 1266 del Código Civil no exige la excusabilidad del error, sino exclusivamente su carácter esencial o determinante del consentimiento de los contratantes.

Sin embargo, es reiterada doctrina jurisprudencial la de que, "para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable" (STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121). De modo que "un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él para anular la declaración" (STS 14 junio 1943, "Jurisprudencia Civil", 1943, núm. 48). En el mismo sentido la STS 12 noviembre 2004 afirma que "para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de un error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada".

Surge, pues, la siguiente pregunta: ¿Por qué la legislación española no exige el requisito de la excusabilidad?

Cabe pensar en que el artículo 1266 del Código Civil no exige la excusabilidad del error, porque tampoco la exigió el artículo 1110 del *Code Napoléon*, de influencia decisiva en la redacción del artículo 1266 del Código Civil español.

Pero cabe preguntarse por qué tanto el Código Civil francés como el español no subordinan la relevancia del error a su evitabilidad mediante el uso de una regular diligencia.

En mi opinión, la ausencia del requisito de la excusabilidad halla una explicación coherente en el marco de un Derecho contractual que exalta el consentimiento como elemento básico o factor desencadenante de los efectos jurídicos del contrato. Desde esta perspectiva los contratantes sólo pueden quedar obligados en virtud de un acto de voluntad en el que concurren las notas de "realidad" e "integridad". De modo que, en ausencia de una verdadera voluntad o concurriendo una voluntad viciada, las partes no quedarán vinculadas: el contrato, en definitiva, será inválido.

En suma, desde la perspectiva del Código Civil, el error invalidante es ("solamente, pero siempre") el error esencial o determinante de la prestación del consentimiento *ad contractum*, esto es, el recayente sobre la causa impulsiva de la celebración del contrato.

Partiendo de esta premisa, resulta perfectamente lógica la ausencia del requisito de la excusabilidad en nuestra legislación, ya que la solución contraria implicaría una desviación del principio de tutela del consentimiento, conforme al cual todo error esencial, sea o no excusable, vicia (o excluye) la voluntad y, en consecuencia, debe reconocerse a quien lo padece el derecho a impugnar la validez del contrato. Explicada la ausencia del requisito de la excusabilidad en el Código Civil, queda todavía por clarificar la razón por la que el Tribunal Supremo, apartándose en este punto del tenor del artículo 1266 del Código Civil, ha exigido, en cambio, dicho requisito.

Por de pronto, no parece desmesurado afirmar que la regulación del Código Civil en el punto que

nos ocupa adolece de una visión parcial del error: éste se contempla como un problema de tutela del consentimiento de una sola de las partes contratantes (la que se equivoca), sin prestar la atención adecuada a los restantes intereses implicados en los juicios de validez negocial deducidos "ex" artículo 1266 del Código Civil.

Ante todo, existe, así, un interés social a la segura y rápida circulación de la riqueza.

La tipificación legal del error relevante compromete el interés social a la segura y rápida circulación de la riqueza, en la medida en que faculta para impugnar la validez del negocio, siempre que el declarante hubiera errado sobre aquellas cualidades de la cosa objeto del contrato o de la persona del otro contratante, que, en el caso concreto, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento *ad contractum*.

Que existe un interés social a la segura circulación de la riqueza es algo que no requiere mayor explicación. Un contrato válido es un elemento generador de riqueza, mientras que un contrato inválido no opera ningún incremento de bienestar en términos económicos. La razón es obvia: declarada la invalidez de un contrato, tendrá lugar la recíproca restitución de las prestaciones, de modo que cada uno de los contratantes tendrá que revolver aquello que hubiera recibido en virtud del contrato impugnado.

Por añadidura, el régimen jurídico del error previsto en el artículo 1266 del Código Civil produce consecuencias contrarias al interés social a la rápida circulación de la riqueza, desde el momento en que el riesgo de que la validez del contrato sea impugnada en virtud de un error oculto del declarante puede actuar como un factor disuasorio de la celebración de los negocios o, al menos, como un factor que retarde o encarezca la conclusión de los mismos, obligándose al destinatario que quiera obtener una certeza razonable respecto de la validez del contrato a investigar concienzudamente el proceso de formación de la voluntad de la otra parte (asegurándose de que ésta no padece un error esencial oculto).

Pero además, en el juicio de validez del contrato, aparecen implicados dos intereses privados contrapuestos: de un lado, el interés del declarante a la tutela de su consentimiento, inexistente o imperfectamente formado (y, por ende, a la impugnación de la validez del contrato concluido por error); de otro, el interés del destinatario que confió en la corrección de la declaración a la conservación del negocio (y al mantenimiento de sus efectos jurídicos).

Una adecuada regulación del error no puede dejar de contemplar y armonizar ambos intereses en conflicto. El contrato es un negocio jurídico bilateral en el que el consentimiento se constituye por la concurrencia de dos voluntades negociales, recíprocamente manifestadas por sendas declaraciones de carácter recepticio. Ello motiva la necesidad de tener en cuenta la confianza que la declaración de quien pretende impugnar la validez del contrato hubiera provocado en la parte contraria, ya que ésta deberá sufrir las consecuencias resultantes de la impugnación, viéndose privada de la posibilidad de obtener la prestación esperada o debiendo proceder a la restitución de la misma, según que el contrato se hubiera, o no, consumado. Puede, en definitiva, afirmarse que es exigencia de la buena fe proteger, en alguna medida, las expectativas que la declaración hubiera podido suscitar en quien la recibió conforme a su valor habitual en el tráfico jurídico.

Es, pues, razonable que la jurisprudencia sintiera la necesidad de restringir, de algún modo, el alcance del artículo 1266 del Código Civil, buscando una fórmula que permitiera armonizar todos los intereses en juego. Con tal fin exigió el requisito de la excusabilidad, circunscribiendo la relevancia invalidante del error a los casos en que quien lo padece no hubiera podido evitarlo mediante el uso de una diligencia regular o media.

El recurso al principio de responsabilidad permite a la jurisprudencia afirmar que la ineficacia del contrato no puede ser invocada "por la parte misma que es culpable de haberla producido" (STS 23 mayo 1935, "Jurisprudencia Civil", 1935, núm. 44) y, por ende, aplicar "el criterio de la imputabilidad del error a quien lo alega" (STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121), restringiendo, así, el alcance del artículo 1266 del Código Civil. Quien incurre en un error inexcusable no merece la protección del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, pierde el derecho a impugnar el contrato, aun cuando éste tuviera origen en una voluntad gravemente viciada.

Según la STS 21 junio 1978, "Jurisprudencia Civil", 1978, núm. 244, "El error sobre ser esencial y determinante de la declaración de voluntad, habrá de resultar inexcusable a pesar de que el Código Civil no lo establezca, a diferencia de lo que ocurre en algún ordenamiento del derecho foral (Compilación de Navarra, Ley 19, segundo), pues se entiende que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica a las que responde la máxima *vigilantibus et non errantibus iura succurrunt*. De donde se desprende que la aplicación del principio de responsabilidad aparece ligado a "la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible" (STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121).

cuando quien padece el error (de hecho o de Derecho) no hubiera podido evitarlo mediante el uso de una diligencia regular o media,⁴⁰ lo que se debe apreciar en atención a sus concretas circunstancias personales, como su profesión,⁴¹ edad

⁴⁰ En la actualidad, la tesis de que la excusabilidad es un requisito al que se supedita la relevancia invalidante del error es incuestionable en la jurisprudencia. Cfr. en tal sentido, entre otras sentencias, las siguientes: STS 14 junio 1943, "Jurisprudencia Civil", 1943, núm. 48; STS 9 marzo 1951, "Jurisprudencia Civil", 1951, núm. 88; STS 6 junio 1953, "Jurisprudencia Civil", 1953, núm. 208; STS 16 diciembre 1953, "Jurisprudencia Civil", 1953, núm. 44; STS 30 marzo 1955, "Jurisprudencia Civil", 1955, núm. 139; STS 5 marzo 1962, "Jurisprudencia Civil", 1962, núm. 211; STS 6 abril 1962, "Jurisprudencia Civil", 1962, núm. 327; STS 26 febrero 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 192; STS 25 mayo 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 498; STS 14 junio 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 567; STS 11 marzo 1964, "Jurisprudencia Civil", 1964, núm. 233; STS 23 marzo 1966, "Jurisprudencia Civil", 1966, núm. 217; STS 11 diciembre 1967, "Jurisprudencia Civil", 1967, núm. 759; STS 8 junio 1968, "Jurisprudencia Civil", 1968, núm. 458; STS 28 febrero 1974, "Jurisprudencia Civil", 1974, núm. 100; STS 7 abril 1976, "Jurisprudencia Civil", 1976, núm. 90; STS 15 febrero 1977, "Jurisprudencia Civil", 1977, núm. 55; STS 18 abril 1978, "Jurisprudencia Civil", 1978, núm. 135; STS 21 junio 1978, "Jurisprudencia Civil", 1978, núm. 244; STS 29 diciembre 1978, "Jurisprudencia Civil", 1978, núm. 448; STS 7 julio 1981, "Jurisprudencia Civil", 1981, núm. 318; STS 9 octubre 1981, "Jurisprudencia Civil", 1981, núm. 359; STS 4 enero 1982, "Jurisprudencia Civil", 1982, núm. 5; STS 27 mayo 1982, "Jurisprudencia Civil", 1982, núm. 254; STS 12 junio 1982, "Jurisprudencia Civil", 1982, núm. 286; STS 4 diciembre 1985, "Jurisprudencia Civil", 1985, núm. 733; STS 17 mayo 1988, "Jurisprudencia Civil", 1988, núm. 408; STS 27 marzo 1989, "Jurisprudencia Civil", 1989, núm. 261; STS 4 diciembre 1990, "Jurisprudencia Civil", 1990, núm. 757; STS 30 mayo 1991, "Jurisprudencia Civil", 1991, núm. 413; STS 30 diciembre 1991, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1991, núm. 9610; STS 14 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 92; STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121; STS 29 marzo 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 285, p. 1519; STS 14 julio 1995, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1995, núm. 6010; STS 28 septiembre 1996, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1996, núm. 6820; STS 21 mayo 1997, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1997, núm. 4235; STS 23 octubre 1997, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1997, núm. 7181; STS 6 febrero 1998, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1998, núm. 408; STS 23 julio 1998, "Actualidad Civil", 1998, núm. 1195, fundamento de Derecho tercero; STS 30 septiembre 1999, "Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia", 1999, núm. 7003).

⁴¹ En general, los tribunales prestan gran atención a la profesión del *errans*, en orden a apreciar la excusabilidad de su error, de modo que "es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto" (STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121).

Puede, pues, afirmarse que la circunstancia de que el declarante sea un profano constituye un indicio de excusabilidad (siempre que contrate con un experto), mientras que su condición de profesional es, en cambio, un claro indicio de la inexcusabilidad de su error. Lo que resulta perfectamente lógico: la condición de profesional del sector económico en el que el contrato impugnado se inserta, presupone un nivel de información (o la posibilidad de obtenerlo), del que carecen los profanos, razón por la cual se hace menos disculpable la omisión del deber de evitar la originación de causas de invalidez contractual imputables a la propia negligencia de quien las alega.

Son numerosas, en efecto, las sentencias que imponen un mayor nivel de diligencia cuando "quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio" (STS 15 enero 1910, "Jurisprudencia Civil", 1910, núm. 12; STS 14 junio 1943, "Jurisprudencia Civil", 1943, núm. 48).

Existen bastantes fallos al respecto, en particular, a propósito de supuestos de error de Derecho. La STS 6 abril 1962, "Jurisprudencia Civil", 1962, núm. 327, consideró inexcusable el error invocado por los concesionarios de unos permisos de investigación minera, los cuales pretendían la anulación de los contratos, en los que habían pactado en favor de los propietarios de las tierras donde radicaban las minas una indemnización (por los perjuicios causados a causa la explotación del mineral) mayor a la prevista por la legislación especial aplicable al caso. Se invocaba, pues, un error de Derecho, consistente en la ignorancia del contenido del art. 18 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944. El Tribunal Supremo casó la sentencia de segunda instancia, que había anulado los referidos contratos, al apreciar la existencia del *error iuris* invocado por los concesionarios. El Supremo consideró indudable que no cabía "admitir la existencia del error, ni aun cuando existiera podría calificarse como sustancial, ni como excusable", lo que dedujo, entre otras circunstancias, de que uno de los concesionarios había actuado en los tratos preliminares y en el momento de la conclusión del negocio por medio de un

o formación intelectual,⁴² así como teniendo en cuenta otras circunstancias extrínsecas a la persona que padeció el yerro, como, por ejemplo, el hecho de

representante, dedicado "profesionalmente a la explotación de minas con una larga y copiosa experiencia en la materia". Por lo tanto, hay que ponderar los conocimientos técnicos que pudiera tener el *errans* (o su representante) en el sector económico, al que el objeto del negocio impugnado venga referido: la circunstancia de que el declarante sea un profano constituye un indicio de excusabilidad (siempre que contrate con un experto), mientras que su condición de profesional es, en cambio, un claro indicio de la inexcusabilidad de su error.

La STS 14 junio 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 567, reputó inexcusable el error de un profesional del periodismo que pretendía la anulación de un contrato de cesión de acciones de la sociedad propietaria de la revista-semanario donde trabajaba. Alegaba el recurrente haber contratado desconociendo la normativa entonces vigente, la cual imponía la necesidad de solicitar renovaciones semestrales de la licencia de publicaciones, y, así mismo, la de comunicar a la Dirección General de Prensa los cambios acaecidos en la propiedad y dirección de las revistas; todo ello, so pena de caducidad de la licencia. El Supremo no acogió dicha pretensión, dado que la falta de petición de renovación de la licencia de publicaciones se había producido "durante el último período de vida del semanario, época en la que por haber sido administrado exclusivamente por el recurrente, le hace imputable de ella y le impide esgrimirlo en cuanto pueda favorecerle". Y, respecto a la caducidad provocada por la falta de notificación de los cambios de propiedad de la revista, observa que se trataría de un error de Derecho, que, si bien encajaría en el ámbito del artículo 1265, requeriría para su aplicación la excusabilidad por parte de quien lo padece, "que opera en atención a las condiciones subjetivas de las personas que intervienen en los negocios jurídicos, y que no puede existir en el supuesto que aquí se contempla, al dedicarse el recurrente al periodismo y haber administrado durante varios meses esa revista".

La STS 18 abril 1978, "Jurisprudencia Civil", 1978, núm. 244, se pronunció en favor de la inexcusabilidad del error, consistente en la ignorancia, por parte del comprador (constructor de profesión), de que el inmueble adquirido se hallaba afectado por un Plan General de Ordenación Urbana que obligaba a destinar gran parte del mismo a zona verde. Dice el Supremo: "el error que sea posible evitar con el empleo de una mediana diligencia no puede ser invocado con éxito por quien haya incurrido en él, para anular su declaración de voluntad, y menos si se trata de persona perita y conocedora de la finalidad que se pretende conseguir a través del contrato".

La STS 17 mayo 1988, "Jurisprudencia Civil", 1988, núm. 408, desestimó el recurso interpuesto por una entidad vendedora, que alegaba error en el consentimiento, aduciendo desconocer la incompatibilidad de dos cláusulas del contrato. La cláusula segunda establecía como medio de pago del precio aplazado de un apartamento el trabajo realizado en el estudio-taller de cerámica del comprador. La cláusula tercera permitía a la entidad vendedora gestionar de entidades de crédito la concesión de un préstamo hipotecario sobre el apartamento por el importe de un precio aplazado. El Tribunal Supremo consideró inexcusable el error de la entidad vendedora, que dada su dedicación profesional al negocio de venta de apartamentos debía de saber que el establecimiento de la cláusula segunda hacía imposible la aplicación simultánea de la cláusula tercera.

"La diligencia exigible es, por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto" (STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121).

La STS 14 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 92, contempló un supuesto de error, consistente en la falsa creencia, por parte del adquirente de un traspaso, de que podría dedicar el local traspasado a la actividad de "bar", habiendo después comprobado que los transmitentes carecían de licencia municipal para el ejercicio de dicha actividad, y que, además, el Ayuntamiento no la autorizaba. El Supremo consideró excusable el error padecido por el adquirente del traspaso, pues "éste, que era pintor de brocha gorda de profesión, celebró el contrato en la confianza de que existía licencia municipal para el ejercicio de la actividad de bar, cuando los transmitentes del traspaso la venían ejerciendo ostensiblemente y, además, el establecimiento ostentaba el rótulo de "Bar Grand Prix".

⁴² La SAP Granada 22 abril 1995, "Aranzadi Civil", 1995, núm. 616, contempló un supuesto de error de Derecho, en el que había incurrido una arrendataria (de avanzada edad y analfabeta), la cual había sido inducida por el propietario a celebrar un contrato de arrendamiento de vivienda, en sustitución de otro, de fecha más antigua, que gozaba del beneficio de la prórroga legal forzosa. Por el contrario, el nuevo contrato no otorgaba dicho beneficio al arrendatario, al estar sujeto, en cuanto a su duración, al Real Decreto 2/1985, de 30 abril. La Audiencia consideró que la voluntad de la arrendataria estaba viciada por error "al no darse cuenta del alcance jurídico que tiene el nuevo contrato para ella, excusable en este caso por su baja formación intelectual".



que se hubiera contratado, con o sin intervención de letrado, lo que puede resultar especialmente relevante para enjuiciar la excusabilidad de un error de Derecho.⁴³

VI. El error de Derecho en la jurisprudencia española actual

Ha quedado expuesto que la jurisprudencia española, si bien admite la relevancia invalidante del error de Derecho, la supedita a su carácter excusable, procediendo, así, de igual manera que a propósito del error de hecho.

¿Cuál es el criterio de discriminación de la excusabilidad del error de Derecho?

En este punto han de distinguirse dos planos: el teórico y el práctico.

A nivel teórico, en la jurisprudencia es claro que el criterio de discriminación de la excusabilidad del error de Derecho es el mismo que el del error de hecho, a saber, el de la diligencia regular o media. Por lo tanto, puede afirmarse que el *error iuris*, como el *error facti*, es inexcusable, cuando el declarante pudo haberlo evitado mediante el uso de una diligencia ordinaria. Dice, así, la STS 27 mayo 1982⁴⁴ que el error que vicia el consentimiento "en la normativa que sancionan los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, puede derivar tanto de la ignorancia del error de hecho como del error de Derecho, dado que dichos preceptos no distinguen a estos efectos"; se precisa, sin embargo, que tal error sea excusable, "a causa de que el error podido evitar con una normal diligencia no puede ser invocado por el que alegue haber incurrido en él". El recurso al parámetro de la diligencia regular o media como criterio

⁴³ Los Tribunales prestan gran importancia al hecho de haber contratado el declarante con asesoramiento jurídico e intervención de letrados (STS 16 diciembre 1953 "Jurisprudencia Civil", 1953, núm. 441; STS 6 abril 1962, "Jurisprudencia Civil", 1962, núm. 327; STS 4 diciembre 1985, "Jurisprudencia Civil", 1985, núm. 733; STS 30 mayo 1991, "Jurisprudencia Civil", 1991, núm. 413), lo que es considerado un clarísimo indicio de inexcusabilidad, en relación con el error de Derecho.

La STS 25 mayo 1963, "Jurisprudencia Civil", 1963, núm. 498, consideró inexcusable el error del propietario, consistente en la equivocada creencia, por parte del propietario, de que, por imperativo del art. 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, debía respetar un derecho de retorno extinguido por caducidad; como consecuencia de lo cual, había reconocido al arrendatario el derecho a instalarse en el nuevo local. El Tribunal Supremo consideró que, de existir tal error, se trataría de un error de Derecho "que al producirse con la intervención de un letrado resulta inexcusable".

La STS 4 diciembre 1990, "Jurisprudencia Civil", 1990, núm. 757, contempló un supuesto error de Derecho, invocado por dos ciudadanos extranjeros, al objeto de obtener la anulación de un contrato de arrendamiento con opción de compra. Alegaban los recurrentes que "no se enteraron de lo que firmaron por desconocer totalmente el idioma español y por supuesto la legislación española". El Supremo consideró inexcusable tal error haciendo especial hincapié en que en la celebración del contrato había intervenido un letrado: "Se acreditó (...) el asesoramiento de un abogado, y no se probó que el recurrente no tuviese oportunidad y tiempo suficiente para hacerse traducir fielmente los términos del contrato".

⁴⁴ STS 27 mayo 1982, "Jurisprudencia Civil", 1982, núm. 254.

de discriminación de la excusabilidad del error de Derecho aparece también claramente en la STS 4 diciembre 1990,⁴⁵ que afirma que “No se puede alegar error si se hubiese podido evitar con una normal diligencia”, así como en la STS 11 mayo 1998, que considera inexcusable el error de Derecho, que “pudo ser desvanecido con una normal diligencia”.⁴⁶

Empero basta examinar los fallos del Tribunal Supremo recaídos a propósito del *error iuris* para llegar a la conclusión de que nuestra jurisprudencia se muestra más restrictiva al apreciar la excusabilidad del error de Derecho que la del error de hecho. P. ej., en la STS 4 diciembre 1990⁴⁷ se expone que el error de Derecho “ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que no sólo se exige una prueba del error jurídico, independientemente de los motivos o intenciones de los contratantes, sino que también requiere que recaiga sobre la esencia o sustancia de lo convenido, lo que elude toda idea de generalización, con la subsiguiente aplicación restrictiva”. Y la STS 30 mayo 1991⁴⁸ insiste en la idea de que el error de Derecho es un concepto que elude toda idea de generalización y ha de aplicarse restrictivamente: “su aplicación se hará con extraordinaria cautela y con carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y exacto cumplimiento de lo pactado”, considerando inexcusable el *error iuris* invocado, porque quien lo alegaba había estado “debidamente asesorado desde un punto de vista jurídico”.

Las escasas sentencias que han estimado una pretensión de anulación (o de nulidad relativa) del contrato por *error iuris* han tenido lugar, en la mayor parte de los casos, a propósito de errores relativos a la calificación o situación urbanística de inmuebles. E inexorablemente era imputable al destinatario un comportamiento contrario a la buena fe, por violación de los deberes precontractuales de información, al no haber hecho patente al declarante el error en que estaba incurrido (reticencia antijurídica).

Se silencia que el inmueble vendido “estaba afectado por las alineaciones del plano vigente de la zona de ensanche de la población para ser segregado y convertido en vía pública, podía ser expropiado” (STS 6 junio 1953⁴⁹). Se oculta la existencia de una expropiación forzosa, que afectaba a un veinte por ciento de la extensión total del solar adquirido (STS 20 enero 1964⁵⁰). No se advierte que el local vendido no se podía destinar a supermercado, ya que, siendo aquél un semisótano, según la normativa vigente, no podía ser destinado a local co-

⁴⁵ STS 4 diciembre 1990, “Jurisprudencia Civil”, 1990, núm. 757.

⁴⁶ STS 11 mayo 1998, “Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia”, 1998, núm. 3711.

⁴⁷ STS 4 diciembre 1990, “Jurisprudencia Civil”, 1990, núm. 757.

⁴⁸ STS 30 mayo 1991, “Jurisprudencia Civil”, 1991, núm. 413.

⁴⁹ STS 6 junio 1953, “Jurisprudencia Civil”, 1953, núm. 208.

⁵⁰ STS 20 enero 1964, “Jurisprudencia Civil”, 1964, núm. 35.

mercial, sino, solamente, a almacén, cuando en la planta baja se despachara al público (STS 18 febrero 1994⁵¹). No se da noticia, a quien compra un inmueble con la finalidad de la construcción o edificación inmediata en el mismo de una nave industrial, de la imposibilidad de alcanzar dicha finalidad, por no reunir el inmueble la condición urbanística de solar que el vendedor le había dado tanto en la escritura pública como en los tratos anteriores habidos entre las partes (STS 28 septiembre 1996⁵²). Se calla la circunstancia de que la finca adquirida con el propósito de construir en ella una vivienda había sido declarada "Espacio Natural Protegido", por lo que sobre ella no podían ser realizadas construcciones, cuyo uso fuera el de vivienda o habitación, sino, exclusivamente, pequeñas obras complementarias del aprovechamiento agrícola del suelo, previa autorización administrativa (SAP Tenerife 24 febrero 1995⁵³).

Cabe plantearse si el mayor rigor con que procede la jurisprudencia en el juicio de excusabilidad del error de Derecho tiene una justificación consistente.

A mi entender, separadas conceptualmente las cuestiones del deber de observancia de las leyes (con independencia de su efectivo conocimiento por parte de sus destinatarios) y la de la admisibilidad del error de Derecho como vicio de la voluntad que opera en el estricto plano de la tutela del consentimiento de los contratantes (orientado, pues, a obtener la anulación de un negocio jurídico, y no a eludir el cumplimiento de mandatos imperativos contenidos en las leyes), tiene escasa justificación apreciar con mayor rigor la conducta de quien incurre en un error de Derecho, respecto a la de quien incurre en uno de hecho.

Dejando aparte los casos de error sobre calificación urbanística de los predios, donde la jurisprudencia es muy proclive a estimar la pretensión anulatoria del contrato, creo que el Tribunal Supremo no ha podido sustraerse totalmente al recelo con que la tradición jurídica ha contemplado el error de Derecho. Ciertamente, ha admitido la posibilidad de incardinarlo en el artículo 1266 del Código Civil, pero, simultáneamente, se muestra extraordinariamente riguroso al enjuiciar la diligencia desplegada por el *errans* en orden a su evitación. Lo que, en definitiva, me parece fruto de un prejuicio, consistente en considerar que el *error iuris* es menos excusable que el *error facti*.⁵⁴

⁵¹ STS 18 febrero 1994, "Jurisprudencia Civil", 1994, núm. 121.

⁵² STS 28 septiembre 1996, "Repertorio Jurisprudencia Aranzadi", 1996, núm. 6820.

⁵³ SAP Tenerife 24 febrero 1995, "Revista General de Derecho", 1995/14328.

⁵⁴ Este prejuicio aparece también en ciertos autores de la talla de LACRUZ BERDEJO, "Efectos", cit., p. 230, quien, tras afirmar que "siendo 'excusable' el error de derecho es tan relevante como el de hecho", sin embargo, realiza una precisión, que, a mi juicio, sólo puede entenderse como un resquicio del antiguo prejuicio contra la admisión de la relevancia invalidante del error de Derecho. Dice así: "Claro que la 'excusabilidad' del desconocimiento de la norma sería siempre más difícil de demostrar" [que la excusabilidad del desconocimiento de un hecho].

Hablo de prejuicio, porque en los tiempos actuales no me parece que pueda afirmarse apriorísticamente que el error de Derecho sea, *per se*, más inexcusable que el error de hecho, desde la consideración de que es más fácil desvanecer un error consistente en un defectuoso conocimiento de una norma jurídica que el atinente a una realidad de hecho. Máxime, si se tiene en cuenta que el *error iuris* podrá recaer no sólo sobre la existencia o contenido de una ley *stricto sensu*, sino también sobre la de un precepto reglamentario o de una costumbre; como también sobre la interpretación o aplicabilidad al caso concreto de una norma jurídica e, incluso, sobre la constitucionalidad de la misma.⁵⁵

En definitiva, pienso que debiera abandonarse la vieja idea de que el error de Derecho es, por definición, menos excusable que el de hecho, procediéndose a una apreciación "in concreto" de la diligencia desplegada por el *errans*. Examen que deberá realizarse, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos enjuiciados, tal y como, por lo demás, hace el Tribunal Supremo, respecto del error de hecho.

⁵⁵ PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 449.

La cesión de contrato en el derecho colombiano*

Fabricio Mantilla Espinosa

DEA Derecho Privado General (París II)

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA



*"Cuando arrancas la tela del paraguas, ¿el paraguas sigue siendo un paraguas? Abres los radios, te los pones en la cabeza, caminas bajo la lluvia, y te empapas. [...] A menos que podamos comenzar a incorporar la noción de cambio a las palabras que usamos, continuaremos estando perdidos"****

La cesión de contrato del Código de Comercio colombiano (arts. 887 a 893)¹ constituye, sin lugar a dudas, un importante desarrollo de las nociones de *contrato*, como institución social encaminada a reglamentar intercambios económicos, y de *vínculo obligacional*, como valor patrimonial. Desde tiempos de los romanos hasta nuestros días, las distintas nociones jurídicas se han ido adaptando a las nuevas necesidades sociales y económicas, las cuales suelen ser el motor principal de las transformaciones conceptuales que permiten la concordancia y el entendimiento entre los miembros de una comunidad.

A diferencia del derecho moderno, el derecho romano primitivo no entendía los correlativos "derecho" y "obligación" bajo la perspectiva de las prescripciones emitidas por una autoridad competente, destinadas a dirigir la conducta de

* Este ensayo fue elaborado con base en el artículo, del mismo autor, intitulado "La cesión de contrato", el cual será publicado en el libro colectivo *Los contratos en el derecho privado*, de la Universidad del Rosario.

Todas las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Agradezco especialmente a mis amigos Bruno Caprile Biermann, por sus valiosos aportes y correcciones, que no sólo se limitaron al derecho chileno, Carlos Mario Molina Betancur, Fernando Castillo Mayorga y Francisco Ternera Barrios, por la lectura previa de este ensayo y por sus siempre acertadas sugerencias.

** Auster, Paul. *Ciudad de cristal. La trilogía de Nueva York*. Ed. Anagrama, Barcelona, 2004, p. 88.

¹ El actual Código de Comercio colombiano (Decreto ley 410 de 1971) reemplazó al Código de Comercio Terrestre chileno, el cual había sido adoptado en el Estado de Panamá en 1869 y declarado Código de la República de Colombia por la Ley 57 de 1887 artículo 1.

unos agentes², sino, más bien, como vínculos invisibles que unían a personas determinadas y que se establecían mediante fórmulas y rituales de origen místico –*acta, gesta*.³

El desarrollo comercial de la sociedad romana acentuó la necesidad de los acreedores de poderse servir de sus créditos antes del vencimiento de los plazos; sin embargo, el principio romano era la incesibilidad de los vínculos obligacionales.⁴ Para responder a esta necesidad económica, sin traicionar la noción de obligación como vínculo entre dos personas específicas,⁵ la práctica romana ideó diferentes mecanismos, por ejemplo, la novación por cambio de acreedor y la *procuratio in rem suam* –una especie de mandato para el cobro–. Sin embargo, ninguno de éstos permitió la transferencia del mismo vínculo obligacional –con todas sus garantías– mediante el acuerdo entre transferente y adquirente.⁶

El abandono del rigor formalista facilitó la implementación de la cesión de créditos,⁷ la cual fue consagrada como un contrato específico en el Código de Bello (arts. 1959 a 1966 C.C. col. y 1901 a 1908 C.C. ch.).⁸ La utilidad económica de este mecanismo jurídico es innegable: mediante un contrato entre Pedro y Juan, el primero se obliga a transferir al segundo el derecho de crédito

² Véase: Mendonça, Daniel. *Las claves del derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 45 y 46.

³ “El más primitivo acto creador de derecho del derecho romano, *per aes et libram*, se nos presenta llanamente en forma de un acto mágico, rodeado de fórmulas y ritos, cuyo efecto era el establecer un nexo, real aunque invisible, por el cual la cosa o persona obligada se sometía al dominio jurídico del receptor del derecho”. Ross, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 240.

Consúltense, en el mismo sentido: Olivecrona, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1999, pp. 35 a 45., Pattaro, Enrico. *Elementos para una teoría del derecho*. Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 180 a 182., y Gazzaniga, Jean-Louis. *Introduction historique au droit des obligations*. Ed. PUF, Paris, 1992, pp. 117 a 136.

⁴ Limitaré mis comentarios a los casos de *transmisión de créditos a título particular*, puesto que las *transmisiones a título universal* fueron aceptadas tempranamente por los romanos, a través de la ficción de la continuación de la persona del difunto, por parte del heredero. Véase: Gaudemet, Jean. *Droit privé romain*. Ed. Montchrestien, Paris, 1998, pp. 143 a 153.

⁵ “La obligación (al menos la obligación contractual) no podía nacer a la vida jurídica sin un intercambio de palabras sacramentales entre el acreedor y el deudor. Para obligar a una de estas partes originarias frente a un tercero, era necesario entonces un nuevo intercambio de fórmulas solemnes, lo cual engendraba una nueva obligación, diferente de la anterior, mientras que la transmisión de una obligación supone su permanencia”. François, Jérôme. *Droit civil. Les obligations. Régime général*. Ed. Économica, Paris, p. 285.

⁶ Véase: Gaudemet, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965, pp. 449 a 453.

⁷ Sobre la evolución de los distintos mecanismos para transferir créditos, consúltense: Larroumet, Christian. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé. Thèse pour le doctorat en droit*. Bordeaux, 1968, polycopiée, pp. 27 a 55.

⁸ El Código de Bello, a diferencia del Código Civil francés, no incluye la cesión de créditos como un Capítulo dentro del Título correspondiente a la compraventa, lo cual presenta dos grandes ventajas: en primer lugar, evita las confusiones entre la *propiedad* sobre una cosa corporal y la *titularidad* de un derecho de crédito, y, en segundo lugar, resulta muy versátil, ya que, al no exigir como contraprestación un precio en dinero, permite no sólo la modalidad a título gratuito, sino también el pago mediante transferencia de un derecho real, de un derecho personal, de una propiedad intelectual, etc.

que tiene frente a Carlos. La obligación de transferir la posición de acreedor del patrimonio de Pedro al patrimonio de Juan nace de la mera convención (arts. 1959 C.C. col. y 1901 C.C. ch.). Se trata entonces del mismo derecho de crédito, con todos sus accesorios –fianzas, privilegios, hipotecas– y susceptible de ser atacado por las mismas excepciones reales –como la nulidad por objeto ilícito o la resolución del contrato de donde deriva el crédito–, pero no por las excepciones personales del cedente (arts. 1964 C.C. col. y 1906 C.C. ch.). Esto se conoce en la doctrina con el nombre de *sucesión del crédito a título particular*. Sin embargo, la transferencia del crédito mediante convención entre cedente y cesionario no excluye la protección de los intereses del deudor cedido. En efecto, a pesar de que en virtud de la ejecución del contrato de cesión el acreedor de Carlos ya no es Pedro, sino Juan, la ley, por medio de una *ficción*,⁹ le permite al deudor efectuar un pago válido –y así extinguir su deuda– en manos de su antiguo acreedor –Pedro–, siempre y cuando no le hayan notificado el contrato de cesión (arts. 1960, 1961 C.C. col. y 1902, 1903 C.C. ch.). A Carlos, como tercero respecto del contrato de cesión, éste sólo le es oponible a partir de su notificación.¹⁰

Ahora bien, si se permite la circulación del vínculo obligacional desde el lado activo, la cesión de crédito, ¿qué decir de su circulación desde el lado pasivo, la cesión de deuda? “Derecho” y “deuda” son correlativos necesarios y hacen referencia a una misma relación: no hay acreedor sin deudor, así como no hay tío sin sobrino, ni marido sin mujer. Si Fulano tiene una deuda frente a Zutano, esto significa que al primero le está prohibido incumplir y que al segundo le está permitido exigirle el cumplimiento, es decir, Zutano tiene un derecho frente a Fulano (arts. 666 C.C. col. y 578 C.C. ch.).¹¹ Si el *crédito* y la *deuda* son las dos caras de una misma moneda, ¿por qué el Código Civil reglamenta la cesión del primero pero no de la segunda?¹²

⁹ “[...] [L]as ficciones legales son recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente previstas. La función básica de las ficciones es establecer que, en ciertos casos, determinadas cuestiones deben ser tratadas, mediante asimilación, según las reglas previstas para otras cuestiones”. Mendonça, Daniel. *Estudio preliminar*. In Kelsen, Hans, Fuller, Lon y Ross, Alf. *Ficciones jurídicas*. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 2003, p. 17.

¹⁰ C.S.J. Cas. Civ. 24/02/1975. M.P. José María Esguerra Samper. G.J. CLI. No. 2392, pp. 49 y 50., C.S.J. Cas. Civ. 12/09/1950. M.P. Pedro Castillo Pineda. G.J. LXVIII, pp. 61 y 62., y C.S.J. Cas. Civ. 31/07/1941. M.P. Isaías Cepeda. G.J. LII, pp. 6 y 7.

¹¹ Consúltese al respecto: Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997, pp. 45 a 50, y Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Ed. UNAM, México, 1998, p. 39.

¹² Tanto el B.C.B. (§ 414 a 419), como el Código Suizo de las Obligaciones (arts. 175 a 183) establecen diferentes modalidades de cesión de deudas. El primero la consagra a través de una convención entre el deudor cedente y el cesionario, sin embargo, aquella sólo produce efectos desde la adhesión del acreedor cedido –su aceptación opera de forma retroactiva–. El segundo la reglamenta mediante dos convenciones: una entre el deudor cedente y el cesionario, y la otra entre el cesionario y el acreedor cedido. Una explicación detallada de estos dos sistemas en: Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*. Ed. Économica, Paris, 1984, pp. 44 a 60.

Estos interrogantes suelen recibir una respuesta como la siguiente: *generalmente el cambio de acreedor se le puede imponer a un deudor, sin que esto afecte mucho su relación jurídica; pero pretender imponerle al acreedor un cambio de deudor sí afecta sustancialmente la relación, puesto que aquél escogió a éste en razón de su solvencia y de de la confianza en el pago, condiciones que, perfectamente, puede no cumplir la persona que pretende reemplazarlo en la calidad de deudor.*

Esta explicación no excluye, empero, la cesión de deuda. En efecto, a pesar de la importancia de la persona del deudor, su reemplazo no implica un cambio de obligación. El derecho de crédito se satisface, en principio, con la ejecución de la prestación, poco importa si el deudor era Mengano o Perencejo. La cesión de deuda no afecta en sí a la prestación.¹³ La cesión de deuda sólo implica: la vinculación de un nuevo deudor y la liberación del antiguo (i), la *sucesión a título particular* de la deuda –el reemplazo en el mismo vínculo, con todas las garantías y las excepciones reales– (ii) y la obtención de estos dos resultados mediante convención entre cedente y cesionario, pero salvaguardando los intereses del acreedor cedido (iii).¹⁴

La pregunta es entonces: ¿cómo conseguir estos efectos y, al mismo tiempo, salvaguardar los intereses del acreedor cedido? La respuesta que dio Eugène Gaudemet hace casi cien años es simple y contundente: el contrato de cesión de deuda se celebra entre cedente y cesionario, y el acreedor cedido no es más que un tercero a quien no le será oponible sino mediante su aceptación.¹⁵ Por el momento me conformaré con esta explicación; cuando emprenda el análisis de la cesión de contrato, tendré oportunidad de profundizar un poco al respecto.

Como podemos ver, la expresión “vínculo obligacional”, hoy en día, ya no parece designar una relación de “derecho” y “obligación” entre dos personas específicas, sino, más bien, una relación que determina un valor patrimonial –un activo para el acreedor y un pasivo para el deudor–, independiente de las características de las personas de sus titulares.¹⁶ El vínculo obligacional es, entonces, caracterizado por su objeto apreciable en dinero: la prestación, la cual es, en principio, susceptible de enajenación, como cualquier bien que se encuentra dentro del comercio.¹⁷

¹³ Consúltase: Saleilles, Raymond. *Étude 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. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1925, pp. 73 y 74.

¹⁴ Véase: Gaudemet, Eugène. Op. cit., p. 476.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Véase, en el mismo sentido: Larroumet, Christian. *Les obligations. Le contrat*. Ed. Economica, Paris, 2003, pp. 25 a 27.

¹⁷ Larroumet, Christian. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*. p. 30.

En el derecho chileno, es importante consultar: Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pp. 849 a 958., Figueroa Yáñez, Gonzalo. *El patrimonio*. Ed. Jurídica de Chile, 1991, pp. 196 a 243.

De igual manera, el vocablo "contrato", en la actualidad, no parece hacer referencia a ese acuerdo de voluntades rígido y estático que se impone de forma absoluta a las partes y al juez, y que permanece inamovible frente a los cambios de la situación económica que regula. Actualmente, la institución denominada "contrato" ha ganado en flexibilidad y, por ende, en adaptabilidad y resistencia.¹⁸

Explico mi afirmación: el Código de Bello (arts. 1495 C.C. col y 1438 C.C. ch.) parece asimilar las nociones de contrato y obligación,¹⁹ utilizando la definición de ésta para dar cuenta de aquél.²⁰ Al parecer, don Andrés Bello se sirvió de la palabra "contrato" para designar un instrumento de intercambios puntuales, estructurado sobre el modelo de la compraventa. Así las cosas, en la teoría general del contrato del Código Civil, el contrato como institución juega un papel secundario respecto de las obligaciones que éste implica, aun en el supuesto de los contratos de ejecución sucesiva –que, por cierto, no son objeto de ninguna disposición específica en la teoría general–, los cuales son normalmente analizados como una sucesión de obligaciones en el tiempo. "Instantáneamente formado e instantáneamente seguido de efectos jurídicos, el contrato sólo existe por la obligación que de él nace".²¹

Ahora bien, los grandes cambios en la estructura socioeconómica –el creciente desarrollo de la sociedad industrial– han determinado grandes modificaciones de la *noción de contrato*. El contrato en la sociedad moderna parece adecuarse más a la idea de instrumento de previsión, de estrategia, de organización y de planificación de la empresa, es decir, de regulación dentro de un lapso de tiempo: el contrato de larga duración (¿y qué decir de los famosos contratos marco?²²).

Dentro de esta perspectiva, la tendencia actual de los sistemas jurídicos se encuentra orientada hacia la preservación del contrato como instrumento de regulación de relaciones económicas que se extienden en el tiempo. Así, por

¹⁸ Consúltese al respecto: Thibierge-Guelfucci, Catherine. "Libres propos sur la transformation du droit des contrats". RTD civ., 2, Paris, 1997, pp. 357 a 385; Jestaz, Philippe. "Les sources du droit: le déplacement du pôle à un autre". RTD civ., 2, Paris, 1996, pp. 299 a 312; Mousseron, Jean Marc. "La gestion des risques par le contrat". RTD civ., 3, Paris, 1998, pp. 481 a 487.

¹⁹ Sobre la ambigüedad de la palabra "contrato", véase: Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. cit., p. 37.

²⁰ De igual manera, la disposición del Código Civil que enumera las condiciones de formación del contrato al abrigo de una acción de nulidad (arts. 1502 C.C. col. y 1445 C.C. ch.) parece partir de la noción de *obligación*, como vínculo jurídico, antes que de la noción de *contrato*, como institución que implica vínculos jurídicos.

Consúltese un brillante análisis al respecto en: Rengifo Gardeazábal, Mauricio. "Contratos, hechos y normas". In Ternera Barrios, Francisco, y Mantilla Espinosa, Fabricio. *Los contratos en el derecho privado*. Próxima publicación, Universidad del Rosario.

²¹ Aynès, Laurent. Op. cit., p. 11.

²² Por contrato marco debemos entender un "[a]cuerdo de base destinado a regir de forma global, durante un tiempo determinado, las relaciones jurídicas de sus partes, estableciendo las condiciones esenciales de los contratos que éstas celebrarán en el futuro, con respecto a un objeto determinado, de tal suerte que estos contratos constituyan, dentro del marco determinado, las aplicaciones del acuerdo original". Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris, Ed. PUF, 1997, sixième édition, p. 208.

ejemplo, en caso de ciertas irregularidades en el periodo de formación, se ha extendido el campo de aplicación de la llamada “nulidad parcial” –sanción de cláusulas consideradas no escritas– en detrimento de la aplicación de la “nulidad total” de la convención;²³ se ha consagrado la *teoría de la imprevisión* como mecanismo legal de adaptación de la convención, en caso de modificaciones sobrevinientes y anormales de índole económica;²⁴ y se ha reglamentado la *cesión de contrato* como una alternativa para preservar la convención en el evento en que una de las partes desee sustraerse de la relación económica que ésta regula. “[...] [L]a cesión de contrato no se propone tanto transferir el derecho y/o la deuda contractuales, sino asegurar la continuación del contrato a pesar del cambio de una de las partes”.²⁵

En este orden de ideas, la cesión de contrato permitiría alcanzar dos grandes objetivos: la estabilidad y la flexibilidad. “La estabilidad es una necesidad imperiosa; de ella depende el éxito o el fracaso del acto de previsión que es el contrato. [...] Pero nuestra época es aquella de la movilidad. [...] La movilidad se identifica con el azar económico de la empresa: la coyuntura internacional o nacional es cambiante [...]”.²⁶

“Movilidad y estabilidad son altamente antinómicas: éstas dan lugar a un conflicto de intereses entre la parte que no puede seguir ejecutando, al menos *in*

²³ Véase, por ejemplo, en el Código de Comercio colombiano:

Art. 902. “La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Art. 903. “En los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto”.

Art. 904. “El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato”.

Consúltese también: arts. 992, 1031, 1162, 1244 C.Co. col., 103 de la Ley 222 de 1995 y 15 de la Ley 550 de 1999.

Véase, además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el control de cláusulas abusivas: T- 375 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes, T- 307 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández y SU- 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁴ Art. 868. C.Co. col. “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevisas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Sobre la teoría de la imprevisión, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio. “La influencia del *Code Civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano”. In *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección derecho privado II. Ed. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho, Santiago, 2005, p. 84, y Rodière, René, et Tallon, Denis. *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles. Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun*. Ed. Pédone, Paris, 1986.

²⁵ Aynès, Laurent. Op. cit., p. 11.

²⁶ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

natura, y su contratante, cuyo acto de previsión se arruinó [...]. La cesión de contrato introduce la flexibilidad, salvaguardando la estabilidad”.²⁷

La cesión de contrato no puede analizarse como una simple cesión de créditos y deudas, aquélla implica una sucesión a título particular de los vínculos jurídicos propios de la posición contractual cedida, es decir, la sucesión del cedente por el cesionario en su calidad de contratante, con todas las consecuencias que de esto se desprenden: cesiones de créditos, cesiones de deudas y de potestades y sujeciones propias de la calidad de contratante, como son la posibilidad de ejercer las acciones de resolución del contrato y de nulidad relativa, de solicitar al juez la revisión de la convención, de renovar o prorrogar el contrato, de pedir la declaratoria de cláusulas abusivas, de hacer valer una eventual cláusula compromisoria, etc.²⁸ Éste parece ser el modelo de cesión de contrato adoptado, por regla general, por el Código de Comercio colombiano de 1971 (arts. 887 a 893).

La cesión de contrato del derecho colombiano permitiría, entonces, un equilibrio entre los intereses de las personas que se encuentran involucradas –a títulos distintos– en la operación económica: el cedente, el cesionario y los terceros. Este equilibrio se puede entender aun mejor si identificamos claramente dos situaciones que se presentan dentro de la operación económica de cesión: “[...] en la cesión de deuda o de contrato, no hay que confundir la entrada del nuevo deudor en el vínculo obligacional preexistente y la salida del antiguo. El nuevo puede entrar sin que el antiguo salga”.²⁹ Dentro de esta óptica, analizaremos, por un lado, la entrada del cesionario (I) y, por el otro, la salida del cedente (II).

I. La entrada del cesionario: la sucesión a título particular

En este breve ensayo me ocuparé exclusivamente del régimen general de la cesión de contrato consagrado en los artículos 887 a 893 del Código de Comercio colombiano, y dejaré de lado las disposiciones que reglamentan regímenes especiales, como, por ejemplo, la cesión del contrato de arrendamiento, por parte del arrendatario (arts. 2004 C.C. col. y 1946 C.C. ch.), y por el arrendador (arts. 2020, 2023 C.C. col. y 1962, 1965 C.C. ch.), la cesión de contratos de la sociedad disuelta a la sociedad absorbente, o a la nueva sociedad, en el caso de fusiones (art. 172 C.Co. col.), la cesión legal de contratos, en la hipótesis de la enajenación

²⁷ Ídem.

²⁸ Sobre la transmisión de la cláusula compromisoria, consúltese: Mayer, Pierre. “La “circulation” des conventions d’arbitrage”. *JDI Clunet*. N° 2, Paris, 2005, pp. 251 a 262., y Mathieu-Bouyssou, Marie-Élisabeth. “La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance”. *JCP*, N° 11, 1116, Paris, pp. 433 a 438.

²⁹ Larroumet, Christian. “La cession de contrat: une régression du droit français?”. *Mélanges offertes à Michel Cabrillac*. Paris, Ed. Juris Classeur, Litec, p. 160.

de un establecimiento de comercio (art. 516 N^{os} 5 y 7 C.Co. col.) y la cesión del contrato de arrendamiento de local comercial (art. 523 inc. 3^o C.Co. col.).

Mediante la expresión “entrada del cesionario” haré referencia a la *sucesión del cedente por el cesionario en su calidad de contratante*, es decir, al reemplazo de una persona por otra en todos los vínculos jurídicos a que da lugar la convención. Esto también es denominado mediante otra expresión: “la circulación del contrato en el mercado”, la cual designa exactamente a la misma situación, pero refiriéndose a ella desde el punto de vista del objeto –el contrato– y no desde la perspectiva de los sujetos –los contratantes–. Ahora bien, con respecto a la sucesión en la posición contractual, haré referencia brevemente a sus condiciones (A), para luego analizar de forma somera sus principales efectos (B).

A. Condiciones

A pesar de que la cesión de contrato es un régimen contractual particular, el legislador mercantil colombiano no ubicó las normas que la regulan en la parte del Código de Comercio correspondiente a los regímenes particulares (Libro Cuarto, Título II), sino que, por el contrario, decidió incluirlas dentro la teoría general del contrato mercantil (Libro Cuarto, Título I, Capítulo VI). Esto pone de relieve la consagración de una nueva *noción de contrato* como mecanismo de regulación y conservación de la actividad económica, es decir, como instrumento de previsión y planificación susceptible de circular en el mercado.

Aclarado lo anterior, podemos comenzar nuestro análisis de las normas que reglamentan las condiciones de la sucesión contractual:

887 C.Co. *“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

894 C.Co. *“La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquélla se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación [...]”.*

Con base en el texto de estas dos disposiciones, estudiaremos, en primer lugar, la cesibilidad del contrato (1), en segundo lugar, la convención entre el cedente y el cesionario (2) y, finalmente, la notificación de la cesión (3).

A.1. La cesibilidad del contrato

El artículo 887 del Código de Comercio colombiano consagra, como regla general, la cesibilidad de los contratos mercantiles, lo cual significa que, salvo disposición en contrario, la calidad de parte en un contrato es susceptible de transferirse de una persona a otra.³⁰ Ahora, este mismo texto legal establece las limitaciones a dicha cesibilidad, a saber: cuando se pacten cláusulas que limiten o excluyan la cesión (a), en el caso de contratos de ejecución instantánea cuyas obligaciones ya han sido ejecutadas en forma sustancial (b), y en el evento de que el contrato sea *intuitu personae* (c).

a. El principio en el derecho colombiano es que las partes pueden establecer la normativa del contrato con total libertad, siempre y cuando esto no vaya en contra del orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C. col.).³¹ La incesibilidad convencional de un contrato,³² en principio, no parece atentar contra intereses de orden superior del Estado colombiano; además, el texto mismo del artículo 887 del Código de Comercio la autoriza, y la jurisprudencia aprueba expresamente estas cláusulas tan comunes en la práctica.³³ Así las cosas, las cláusulas de incesibilidad son perfectamente válidas, salvo que, en determinadas condiciones particulares, llegasen a ser consideradas “abusivas”, de acuerdo con los parámetros establecidos vía jurisprudencial.³⁴

b. La cesión de un contrato de ejecución instantánea cuyas obligaciones ya han sido ejecutadas en forma sustancial³⁵ no cumple con la función económica conferida por el legislador al contrato de cesión. En efecto, si la operación económica regulada por la convención se realiza en un solo instante, después de obtenido este resultado –normalmente, en el momento de la ejecución de obligaciones esenciales (art. 1501 C.C.)–, ceder el contrato no presenta, en

³⁰ Véase: Mazeaud, Denis. Note in Cour de Cassation, 6 mai 1997, Répertoire de notariat Défrénois. Paris, 1997, Première partie, Doctrine et jurisprudence, Art. 36632, pp. 980 a 981.

³¹ “[...] [E]l orden público reposa sobre una *jerarquía de valores*; y muestra que, dentro de un sistema jurídico, existe un orden de valor superior que se encuentra fuera del alcance de las convenciones particulares, en el caso del orden público interno, o de las normas extranjeras, en el caso del orden público internacional”. Terré, François; Simler, Philippe, et Lequette, Yves. *Droit civil. Les obligations*. Ed. Dalloz, Paris, 1996, p. 295.

³² Consúltense al respecto: Aynès, Laurent. “Les clauses de circulation du contrat”. In *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix Marseille. Institut de droit des affaires. Marseille, 1990, pp. 131 a 139.

³³ Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 25/11/1993. M.P. Alberto Ospina Botero. G.J. No. 2461, pp. 263 a 265.

³⁴ Consúltense las sentencias de la Corte Constitucional T- 375 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes, T- 307 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández y SU- 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara.

Véase también: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”. In *Responsabilidad civil y del Estado* N° 9 septiembre de 2000, pp. 41 a 92; y Mantilla Espinosa, Fabricio, y Oñate Acosta, Tatiana. *Técnica de redacción de contratos*. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá / Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 90 a 95.

³⁵ Cuando las obligaciones contractuales han sido ejecutadas en su totalidad, se extinguen en virtud del pago (arts. 1625 N° 1 C.C. col. y 1567 N° 1 C.C. ch.) y, normalmente, implican la extinción del contrato. Así, pues, en esta hipótesis, simplemente no habría contrato alguno para ceder.

principio, ninguna utilidad. “En todos los casos, si el efecto principal del contrato es obtenido en un instante, aquél es privado de su ‘valor instrumental’ y, por ende, la cesión se encuentra desprovista de todo interés”.³⁶

c. En el caso de los contratos *intuitu personae*,³⁷ la cesibilidad de la convención se encuentra sujeta a una *autorización* por parte del contratante cedido,³⁸ sin que esto implique que la voluntad de este último sea necesaria para la formación del consentimiento en el contrato de cesión. Explico mi afirmación: el contratante cedido no es parte en el contrato de cesión y, por ende, su *autorización* no lo hace titular de ninguna obligación, ni de ningún derecho de crédito.³⁹ La *autorización* tiene por único efecto el de conferirle la calidad de cesible a un contrato que en principio no la tenía.⁴⁰

Estas autorizaciones de un tercero para volver cesibles vínculos jurídicos no son desconocidas por nuestro sistema; las encontramos, por ejemplo, en el caso de ciertas enajenaciones de bienes afectados al patrimonio de familia, en las cuales el titular del derecho sobre el bien requiere la *autorización* del cónyuge o de los hijos, según sea el caso, para poder disponer de aquél (art. 23 Ley 70 de 1931). Igualmente, en materia de sociedades, la transferencia de partes de interés de una sociedad colectiva requiere la autorización mediante el voto unánime de todos los socios (art. 316 C.Co. col.). Finalmente, ésta parece haber sido la solución adoptada en el Código de Bello para la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, la cual requiere la *autorización* del arrendador cedido (arts. 2004 C.C. col. y 1946 C.C. ch.).⁴¹

³⁶ Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*. p. 191.

³⁷ Mediante la expresión “contrato *intuitu personae*” se suele designar aquella convención cuya celebración y ejecución dependen de las características de la persona de una –o más– de las partes. Los distintos efectos jurídicos de la calificación de un contrato como *intuitu personae* están determinados, en gran medida, por el grado de importancia –intensidad– de las características personales de los contratantes, y varían de un contrato a otro. Véanse, por ejemplo, los artículos 1512, 2004, 2056, 2062, 2066, 2190, 2193 y 2194 del Código Civil (arts. 1455, 1946, 2005, 2009, 2164, 2167 y 2168 C.C. ch.).

Consúltese al respecto: Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*, pp. 231 a 262, y Houtcieff, Dimitri. “Contribution à l’étude de l’*intuitu personae*. Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution”. RTD civ., 1, 2003, pp. 3 a 29.

³⁸ Esta misma solución fue consagrada –en mi opinión, sin justificación alguna– para la cesión del contrato de arrendamiento de local comercial, por parte del arrendatario (art. 523 inc. 3º C.Co. col.), cuando no se encuentra comprendida dentro del establecimiento de comercio que se enajena (art. 516 N° 5 y 7 C.Co. col.).

³⁹ Sobre la noción de parte, consúltese: Aubert, Jean-Luc. “A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers”. RTD civ., Paris, 2, 1993, pp. 263 a 278, y Guelfucci-Thibierge, Catherine. “De l’élargissement de la notion de partie au contrat... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif”. RTD civ., Paris, 2, 1994, pp. 275 a 285.

⁴⁰ Al respecto, recomendamos consultar: Aynès, Laurent. *La cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé*. Recueil Dalloz. Chr. Paris, 2, 1998, pp. 25 y 26.

⁴¹ Sobre la autorización de un tercero para volver cesible un contrato, véase: C.S.J. Cas. Civ. 25/11/1993. M.P. Alberto Ospina Botero. G.J. N° 2461, pp. 264 y 265.

También son muy comunes en la práctica las cláusulas que limitan la cesión, condicionándola a la aprobación del cesionario, por parte del contratante cedido, éstas son conocidas con el nombre de “cláusulas de *agreement*”. Sobre las particularidades de su régimen jurídico, consúltese: Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*, pp. 255 a 265.



A.2. La convención entre cedente y cesionario

La cesión de contrato es un contrato que sólo crea vínculos jurídicos entre cedente y cesionario y, por consiguiente, sólo se requiere la voluntad de estos dos para su perfeccionamiento. "La convención de cesión es un contrato traslativo en el cual sólo son partes el cedente y el cesionario. Es sólo entre éstos que el contrato produce sus efectos nuevos. Porque la cesión no crea derechos u obligaciones de los cuales el cedido no fuera ya titular, en virtud del contrato inicial, sus efectos respecto de aquél se limitan a la oponibilidad de la convención de cesión. Toda convención –particularmente de transferencia de derechos y obligaciones preexistentes– es por naturaleza oponible a terceros; y cuando esta oponibilidad es susceptible de afectarlos, se encuentra sujeta a ciertas condiciones de publicidad; jamás al consentimiento del tercero interesado [...]. Así las cosas, la convención de cesión no es un contrato entre tres personas".⁴² Al respecto nuestro tribunal supremo sostiene:

"De conformidad con el inciso 1° del artículo 887 del Código de Comercio, la validez de la cesión de un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución. Por supuesto, que una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre cedente y cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, éstos sólo se producen 'desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888' [...]"⁴³

Ahora bien, el artículo 888 del Código de Comercio determina la forma del contrato de cesión.⁴⁴ Recordemos antes que un contrato es *consensual* cuando existe una libertad de medios de exteriorización del consentimiento y *solemne* cuando los medios de exteriorización son determinados por el legislador de forma imperativa, lo cual puede obedecer a razones de distinta índole.⁴⁵

⁴² Aynès, Laurent. *La cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé*. p. 26.

⁴³ C.S.J. Cas. Civ. 4/04/2001 M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5628, pp. 34 y 35.

Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 22/05/1995. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J. CCXXXIV, No. 2473, p. 916.

⁴⁴ Art. 888. "La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.

Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula 'a la orden' u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato".

⁴⁵ Sobre el formalismo, consúltese: Flour, Jacques. "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme". In *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*. Études offertes à Georges Ripert. Tome I. Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 93 a 114, y Couturier, Gérard. "Les finalités et les sanctions du formalisme". Répertoire de notariat Défrénois. Le formalisme. Journées Jacques Flour. Paris, 2000, Première partie, Doctrine et jurisprudence, pp. 880 a 896.

El inciso primero de la citada disposición establece un *paralelismo formal* entre el contrato cedido y el contrato de cesión. Por consiguiente, si el primero consta por escrito, el segundo debe realizarse también de esta manera para que sea válido, y si, por el contrario, aquél se realizó verbalmente, la cesión puede celebrarse válidamente por cualesquiera medios.

El inciso segundo establece una excepción: le confirió a las partes de la cesión la potestad de realizarla mediante escrito privado, con previa autenticación de la firma del cedente, cuando el contrato cedido conste en escritura pública, y sancionó la falta de autenticación de la firma mediante su inoponibilidad a terceros, y no a través de la nulidad del contrato.

El inciso tercero consagra la famosa “cesión de contrato mediante endoso”.⁴⁶ Ahora, es importante aclarar de entrada que ni el contrato es un título valor, ni esta variedad de cesión es un verdadero endoso. En efecto, un título valor es un título negociable que da lugar al pago de una suma de dinero y que, por un lado, atribuye un *carácter abstracto* a la obligación del deudor, independiente de la causa del acto jurídico que dio origen a la creación del título y, por otro lado, confiere un *derecho directo* a cada tenedor del título, independiente de las relaciones que existieron entre el deudor y los tenedores precedentes (arts. 619 a 821 C.Co. col.).⁴⁷ Por el contrario, el contrato objeto de la cesión es un *acto jurídico causado* –como es la regla general en el derecho colombiano– y no abstracto (arts. 1524 C.C. col. y 1467 C.C. ch.),⁴⁸ y las nuevas personas que entren a ocupar la posición de contratantes, en virtud de cesiones, reciben de su cedente unos *derechos y obligaciones derivados*, que pasaron primero por el patrimonio de aquél y que por ende les traspasan también las mismas excepciones, salvo las personales del causante.

Así las cosas, hablar de un “endoso” del contrato resulta contradictorio, ya que el endoso es la forma de transferencia de los títulos valores. En mi opinión, la norma en cuestión consagra simplemente una variedad de cesión con formas simplificadas, mal denominada por el legislador mediante la palabra “endoso”.⁴⁹

⁴⁶ Esta disposición, al parecer, se inspira de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1047 del Código Civil italiano.

⁴⁷ Una clara y concisa explicación sobre los distintos vínculos jurídicos que implican los títulos valores en: Larroumet, Christian. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, pp. 560 a 581.

⁴⁸ Los *actos jurídicos abstractos* no requieren, como requisito de validez, ni la existencia, ni la licitud de la causa. Sin embargo, en ciertos casos, el legislador consagra, a título de excepción, ciertas causales que permiten atacar el *acto abstracto* por razones que obedecen a su causa, como es el caso de la procedencia de las excepciones a la acción cambiaria derivadas del acto de creación o transmisión del título, cuando el demandante no es tenedor de buena fe exenta de culpa (art. 784 N° 12 C.Co. col.).

⁴⁹ Consúltese un muy interesante análisis en el mismo sentido en: Ramírez Baquero, Edgar. “La cesión del contrato mediante endoso”. Revista *Temas Jurídicos* 7. Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, pp. 132 a 139.

Adicionalmente, el artículo 889 establece una excepción a las formalidades exigidas en el artículo 888: para los contratos de suministro, el contrato de cesión es siempre consensual.

A.3. La notificación de la cesión

Como ya lo vimos, la cesión de contrato implica cesión de los créditos contractuales y, por consiguiente, el artículo 892 del estatuto mercantil exige su notificación al contratante cedido para que aquélla le sea oponible.⁵⁰

La notificación de la cesión tiene un doble objetivo: por un lado, impedir el pago válido por parte del cedido al cedente y, por otro lado, poner en conocimiento de los acreedores y causahabientes a título particular del cedente la salida de este activo de su patrimonio. En este sentido se encuentra orientada la posición de nuestra jurisprudencia:

“[...] [A]ntes de la notificación o aceptación del deudor, sólo se le considera [al cesionario] como dueño respecto del cedente y no respecto del deudor y de terceros. En consecuencia, podrá el deudor pagar al cedente o embargarse el crédito por acreedores del cedente, mientras no se surta la notificación o aceptación de la cesión por parte del deudor [...]”.⁵¹

Ahora bien, teniendo en cuenta la doble finalidad de la notificación, cabe preguntarse si el sistema colombiano que exige simplemente que el cedido sea informado de la cesión es idóneo para alcanzar estos dos objetivos.

En lo que respecta al cedido, la respuesta es a todas luces afirmativa: si se puso en su conocimiento que su nuevo acreedor es el cesionario, ya no podrá pagar válidamente al cedente.⁵²

En lo que respecta a los acreedores del cedente, la simple comunicación de la cesión al cesionario no parece un mecanismo idóneo para proteger los intereses de estos terceros.

En mi opinión, el legislador debió haber consagrado, para este fin, un verdadero mecanismo de publicidad, como es la exigencia de un acto auténtico

⁵⁰ Adicionalmente, la jurisprudencia establece la aplicación, vía analogía, de las disposiciones correspondientes a la cesión de créditos en caso de lagunas normativas en materia de cesión de contratos. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 25/11/1993. M.P. Alberto Ospina Botero. G.J. No. 2461, pp. 258.

⁵¹ C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1941. M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J. LI, p. 256.

⁵² En este orden de ideas, si el cedido ha tenido conocimiento del contrato de cesión, éste le es oponible así no se le haya notificado. Esta conclusión parece inferirse de la lectura de ciertos fallos de nuestra Corte Suprema. Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 31/07/1941. M.P. Isaías Cepeda. G.J. LII, p. 6., y C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1941. M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J. LI, p. 256.

en el cual conste la fecha del contrato de cesión, y, de esta forma, prevenir posibles fraudes.⁵³

En cuanto a los causahabientes a título particular del cedente, nuestra Corte Suprema sostiene:

"[...] [L]a ley no fija plazo para hacer la notificación al deudor y tal notificación sirve para dar una fecha cierta a la cesión, en relación con el cambio de acreedor, tanto respecto del deudor como de terceros. De lo dicho resulta que en el caso de que el cedente haya cedido el crédito a dos o más personas, produce efecto respecto del deudor y de terceros la cesión que se notifique primero al deudor cedido".⁵⁴

Para terminar, es importante precisar que la lectura del inciso tercero del artículo 888 –cesión de contrato mediante endoso– junto con la del inciso segundo del artículo 893 parecen sugerir que en este caso no es necesario notificar la cesión al contratante cedido, lo cual, en mi opinión, resultaría muy perjudicial para este último, ya que lo privaría de la posibilidad de pagar válidamente al cedente, en la hipótesis en que ignorara el contrato de cesión. Hasta el momento no tengo conocimiento de jurisprudencia nacional sobre este punto de vital importancia.

B. Efectos

Como ya lo hemos visto, la cesión de contrato no es una simple cesión de créditos acompañada de una cesión de deudas, sino una verdadera sucesión del cesionario al cedente, en la calidad de contratante, lo cual implica un reemplazo en todos los vínculos jurídicos que se derivan de la calidad de parte –sin que esto conlleve una extinción de los vínculos originales–, es decir, una *sucesión en la posición contractual a título particular*.

⁵³ En el derecho chileno, la fecha de un documento privado es inoponible a terceros (art. 1703 C.C. ch.); empero, esto no parece afectar la oponibilidad de la notificación de la cesión, ya que tanto la notificación judicial –exigida por el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil–, como la notificación por ministro de fe (que bien podría ser notarial) –consagrada en el artículo 162 del Código de Comercio– tienen fecha cierta. Ahora, la posibilidad de fraudes a los acreedores cabría en el caso de la aceptación del deudor cedido, la cual no requiere formalidades específicas y bien podría antedatarse; sin embargo, valdría la pena preguntarse si aquella no sería inoponible a los terceros acreedores del acreedor cedente, precisamente, por la falta de una fecha cierta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1703 del Código Civil.

En el derecho colombiano, la comunicación privada de la cesión, en principio, sería oponible a terceros, de acuerdo con la interpretación *a contrario* del texto del artículo 1766 inciso 1º del Código Civil ("*Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros*") y con lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: "*Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros.*

Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos".

Ahora, si bien es cierto que el contratante cedido no es parte en el contrato de cesión –ni su voluntad es necesaria para la formación del contrato, ni tampoco nacen derechos y obligaciones en su patrimonio, en virtud del contrato de cesión–, no podemos olvidar que, como consecuencia de la cesión, el cesionario lo tendrá como parte en la convención objeto de la cesión. Así las cosas, desde la perspectiva del cedido, esta convención estaría dividida en dos etapas: una primera etapa, en donde su contratante era Fulano –el cedente–, y una segunda etapa, en donde su contratante es Mengano –el cesionario.

El objetivo de la cesión de contrato, como tipo contractual, es permitir la continuación de una operación económica aun cuando una de las partes no puede o no está interesada en continuarla ella misma. La convención de cesión tiene por efecto la *sucesión* en la calidad de contratante en lo que respecta a los vínculos jurídicos hacia el futuro, y no la *sustitución* contractual con efectos retroactivos.⁵⁵

Aclarado lo anterior, podemos analizar brevemente una situación particular que resulta, en mi opinión, muy interesante. Recreémosla con un ejemplo:

Fulano y Zutano celebraron un contrato de suministro, perfectamente válido, en virtud del cual el primero se obliga para con el segundo a hacerle remesas mensuales –traslaticias de dominio– de 10 especies de la cosa X, como contra-prestación por el pago de un precio en dinero contra cada remesa.

Después de unos meses, Fulano decide retirarse del comercio y celebra una cesión del contrato de suministro con Mengano. Este último asume la posición contractual de suministrador y envía la remesa correspondiente al mes siguiente a Zutano. Sin embargo, Zutano se queja de incumplimientos en el envío de las remesas cuando Fulano era su contratante. ¿Podría el cedido –Zutano– resolver el contrato frente al cesionario –Mengano–, por incumplimientos del cedente –Fulano–, anteriores al contrato de cesión (arts. 870 C.Co. col., 1546 C.C. col. y 1489 C.C. ch.)?

⁵⁵ Distinta es la hipótesis de los contratos celebrados para otro, en los cuales existen dos posibilidades: o bien el intermediario que celebró el contrato era mandatario con representación del tercero y, por ende, se entiende que el mandante fue siempre parte del contrato celebrado por su mandatario por su cuenta y a su nombre (i), o bien el intermediario no tenía tal calidad y, por consiguiente, el tercero sólo podría devenir parte en el contrato celebrado por aquél, a través de una ratificación que operaría con efectos retroactivos y, mediante una *ficción*, se entendería que el ratificante siempre fue parte en dicho contrato (ii) (art. 1266 inc. 2º C.Co. col.). Dejo por fuera de nuestra hipótesis los casos de aplicación de la *teoría de la apariencia*, en los cuales la situación jurídica es muy similar a la de nuestra primera posibilidad. Véanse los artículos 2199 del Código Civil (art. 2173 C.C. ch.) y 640, 838, 842, 1335 y 1336 del Código de Comercio.

Consúltese al respecto: Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*. pp. 125 a 145.

Si la cesión de contrato implica la transferencia de todos los vínculos jurídicos (art. 896 C.Co. col.),⁵⁶ ¿por qué habríamos de privar al contratante cedido de su potestad de resolver el contrato por incumplimientos por parte de su contratante –poco importa que ahora se trate de otra persona?

Antes de responder a estas preguntas, es importante aclarar que los contratos se celebran para ser cumplidos, y que la resolución es una figura que permite al contratante que no ha incumplido ponerle fin a la convención sólo cuando la otra parte haya incurrido en inexecuciones graves.⁵⁷ Ahora bien, en los contratos a ejecución sucesiva, la *gravedad* del incumplimiento no sólo se debe apreciar respecto de la frustración efectivamente sufrida por el acreedor insatisfecho, sino, además, tomando en consideración las posibilidades de que el contrato siga cumpliendo con su objetivo económico en el futuro. Es decir, el juez debe entrar a apreciar si, dadas las circunstancias particulares, estos incumplimientos se seguirán presentando aun después de la cesión del contrato. Como, por ejemplo, en el caso en que la inexecución se deba a defectos de fabricación de la cosa suministrada, defectos que se seguirían presentando independientemente del hecho que el suministrador sea Fulano o Mengano.

Es precisamente en este orden de ideas que está orientada la norma que regula la resolución del contrato de suministro (art. 973 inc. 1° C.Co. col.):⁵⁸ *“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”*.

⁵⁶ Sobre la transferencia de las potestades y sujeciones propias de la calidad de contratante, encontramos jurisprudencia muy reveladora en materia de cesión de créditos, la cual es aplicable, *a fortiori*, para la cesión de contrato. Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXXV, N°s 2330, 2331 y 2332, pp. 71 y 72., C.S.J. Cas. Civ. 26/09/1941. M.P. Liborio Escallón. G.J. LII, pp. 402 a 407., C.S.J. Sala de Casación 23/10/1915. M.P. Germán Pardo. G.J. XXV, N°s 1278 y 1279, p. 177., y C.S.J. Sala de Casación 9/05/1914. M.P. Manuel José Angarita. G.J. XXIV, N°s 1215 y 1216, pp. 82 a 87.

⁵⁷ Consúltese al respecto: Mantilla Espinosa, Fabricio, y Ternerá Barrios, Francisco. “Las normas jurídicas de resolución de los contratos en el ordenamiento colombiano”. *Revista Foro de derecho mercantil*, N° 8, julio/septiembre 2005, Bogotá, pp. 100 y 101. Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. Tomo 176, número 2415, p. 237.

⁵⁸ En este mismo sentido parece estar orientada la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería de 1980, artículo 73: “1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. 2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. 3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato”.



Ahora modifiquemos un poco nuestro ejemplo inicial, para así entrar a analizar otra situación interesante: Zutano –el contratante cedido– le debía a Fulano –el cedente– el pago de algunas remesas anteriores, ¿Mengano –el cesionario– reemplazaría al cedente en estos derechos de crédito? En principio no, la cesión de contrato sólo implica la transferencia de los créditos futuros y no de los vencidos. Para que Mengano pueda reemplazar a Fulano en estos derechos tendría que haber operado, además de la cesión de contrato, una cesión de créditos vencidos (arts. 1959 a 1966 C.C. col. y 1901 a 1908 C.C. ch.) o un pago con subrogación (arts. 1666, 1669, 1670 C.C. col. y 1608, 1611, 1612 C.C. ch.).

Después de haber hecho este estudio somero de la sucesión contractual del cedente por el cesionario, podemos emprender el análisis de la salida del cedente.

II. La salida del cedente: la liberación

La convención de cesión es un *contrato traslativo*, en el sentido en que no *crea* ningún vínculo jurídico entre el cedido y el cesionario, sino que se limita a transferir del cedente al cesionario los mismos vínculos que existían ya frente al contratante cedido. El consentimiento del cedido no es necesario para la cesión, éste se requiere sólo para liberar al cedente de sus obligaciones contractuales. En otras palabras: la voluntad del cedido no se necesita para la "entrada del cesionario", pero, por el contrario, resulta indispensable para la "salida del cedente".

Este es un punto en el que quiero insistir: como la cesión de contrato implica cesión de deudas contractuales, el legislador consagró un mecanismo de protección de los intereses del contratante cedido, la exigencia de su voluntad para liberar al cedente de sus obligaciones contractuales. Volvamos a nuestro ejemplo: Mengano –el cesionario–, en virtud del contrato de cesión, entraría a ocupar la posición de deudor frente a Zutano –el cedido–; sin embargo, este cambio de deudor podría llegar a afectar los intereses de este último, ya que su nuevo deudor bien podría no ser tan solvente como el anterior o, simplemente, Zutano podría no tener frente aquél la misma confianza en el pago que tenía respecto de Fulano –el cedente.

Dentro de esta perspectiva, el artículo 893 del Código de Comercio establece:

"Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión, o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

En relación con la liberación del cedente, haré referencia brevemente a sus condiciones (A), para luego analizar de forma somera sus principales efectos (B).

A. Condiciones

Antes que nada hay que precisar que “[...] [l]a liberación del cedente es exterior a la cesión de contrato, a la cual sólo podría ser asociada de manera contingente. Es inexacto afirmar que el cedente cede su contrato *para ser liberado* de sus obligaciones, objetivo que él podría obtener por medio de una resciliación ‘*mutuu dissensu*’ del contrato, caso en el cual el consentimiento del otro contratante también sería necesario. Él cede su contrato [...], porque, por una razón cualquiera, ya no persigue el objetivo que le permitía obtener el contrato [...]. Es igualmente inexacto afirmar que el cesionario se obliga *para* procurarle al cedente su liberación, ya que en su calidad de causahabiente él se propone obtener mediante el contrato el objetivo antes perseguido por el cedente”.⁵⁹

Así las cosas, la manifestación de voluntad del contratante cedido es necesaria para liberar al cedente, pero no para que se forme válidamente el contrato de cesión y éste produzca sus efectos: la sucesión a título particular en la posición contractual.

Ahora bien, el artículo 893 del Código de Comercio establece un mecanismo particular para la manifestación de la voluntad liberatoria por parte del cedido: su asunción en caso de silencio, lo cual significa que en cabeza de aquél se encuentra la carga de manifestar su voluntad en contrario, en caso de que desee también conservar al cedente como deudor. Para este efecto, el contratante cedido tiene varias posibilidades: puede hacerlo en el momento de la celebración del contrato, mediante una cláusula expresa que establezca que su contratante no será liberado del cumplimiento de sus obligaciones contractuales por el hecho de haber cedido la convención (i); puede hacerlo también cuando le notifiquen la cesión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 892 del estatuto mercantil colombiano (ii); y, finalmente, en la hipótesis en que el contrato sea *intuitu personae* o consagre una cláusula de incesibilidad, el cedido puede manifestar su voluntad de conservar al cedente como deudor en el momento en que dé su *autorización* para volver el contrato cesible (iii).

Este sistema de poner en cabeza del cedido la carga de manifestar su voluntad expresa de no liberar al cedente es perfectamente justificable en caso de cesiones

⁵⁹ Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*, p. 166.

comerciales, en donde se asume que el contratante cedido es un profesional diligente y avisado que conoce la reglamentación jurídica de las operaciones económicas que lleva a cabo y que, por ende, realizará las actuaciones necesarias para salvaguardar sus intereses particulares. Sin embargo, en caso de aplicación analógica de la normativa comercial para cesiones civiles, la solución, en mi opinión, debe ser la inversa: la exigencia de una manifestación de voluntad expresa del cedido, para liberar al cedente.⁶⁰

No sobra precisar que una cosa es, mediante una *autorización*, volver cesible un contrato que, en principio, no tenía tal calidad, y otra cosa muy distinta es liberar al cedente de sus obligaciones contractuales frente al cedido. Sin embargo, en la práctica, estas dos manifestaciones de voluntad suelen incluirse en un mismo acto.

Por otra parte, el artículo 893 consagra una condición adicional: le exige al cedido que notifique al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los diez días siguientes a su constitución en mora, so pena de perder su derecho.

Para terminar es importante hacer mención al inciso final del artículo 893, el cual dispone que, para los casos en que la ley autorice cesiones sin previa aceptación o sin notificación, la norma del inciso primero no se aplica. ¿Cuáles serían tales casos? Respecto de la aceptación –*autorización*–, no requieren tal requisito las cesiones de contratos que no son *intuitu personae*, ni las cesiones de contratos sin cláusulas de incesibilidad o limitativas de la cesibilidad. Respecto de la notificación, al parecer, la cesión de contrato mediante endoso –lo cual, como ya lo vimos, es muy criticable.

Ahora bien, si para todos estos casos se excluye la norma del inciso primero del artículo 893, ¿cómo se protegerían entonces los intereses del cedido cuyo deudor cambió en virtud de la cesión de contrato? ¿No habría protección alguna? En mi opinión, la disposición del citado inciso segundo es a más de oscura, peligrosa. Sólo nos resta esperar que la jurisprudencia no la aplique mediante una interpretación literal.

B. Efectos

Como ya lo vimos, si el contratante cedido no libera al cedente, podrá exigirle a éste el cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando el cesionario no las cumpla, siempre y cuando le notifique el incumplimiento dentro de los

⁶⁰ Véase: Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Flour, Yvonne, et Savaux, Éric. *La cession de contrat. Répertoire de notariat Défrénois*. Paris, 2000, Première partie, Doctrine et jurisprudence, pp. 823 y 824.

diez días siguientes a la mora.⁶¹ Así, en caso de no liberación del cedente, el contratante cedido pasará a tener dos deudores contractuales –el cesionario y el cedente–, uno principal y otro subsidiario.

Ahora bien, ¿cómo se justifica esta solución? La razón que tuvo el legislador para consagrarla parece, en principio, clara: proteger los intereses del cedido, evitando que se vean afectados por el cambio de deudor; pero ¿cómo explicar que el cedente, quien era deudor principal, adquiera la condición de deudor subsidiario? La explicación de esta solución, como sostiene la doctrina más autorizada,⁶² bien podría ser la siguiente: el cedente al transferir su posición contractual rompe el vínculo de interdependencia de las obligaciones y, por ende, su deuda se hallaría desprovista de contraprestación, él se encontraría entonces obligado de forma unilateral, de forma similar a un fiador (arts. 2361 C.C. col. y 2335 C.C. ch.).

Volvamos a nuestro ejemplo: en virtud del contrato de suministro, Fulano se había obligado frente a Zutano a hacerle remesas mensuales de 10 especies de la cosa X, y Zutano, de forma recíproca, se comprometió a pagarle un precio por cada remesa. La contraprestación de la obligación de Fulano es la obligación de Zutano, y viceversa. En este orden de ideas, si, en el momento de la celebración del contrato, una de estas obligaciones es de imposible cumplimiento, la convención puede ser anulada por falta de objeto o de causa (arts. 1518, 1524 C.C. col. y 1461, 1467 C.C. ch.) y si en el periodo de ejecución una de las partes incumple su obligación, el otro contratante puede negarse a cumplir (arts. 1609 C.C. col. y 1552 C.C. ch.) o pedir la resolución del contrato (arts. 1546 C.C. col., 870 C.Co. col. y 1489 C.C. ch.).

Si Fulano cede su posición contractual a Mengano, ya no tendrá el derecho de crédito que le permita exigirle el pago de las remesas a Zutano. Tanto la deuda de las remesas como su contraprestación, el derecho al pago, le fueron transferidas a Mengano. En este orden de ideas, si su obligación se encuentra desprovista de contraprestación, parece perfectamente justificable admitir que ésta sea subsidiaria a la obligación del cesionario, en cuya cabeza se encuentra ahora el derecho a la contrapartida. La posición del cedente presenta importantes *parecidos de familia*⁶³ con la posición del fiador, cuya obligación se suma a la del deudor principal, quien tiene el derecho a la contraprestación recíproca.

⁶¹ Resulta interesante comparar esta disposición con la norma que exige, para la novación, la liberación del deudor primitivo (arts. 1635 C.C. ch. y 1694 C.C. col.). Sin embargo, no debemos olvidar que la novación, a diferencia de la cesión, implica la extinción de la obligación original y la creación de un nuevo vínculo.

⁶² Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*, pp. 166 a 170.

⁶³ “[...] Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc. [...]”. Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, pp. 87 y 89.

Precisado lo anterior, los efectos de la liberación del cedente parecen claros: el contratante cedido no tendría al cedente como deudor subsidiario. Sin embargo, aún existe al respecto un punto que es menester precisar: ¿la liberación es retroactiva o no?, ¿el cedente se encuentra liberado desde la fecha del contrato de cesión o desde la fecha en que el cedido manifestó su voluntad liberatoria?⁶⁴ Una vez más, volvamos a nuestro ejemplo: Fulano, el cedente, y Mengano, el cesionario, celebran el contrato de cesión el 1 de julio y lo notifican a Zutano, el cedido, el 15 de julio; este mismo día, Zutano manifiesta su voluntad de liberar al cedente. El 10 de julio –después de la cesión, pero antes de la liberación– Mengano envía una remesa a Zutano; sin embargo, los bienes enviados presentan defectos de funcionamiento que sólo se manifiestan a partir del 17 de julio –después de la liberación–. ¿Respondería el cedente, Fulano, de forma subsidiaria por este incumplimiento? La respuesta depende del efecto de la liberación: si ésta opera de forma retroactiva, el cedente se encontraría liberado a partir del 1 de julio y, por ende, sólo el cesionario sería responsable; y si, por el contrario, la liberación no tiene efectos retroactivos, el cedente sólo se encontraría liberado a partir del día 15 y, por consiguiente, respondería subsidiariamente por la remesa enviada el día 10. Hasta el momento no tengo conocimiento de ningún fallo de nuestra Corte Suprema en donde se dé respuesta a este importante interrogante.

•

Como lo hemos podido ver, el Código de Comercio colombiano de 1971 reglamentó una convención de cesión de contrato que permite la fácil circulación en el mercado de la posición contractual, por el simple acuerdo entre cedente y cesionario; pero que protege también los intereses del contratante cedido, permitiéndole conservar al cedente como deudor subsidiario.⁶⁵

Sin embargo, la cesión de contrato no es una figura desconocida por el derecho privado anterior al Código de Comercio. En efecto, no sólo el Código Civil la consagra en hipótesis específicas, como en el caso del contrato de arrendamiento, el cual puede ser cedido por el arrendatario –aunque sujeto a *autorización* del arrendador cedido– (arts. 2004 C.C. col. y 1946 C.C. ch.) o por

⁶⁴ “Esto condiciona las excepciones y medios de defensa que hubieran podido nacer durante el periodo anterior a la liberación por parte del cedido, puesto que después de la liberación, si hay retroactividad, las excepciones sólo podrían nacer en las relaciones entre el cedido y el cesionario. Por el contrario, si no hay retroactividad, las excepciones del periodo intermedio nacerían, al mismo tiempo, en las relaciones entre el cedido y el cedente y entre el cedido y el cesionario [...]”. Larroumet, Christian. *La cession de contrat: une régression du droit français?*, p. 162.

⁶⁵ A pesar de la idoneidad del tipo contractual consagrado en el Código de Comercio, aún encontramos algunos doctrinantes nacionales que se lamentan de que no se hubiese adoptado el modelo italiano, el cual exige el consentimiento del cedido, como regla general (arts. 1406 a 1410 C.C. it.). Véase, por ejemplo: Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Bogotá, Ed. Temis, 1999, tercera edición, pp. 151 y 152.

el arrendador, dentro de las condiciones de las cesiones legales impuestas por los artículos 2020 y 2023 del Código Civil (arts. 1962 y 1965 C.C. ch.);⁶⁶ sino que, además, en ciertas hipótesis, las cesiones de créditos implican verdaderas cesiones de contratos. Me explico: en virtud del contrato de cesión de crédito, el cedente es sucedido por el cesionario en su derecho respecto del deudor cedido; sin embargo, el cesionario no sólo recibe del cedente el derecho de crédito, sino, además, ciertas potestades y sujeciones propias de la calidad de contratante, como son la excepción de inejecución –que el deudor cedido le puede interponer al cesionario-acrededor–, las potestades de solicitar la nulidad relativa y la resolución del contrato, etc.⁶⁷ En este orden de ideas, tenemos que aceptar que “[e]n su circulación, aquél [el derecho de crédito] es indisoluble del contrato que lo creó; el cesionario y el cedido son contractualmente ligados; sus relaciones son inmediatamente afectadas por las circunstancias que afectan el contrato generador, y determinadas por éste. [...]. El régimen jurídico de la cesibilidad de los créditos contractuales permite afirmar que toda disociación entre el contrato-fuente y la obligación-objeto es ilusoria”.⁶⁸

Adicionalmente, nuestra Corte Suprema ha aceptado, en repetidas ocasiones, la cesión de contrato de forma expresa, aunque calcándola sobre el modelo del artículo 2004 del Código Civil (art. 1946 C.C. ch.), es decir, exigiendo la *autorización* del contratante cedido.⁶⁹

Por último, en la jurisprudencia reciente de nuestro tribunal supremo, en materia civil, podemos apreciar que se hace referencia a la cesión de contrato en los mismos términos que en materia comercial.⁷⁰

⁶⁶ También es importante mencionar: la delegación del mandato (arts. 2161 a 2164 C.C. col. y 2135 a 2138 C.C. ch.) –que sin ser exactamente una cesión de contrato, presenta grandes *parecidos de familia* con esta figura–, y la sustitución patronal del derecho laboral (arts. 67 a 70 C.S.T.).

⁶⁷ Sobre este punto nuestro máximo tribunal ha sido bastante claro, consúltese, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXXV, N°s 2330, 2331 y 2332, pp. 71 y 72; C.S.J. Cas. Civ. 26/09/1941. M.P. Liborio Escallón. G.J. LII, pp. 402 a 407; C.S.J. Sala de Casación 23/10/1915. M.P. Germán Pardo. G.J. XXV, N°s 1278 y 1279, p. 177; y C.S.J. Sala de Casación 9/05/1914. M.P. Manuel José Angarita. G.J. XXIV, N°s 1215 y 1216, pp. 82 a 87.

Sin embargo, cierta doctrina nacional parece aún no admitir esta posición. Consúltese: Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*. Tomo I. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 445 a 447, y Gómez Estrada, César. Op. cit., pp. 157 a 159.

⁶⁸ Aynès, Laurent. *La cession de contrat. Et les opérations juridiques à trois personnes*, p. 41.

⁶⁹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G.J. XCIII, N°s 2228 y 2229, p. 123; y C.S.J. Cas. Civ. 29/05/1942. M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J. LIV, N°s 1889 y 1890, pp. 107 a 116.

⁷⁰ Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 22/05/1995. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J. CCXXXIV, N° 2473, pp. 912 a 922.

A pesar de esto, todavía podemos encontrar ciertos doctrinantes nacionales que niegan la posibilidad de ceder deudas en el derecho colombiano, salvo en los casos especiales de cesiones legales como los consagrados en los artículos 2004 y 2020 del Código Civil. Consúltese, por ejemplo: Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 384 a 387; y Baena Upegui, Mario. *De las obligaciones en el derecho civil y comercial*. Ed. Legis, Bogotá, 2000, pp. 663 a 665.

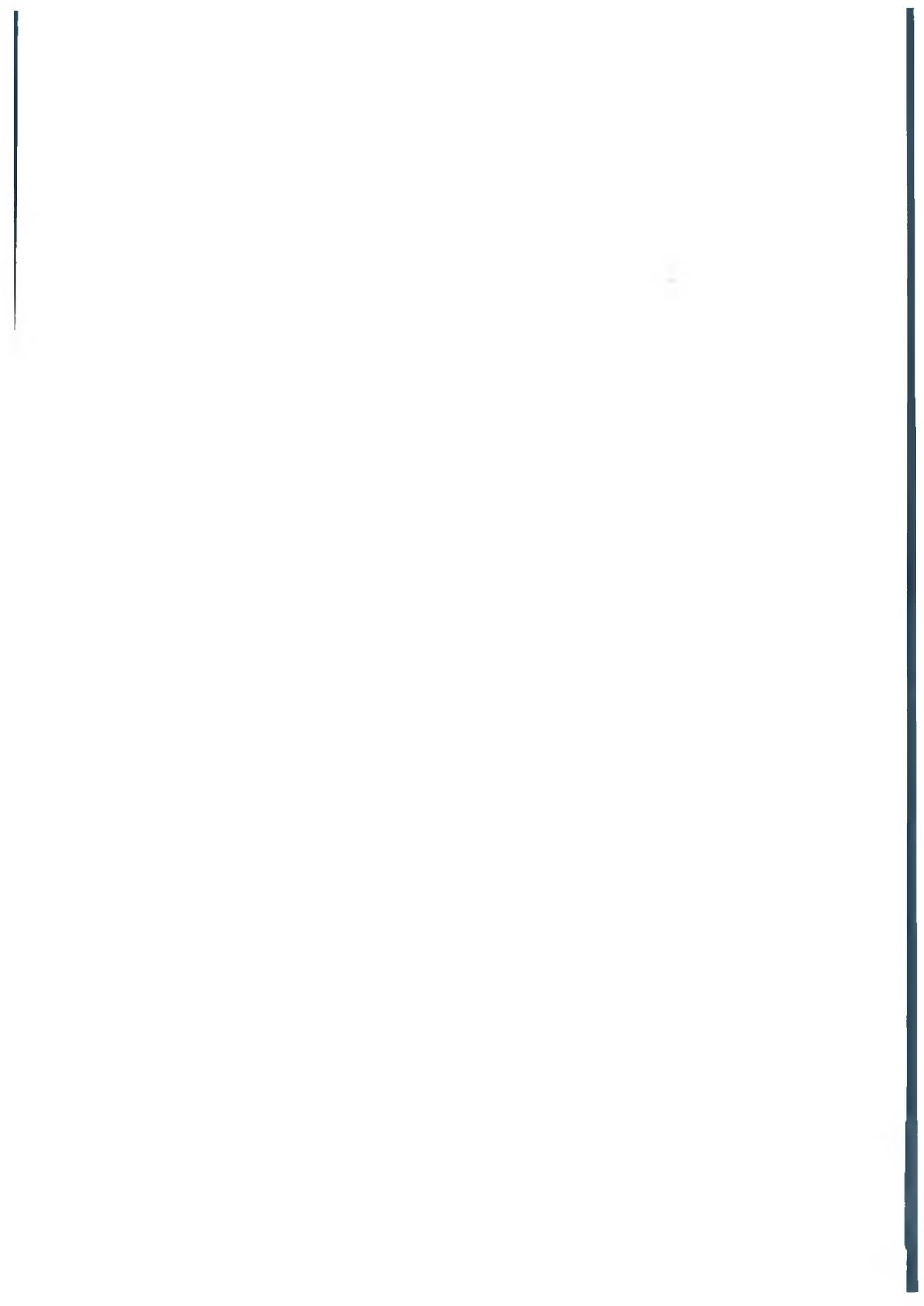
La palabra “contrato”, en nuestra sociedad moderna, ya no parece designar aquella institución rígida y estática que permanece inamovible frente a los cambios de la situación económica que regula. Mediante el vocablo “contrato” actualmente nos referimos a una institución mucho más flexible y adaptable a los cambios que afectan las relaciones económicas de larga duración.⁷¹ Dentro de esta perspectiva, la cesión de contrato se presenta como el mecanismo ideal para garantizar la estabilidad de las operaciones económicas, a pesar de la movilidad de sus agentes –los contratantes.

La normativa de nuestro derecho privado se ha ido adaptando a estas importantes modificaciones conceptuales, fruto de los cambios en la *forma de vida*⁷² de nuestra sociedad. La consagración expresa de la cesión de contrato es un importante ejemplo de esto. Sin embargo, gran parte de los juristas colombianos continúan reacios frente a estas modificaciones. Yo, por mi parte, me limito a citar de nuevo la frase del novelista Paul Auster: “A menos que podamos comenzar a incorporar la noción de cambio a las palabras que usamos, continuaremos estando perdidos”.



⁷¹ “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”. Wittgenstein, Ludwig. Op. cit., p. 61, proposición 43.

⁷² “Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Ésta no es una concordancia de opiniones, sino de forma de vida”. Ibídem, p. 217, proposición 241.



Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia

Héctor Oberg Yáñez

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

El 10 de octubre de 2003 se publicó la Ley N° 19.903, que regula la tramitación de cierto tipo de posesión efectiva de una herencia, y que entró a regir seis meses después de su publicación, vale decir, el 11 de abril de 2004.

Es menester dejar en claro que con esta nueva normativa no desaparece el procedimiento contemplado en el C. de Procedimiento Civil para la dación de la posesión efectiva de la herencia, aun cuando algunos de sus artículos si experimentan cambios para adecuarse ya al Código Tributario, ya al Código Civil, ya a la Ley N° 16.271, sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, ya al C. Orgánico de Tribunales.

Crea la ley en referencia un acto administrativo no contencioso a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, organismo llamado a conocer y resolver sobre tal acto ciñéndose a sus disposiciones y a aquellas otras nuevas que lo complementan.

Las posesiones efectivas que se tramitan por el servicio sólo son aquellas que se originan en sucesiones intestadas abiertas en Chile; aquellas sucesiones intestadas abiertas en el extranjero, así como las testamentarias abiertas en el país o en el extranjero, serán conocidas por el tribunal competente y de acuerdo a las disposiciones del C. de Proc. Civil y del Código Orgánico de Tribunales.

En lo que respecta a qué oficina será la llamada a recibir la solicitud respectiva, el art. 2° inc. 2° indica que "podrá pedirse ante cualesquiera de las oficinas del servicio...", empero la resolución otorgándola emanará del Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación que corresponda a la oficina en que se ha iniciado el trámite, resolución que será fundada. Para el evento

de presentarse solicitudes ante oficinas dependientes de diversos Directores Regionales, todas ellas se acumulan a la más antigua, devolviéndose los aranceles pagados a quienes hubieren presentado las posteriores. Esta solicitud se hará en formularios que el Servicio proporcionará a los interesados, y deberá contener:

- 1) La individualización de todos los herederos, mencionando sus nombres, apellidos, roles únicos nacionales, domicilio y calidades con que heredan.
- 2) Individualización del causante, vale decir, su nombre, apellido, rol único nacional, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y su último domicilio.
- 3) Inclusión del inventario de los bienes.

Si no se cumplen estos requisitos, la solicitud podrá ser devuelta en el acto (art. 3°), o bien el Director puede pedir que se complementen los antecedentes, suspendiéndose entre tanto la tramitación (art. 5°), también puede rechazarla (art. 5° inc. 2°); pero en este último caso, cualquiera otra solicitud que se presente va a ser conocida por el mismo Director, y la oficina que la reciba la hará llegar a éste. Hay una especie de radicación administrativa. No rigen las reglas que sobre competencia se contienen en el Código Orgánico de Tribunales ni en el Código Civil sobre apertura de la sucesión.

En cuanto al contenido de la resolución que concede la posesión efectiva, éste será:

- 1) El mismo ya señalado para la respectiva solicitud de dación de la posesión efectiva.
- 2) El inventario y valoración de los bienes del causante, el cual también debió incluirse en la misma solicitud.
- 3) La orden de publicar la resolución que concede la posesión efectiva.
- 4) Fundamentos de la resolución.
- 5) Se otorga a todos los que poseen la calidad de herederos, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud, incluso aquellos que no se encuentran inscritos en Chile.

El inventario que se menciona está referido a los bienes existentes al fallecimiento del causante, y contendrá la relación de todos los bienes muebles e inmuebles de éste, individualizándolos uno a uno, o señalándolos colectiva-



mente cuando coincidan en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad esencial; incluirá, asimismo, los créditos y deudas de los que haya comprobante, y en general todos los objetos presentes, exceptuados aquellos que conocidamente fueren de ningún valor o utilidad. Los bienes raíces se individualizan indicando solamente la foja, el número, año y el registro conservatorio de cada propiedad, siendo estas menciones suficientes para practicar las inscripciones que sean necesarias. Si se trata de otros bienes sujetos a registro, se indicarán los datos necesarios para su ubicación o individualización (art. 4°). Este inventario debe ser valorado, y la valoración se sujeta a las normas de la Ley N° 16.271.

La facción de este inventario realizado en la forma que se deja expuesta, se va considerar como inventario solemne para todos los efectos legales. Si el solicitante quiere aceptar la herencia con beneficio de inventario, tendrá que manifestar su voluntad en tal sentido en la solicitud por la cual pide se le otorgue la posesión efectiva, sin perjuicio de lo que disponen los arts. 1252 y 1256 del C. Civil.

Este inventario o su valoración puede ser adicionado, modificado o experimentar supresiones, lo que se hará a través de un formulario que entregará el Servicio, alteraciones de las que se dejará constancia en la respectiva resolución o inscripción, según sea el caso, y que además se publicará. Las formalidades de este procedimiento las fija el reglamento respectivo, y deberán pagarse los derechos que indique el arancel (art. 9°).

La resolución que concede la posesión efectiva se publica en extracto por el Servicio en un diario regional correspondiente a la región en que se inició el trámite, en los días 1° o 15 de cada mes o al día siguiente hábil, si éstos recaen en día sábado o feriado. El reglamento podrá establecer medios complementarios de publicidad, sin perjuicio de lo cual el Servicio mantendrá a disposición del público un ejemplar de las publicaciones en cada una de sus oficinas (art. 7°).

Recordemos que para los efectos legales se entiende por diario toda publicación periódica que habitualmente se edite, a lo menos, cuatro días en cada semana (art. 6° Ley N° 16.443, de 13-02-91 sobre abusos de publicidad). Este aviso se encarga de publicarlo el Servicio, y su costo entendemos se financia con los derechos que contempla el arancel para este tipo de tramitación en el art. 11 de la ley.

Una vez efectuada la publicación el Director Regional competente ordenará inmediatamente la inscripción de la resolución en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. Esta inscripción se acredita por un certificado que otorga el Servicio y que contendrá todas las menciones que contempla el art. 5° inc. 3°

de la ley, y con su mérito se estará en condiciones de requerir las inscripciones especiales que procedan, sin perjuicio de lo establecido en el art. 74 del C. Tributario.

Practicada la inscripción, no puede ser modificada, sino en virtud de resolución judicial y sin perjuicio de lo que disponen los arts. 9° y 10 de esta ley (art. 8°). No obstante lo anotado, el Servicio puede corregir de oficio o a petición de parte, los errores de forma que presenten las solicitudes en lo relativo a los datos de individualización del causante y sus herederos. Aun más, se le faculta para corregir los errores manifiestos que presenten las resoluciones y sus inscripciones, lo que también podrá ejercer de oficio o a petición de parte. Pero si el error manifiesto ha consistido en la omisión de un heredero, deberá efectuarse una nueva publicación (art. 10).

La tramitación de esta posesión efectiva no es gratuita, por el contrario, está afecta al pago de un derecho que fluctúa de acuerdo al haber hereditario, entre 1,6 UTM y 2,5 UTM; pero si la masa hereditaria no excede de 15 UTM, se tramitará gratuitamente (art. 11).

Crea la ley en referencia un Registro Nacional de Posesiones Efectivas y un Registro Nacional de Testamentos, que se llevará en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio y conforme a las bases que establezca el reglamento.

Se abre, asimismo, un Registro Nacional de Testamentos en el cual se anotarán los testamentos abiertos o cerrados otorgados ante notario u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, así como todos los testamentos protocolizados ante notario. Para lograr este objetivo, el art. 439 inc. 2° C.O.T., modificado por esta ley, prescribe que tales funcionarios deben remitir al Servicio, dentro de los primeros diez días de cada mes, las nóminas de los testamentos otorgados o protocolizados durante el mes anterior, con indicación de su fecha, el nombre, y rol único del testador y la clase de testamento de que se trata (art. 13).

Los registros a que se alude tienen el carácter de públicos, lo que se contrapone –en lo relativo a los testamentos cerrados– con lo establecido en el art. 431 C.O.T., en orden a que el libro índice de testamentos cerrados el notario debe mantenerlo en reserva, sin tener la obligación de exhibirlo, sino es por decreto de juez competente o por solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunción del otorgante del testamento.

El Registro Nacional contendrá las nóminas de los testamentos que se han otorgado o protocolizado ante los notarios u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, con indicación de su fecha, el nombre y rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata (art. 14 inc. 2°).

De lo que hasta aquí hemos dicho, el trámite a seguir en el Registro Civil e Identificación para obtener una posesión efectiva de una herencia intestada parece simple, sencillo. Con todo, surgen algunas dudas, interrogantes u observaciones, así como por ejemplo:

1. El interesado elegirá arbitrariamente la oficina del Registro Civil para iniciar el trámite, y así fijar el Director Regional competente para resolver la petición (art. 2°).

2. Basta invocar la calidad de heredero para solicitar la posesión efectiva, no es preciso acreditarla (art. 2°), pero se concede a todos los que posean la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio, aun cuando no se les incluya en la solicitud respectiva, e incluso a los no inscritos en Chile y que acrediten su calidad de herederos (art. 6°). No se indica cómo el Servicio va a precisar la calidad de herederos a través de sus registros, cuándo podrá existir una cesión o venta de derechos hereditarios, por ejemplo, o un derecho de representación. Obsérvese, además, que la posesión efectiva se otorgará "a todo los que posean" la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio de Registro Civil e Identificación" y no de acuerdo a las normas del Código Civil.

3. La resolución que concede la posesión efectiva se publica en un diario regional que corresponda a la región en que se inició el trámite. Luego, no significa necesariamente que sea el de la capital de la región, sino que lo será, entendemos, cualquier diario que se publique en la región donde se dio inicio a la tramitación. No se requiere que tenga una circulación regional.

Se agrega que el Servicio debe mantener a disposición del público un ejemplar de la publicación en cada una de sus oficinas. ¿Se habrá pensado en lo que esta obligación significa para el Servicio? Hay oficinas desde Arica hasta la Villa de las Estrellas en la Antártica, y al tenor de este art. 7° en cada una de ellas será menester contar con estos ejemplares. Hay que pensar en el volumen de papel que ello significará, pues la obligación es de tener "un ejemplar", esto es, materialmente; y no el dato en el sistema computacional.

Cabe tener en consideración, además, que la ley no contempla que del aviso publicado se deje constancia en estas gestiones. Tal vez podrá entenderse que se dispusiera tal medida de publicidad por el servicio, asilándose en el texto del art. 7°, que en lo pertinente señala: "Sin perjuicio de los medios complementarios de publicidad que establezca el reglamento".

4. Existe a nuestro juicio una contradicción entre lo que establece el art. 3° inc. 3° de la ley y el art. 5° de la misma. En efecto, la primera norma citada expresa que "la solicitud podrá ser devuelta, en el acto, si no cumple con los

requisitos establecidos en los incisos anteriores (individualización de los herederos y del causante) y del artículo siguiente (acompañamiento del inventario). Por su parte, la segunda norma prescribe que el Director Regional podrá pedir que se “complementen los antecedentes, caso en el cual se suspenderá la tramitación”. Para dar una interpretación armónica a estas disposiciones, se dirá que queda a la discrecionalidad del Director devolver los antecedentes o suspender la tramitación de la gestión hasta que se agreguen los antecedentes faltantes.

5. Vinculada a la situación anterior se encuentra la facultad dada al Director para rechazar la solicitud presentada. No indica la ley los motivos o causales que habilitarían al Director para rechazar la solicitud, pues no se debe confundir el rechazo con la devolución de solicitud o con la suspensión de la tramitación de la misma. No se comprende el rechazo cuando es el propio Servicio el llamado a otorgar la posesión efectiva “a todos los que posean la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio de Registro Civil e Identificación, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud” (art. 6°); y cuando, además, se le somete la obligación de proporcionar “los datos que le sean requeridos para la individualización del causante y sus asignatarios” (art. 3° inc. 3°). A la luz de lo anotado ¿cuándo entonces podrá ser devuelta la solicitud si no cumple con los requisitos requeridos, o dejar en suspenso su tramitación para complementar los antecedentes? Lo único que resta para dar acogida a una de las alternativas señaladas, es algún defecto en el inventario que debe incluirse en la solicitud, ¿y cómo sabrá el Servicio si el inventario de los bienes es completo o incompleto? No tiene manera de saberlo. Sólo si no se incluyera en la correspondiente solicitud, ésta podrá ser devuelta al interesado. Cabe, entonces, concluir que las mentadas devolución o suspensión debieran ser inoperantes.

6. No obstante, si el Director devolviese injustificadamente los antecedentes o suspendiere la tramitación aduciendo que ellos no son completos o que no se han complementado, podrá ocurrirse por el afectado de protección ante la respectiva Corte de Apelaciones por tratarse de un acto ilegal o arbitrario del Director, toda vez que es su obligación entregar tales datos al ser requerido (art. 3°).

7. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 8°, inscrita la resolución que concede la posesión efectiva en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, no puede ser modificada, sino en virtud de resolución judicial. Pues bien, ¿qué tribunal conocerá del asunto: el del lugar donde se inició la gestión o aquel del asiento del Director Regional que dictó la resolución? ¿Será necesario que el interesado comparezca directamente ante el tribunal pidiendo la modificación o bien lo hará ante el Director que conoció de la solicitud, y éste la enviará al juez de letras que estime competente?

¿Se entenderá, por otra parte, que ésta es la oportunidad que tiene el legítimo contradictor para formular su oposición? Si así fuera, el asunto deja de ser no contencioso, aspecto que interesa eventualmente para determinar el tribunal competente que conocerá del asunto, si hay más de uno en la comuna o agrupación de comunas.

Empero, esta norma (art. 8°) no se entiende cuando a continuación los arts. 9° y 10 facultan al Servicio para corregir, incluso de oficio, errores formales que presentan las solicitudes relacionadas con la individualización del causante y sus herederos, e igualmente corregir errores manifiestos en que puedan haber incurrido las resoluciones y sus inscripciones, materias que son de fondo. Luego, cabe preguntarse, ¿cuándo se ocurrirá a los tribunales para obtener la modificación de la resolución ya inscrita?

Por otra parte, debe tenerse en consideración que las resoluciones que dicte el Director tienen un carácter administrativo, y por ende no son pronunciadas por un órgano jurisdiccional, lo que importa dejar en claro para señalar que ellas no producen cosa juzgada, aun cuando se hayan cumplido, y que por consiguiente podrá pedirse su corrección o modificación en cualquier tiempo. La seguridad jurídica que emana de una resolución judicial ha desaparecido en este acto administrativo.

8. Crea esta ley un Registro Nacional de Posesiones Efectivas, que será público, y que se llevará en la base central de datos del sistema automatizado. Pues bien, estimamos que esta denominación es impropia, toda vez que las posesiones efectivas que se tramitan ante los tribunales de justicia no se incorporan a tal Registro. En efecto, el art. 13 de la ley no establece dicha inscripción, y sólo el art. 882 inc. 3° del Código de Procedimiento Civil indica que el tribunal "hechas las publicaciones... y previa agregación de una copia autorizada del inventario... ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio... dando conocimiento de este hecho". Es posible observar, entonces, que en ninguna parte se prescribe que el auto de posesión efectiva que dicte el tribunal deba inscribirse en el Registro, limitándose la norma a disponer que se oficie al Servicio dando conocimiento de la inscripción de posesión efectiva, que se ordena para los efectos del art. 688 N° 1 del C. Civil, y de la cual fluye claramente que la resolución judicial se inscribe en el Conservador y no en el Registro Nacional, el cual queda reservado para la inscripción de la resolución administrativa dictada por el Director.

9. El art. 13 de la ley crea el Registro Nacional de Posesiones Efectivas y un Registro Nacional de Testamentos, y agrega que ellos serán públicos. Respecto del registro de las posesiones efectivas no se divisa problema alguno en cuanto a la publicidad que se le acuerda; pero no ocurre lo mismo tratándose de los testamentos al establecer la publicidad del registro pertinente. Se produce

una colisión o incompatibilidad entre este art. 13 y el art. 431 del C.O.T., que expresa: "El notario llevará un índice público, en el que anotará las escrituras por orden alfabético de los otorgantes; y otro privado en el que anotará, en la misma forma, los testamentos cerrados (inc. 1ª).

"El primero estará a disposición del público... y el segundo deberá mantenerlo reservado, no teniendo obligación de exhibirlo, sino por decreto de juez competente o ante una solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunción que corresponda al otorgante del testamento" (inc. 2ª).

La prohibición contenida en el Código Orgánico de Tribunales alude sólo a los testamentos cerrados, con lo cual el resto de los testamentos quedan afectados a ser inscritos en el Registro Nacional de los mismos. Con todo, esta ley modifica el art. 439 del C.O.T. e indica que el testamento abierto o cerrado... "deberá figurar, sin perjuicio de su inserción en los índices a que se refiere el art. 431, en un Registro Nacional de Testamentos, que estará a cargo y bajo la responsabilidad del Servicio de Registro Civil e Identificación...".

Lamentablemente, la modificación introducida deja subsistente, para el notario, la prohibición del inc. 2º del art. 431; y no solamente esta situación se mantiene, sino que habrá dos registros –el del notario y el del Servicio– uno privado y otro público, presentándose el absurdo que el ministro de fe para exhibirlo debe acatar la regulación que allí se establece; en tanto que aquel que lleva el Servicio no precisa de ninguna formalidad para conocer su contenido.

No soluciona tampoco esta ley la situación que se presenta con la existencia del registro índice general de testamentos abiertos y cerrados que tiene a su cargo y bajo su responsabilidad el Archivero Judicial de Santiago, y que tienen el carácter de reservado, sin que puedan ser exhibidos o se informe respecto de ellos, salvo por orden judicial o por petición de un particular que acompañe certificado de defunción del testador (art. 439 C.O.T. texto antes de su derogación y reemplazo). Como esta ley no tiene efectos retroactivo y ninguna disposición transitoria alude a la situación descrita, habrá que entender que tales índices permanecerán bajo la custodia y responsabilidad del mentado Archivero Judicial, y en las condiciones que se anotan en la disposición hoy en día derogada.

10. No contempla la ley en referencia los efectos y problemas que pueden suscitarse con la gestión de guarda y aposición de sellos, que procede tanto se trate de una sucesión testada o intestada, y que una vez practicada sólo es juez competente para ordenar la ruptura de los sellos aquel que decretó tal medida cautelar conservatoria y ese juez es el del último domicilio que tuvo el causante, lugar donde se abre la sucesión (art. 955 C. Civil y 148 inc. 2º C.O.T.). En ese momento deberá levantarse el correspondiente inventario solemne con citación de las partes que pueden tomar parte en su facción: luego hay que entender

que existiendo ya un inventario solemne, es innecesario que se incluya en la misma solicitud el inventario de los bienes del causante, porque de no ser así, coexistirán dos en inventarios, además, será menester que este inventario sea valorado, para dar cumplimiento al art. 46 de la Ley N° 16.271 y al art. 880 inc. 2° del C. del Procedimiento Civil.

Concluido este inventario, será necesario proceder a su protocolización, según lo dispone el art. 863 del C. Civil. Este trámite no está contemplado en la gestión de posesión efectiva administrativa.

11. El Fisco, como heredero abintestato, siguiendo la letra de esta ley, debería solicitar la posesión efectiva de una herencia a su favor ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, considerando que el art. 1° de la Ley N° 19.903 no contiene ninguna excepción tratándose de sucesiones intestadas. Con todo, es del caso tener presente lo prescrito en el art. 48 inc.3° del C.O.T., que indica "Las mismas reglas se aplicarán a los asuntos no contenciosos en que el Fisco tenga interés". Y esas reglas señalan que es juez competente para conocer de esta gestión el de la comuna asiento de Corte de Apelaciones, en primera instancia; o bien, aquel juez que elija el Fisco entre el anteriormente citado o el del último domicilio del interesado, que será el del lugar donde se abrió la sucesión.

12. Sólo dos días antes de la vigencia de la ley, se publicó el Reglamento de la misma a través del Decreto N° 237, de 8 de abril del 2004, del Ministerio de Justicia, que en líneas generales cumple su cometido. Sin embargo, el art. 21 de este texto modifica lo dispuesto en el art. 7° de la Ley. En efecto, este último ordena que la resolución que concede la posesión efectiva sea publicada "en un diario regional correspondiente a la región en que se inició el trámite..", vale decir, no se publica necesariamente en un diario de la capital de la región o de la cabecera de la provincia, es suficiente que se trate de un diario que se edite en la región en que se inició el trámite. No obstante, se altera el texto de dicha norma al disponer que la citada resolución tiene que publicarse "en un diario regional del lugar correspondiente a la Dirección Regional que la dictó". No es esto, por ende, lo querido por el legislador, que requiere la publicidad de la concesión de la posesión efectiva en los lugares cercanos donde se presentó la solicitud respectiva. Por lo demás, la práctica demuestra que el diario regional del asiento de la Dirección Regional no llega a todas las comunas de una región.

Modifica, asimismo, este art. 21 del Reglamento al art. 7° de la Ley, pues limita la información de haberse dictado una resolución concediendo la posesión efectiva de una herencia, al prescribir que la publicación que se hizo se mantenga a disposición del público "en cada una de las oficinas de la Región respectiva", en circunstancias que la Ley dispone que "el Servicio mantendrá a disposición del público un ejemplar de las publicaciones en cada una de sus oficinas", sin hacer distinción de ninguna índole.

13. Cambia de criterio nuevamente el reglamento en el art. 28, cuando refiriéndose a las adiciones, supresiones o modificaciones que se hagan al inventario o valoración de bienes, establece que ellas se publicarán "en un diario regional correspondiente a la región en que se inició el trámite de posesión efectiva", pensamiento que sí está conforme con el art. 7° de la Ley, y que demuestra la irregularidad del art. 21, ya analizado.

14. Expresa el art. 2° de la Ley que "la posesión efectiva podrá solicitarse por cualquier persona que invoque la calidad de heredero"; por su parte, el art. 17 N° 2 del Reglamento considera como causal de rechazo de una solicitud de posesión efectiva... "No haberse acreditado por el solicitante de la posesión efectiva su calidad de heredero respecto del causante". Hay, una vez más, una modificación de la ley por parte de su reglamento. Existe una diferencia fundamental entre "invocar" y "acreditar". Según el Diccionario de la Real Academia Española (edic. 21ª, 1992) invocar es "llamar uno a otro en su favor y auxilio, 2. Acogerse a una ley, costumbre o razón; exponerla, alegarla". Indudablemente, es la segunda acepción la que se utiliza en la Ley 19.903, pues el interesado es quien se está acogiendo a los términos de esta ley, y tal es así que el Servicio, a su requerimiento, es el llamado a proporcionar los datos que le sean requeridos para individualizar al causante y a sus asignatarios (art. 3°), e incluso deberá conceder tal posesión "a todos los que posean la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio... aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud..." (art. 6°), vale decir, con esta actuación oficiosa del Servicio basta la invocación del interesado, lo demás lo complementa el Servicio.

Por su lado, acreditar según la misma fuente ya citada y en la acepción que nos interesa, es: "hacer digna de crédito alguna cosa, probar su certeza o realidad; 2. A formar, dar crédito o reputación; 3. Dar seguridad de que alguna persona o cosa es lo que representa o parece". Por ende, la ley no precisa para solicitar la posesión efectiva que se acredite la calidad de heredero, es suficiente exponer o alegar que se tiene la calidad de tal, y será el Servicio ante esta invocación el llamado a la "determinación de los herederos del causante", consultando en cada caso "la base central de datos de su sistema automatizado" (art. 8° Rgto.), información que se hace extensiva a la individualización del causante (art. 13 Rgto.) si la solicitud es incompleta.

15. Crea el Reglamento en el art. 16, al margen de la Ley, una causal para estimar abandonado el procedimiento y disponer su archivo, para el caso que el peticionario no complemente los antecedentes de su gestión en un plazo que el Director fija discrecionalmente, el que no puede ser inferior a treinta días. Empero, al vencimiento de dicho plazo y sin que se hubieren acompañado tales antecedentes, se le advierte al solicitante que si no realiza las diligencias necesarias para reanudar la tramitación, que se encuentra suspendida, en el plazo de siete días se declarará abandonado el procedimiento. Ninguna disposición

de la ley autoriza para aplicar este procedimiento, y menos para sancionar. El reglamento sólo tiene como finalidad hacer expedita la aplicación de una ley, pero no ir más allá de sus propios términos.

16. La solicitud del interesado pidiendo la posesión efectiva de una herencia puede llegar a encontrarse, de acuerdo a la ley, en las siguientes condiciones: a) que se acceda a ella (arts. 5°, 6° y 7°); b) que sea devuelta si no cumple con los requisitos legales (art. 3° inc. 3°); c) que se suspenda su tramitación (art. 5° inc. 1°); d) que sea rechazada (art. 5° inc. 2°).

Pues bien, en esta última situación el Reglamento va más allá del texto legal al instituir en el art. 19 un recurso de reposición, que debe interponerse ante el Director Regional que dictó la resolución denegatoria dentro del plazo de cinco días, contado desde su notificación, y que debe ser resuelta en el término de diez días hábiles, "a contar de la recepción de la solicitud de reposición en la Dirección Regional respectiva". ¿Cómo puede reglamentarse un recurso no contemplado en la ley? Al obrar de esta manera, el Ejecutivo invade un campo que es propio del Legislativo, e infringe el art. 7° de la Constitución Política del Estado. En la especie se está en presencia de un reglamento de ejecución, y así lo entiende el art. 2° transitorio de la Ley al manifestar que "el reglamento de esta ley será dictado mediante decreto supremo del Ministerio de Justicia, el que contendrá la regulación de todos los aspectos necesarios para su implementación". En otras palabras, deben adoptarse las medidas necesarias para poner un funcionamiento a la Ley, a lo que se contiene en su texto, no a lo que no existe en ella, pues implementar no es sinónimo de agregar, o de añadir ni menos de crear.

17. Parece inoficioso manifestar que ante las alteraciones, modificaciones o incompatibilidades entre la Ley y su Reglamento prevalece la primera. Y si así no se entendiera, queda abierta la posibilidad de recurrir de protección en contra del Director del Servicio por ser autor de un acto ilegal o arbitrario que causa un perjuicio al interesado.

18. Como si los comentarios que anteceden no bastaren para demostrar las falencias y deficiencias de esta ley, se culminan las modificaciones estableciendo un nuevo texto para el art. 688 del C. Civil, que demuestra, una vez más, el desconocimiento –por no decir una supina ignorancia– de los autores de este texto legal. ¿Y en qué consiste la alteración aludida? El art. 688 antes de su reemplazo era del tenor siguiente, en la parte que nos interesa: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero..."; constituía lo que tradicionalmente se denominaba posesión legal. Pues bien, la nueva redacción de esta disposición expresa, en lo atinente: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión EFECTIVA de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero...". La diferencia entre

uno y otro artículo resalta a la vista: antes de su reemplazo el art. 688 se refiere a la posesión legal, en tanto que con la reforma introducida se alude a la posesión efectiva. Craso error del legislador, una aberración, podrán sostener –con toda razón– los civilistas. La posesión efectiva sólo se genera en virtud de una resolución judicial, y así lo estampa el art. 877 del C. Proc. Civil al señalar que “se dará la posesión efectiva de la herencia al que la pida...”, y se da algo a alguien cuando éste carece de lo pedido. En este caso, la posesión efectiva de la herencia, ya que hasta ese momento el heredero sólo tenía la posesión legal de la misma. Por lo demás, desde el epígrafe del párrafo 3° del Título VIII del Libro IV del C. de Procedimiento Civil, se discurre sobre la posesión efectiva de la herencia. Lo que se corrobora con lo establecido en el art. 55 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que es del siguiente tenor: “Para que el heredero pueda disponer de un inmueble, es necesario que preceda:

1° El decreto judicial que da la posesión efectiva...”. Con la innovación que se introdujo hay ahora dos posesiones efectivas: una que se confiere por el ministerio de la ley; y otra que se otorga por una resolución judicial o administrativa. ¿Cuál prevalece? Si se atiende al tenor del art. 688 reformado, evidentemente lo prescrito en el Código de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 19.903 está de más y sus disposiciones, por ende, carecen de aplicación. Sería suficiente para tener esta posesión efectiva acreditar la muerte del causante y los vínculos de parentesco del heredero que lo unen con aquél; a lo que podría añadirse todavía para aparentar una actuación regular la facción de un inventario solemne para colacionar esencialmente los bienes raíces de que era dueño el difunto y requerir, con tales antecedentes, que el tribunal competente dispusiera las inscripciones de rigor en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Igual predicamento regiría tratándose de las posesiones efectivas de índole administrativa. En otros términos, al agregar la palabra “efectiva” al art. 688, toda esta nueva regulación de la Ley N° 19.903 carece de justificación y bien pudieron habérsela ahorrado nuestros excelsos legisladores, quienes además dejan en evidencia su falta de diligencia y cuidado en la redacción del referido art. 688, cuando a continuación señalan “...pero esta posesión legal no...”. ¿En qué quedamos? ¿Es posesión efectiva o posesión legal? Desgraciadamente, no es factible aplicar a esta situación lo estampado en el art. 19 del Código Civil, dado que el sentido de la ley no es claro y será entonces necesario desatender su tenor literal y atenerse a las palabras utilizadas en el sentido que las ha definido el legislador expresamente para ciertas materias, como sucede en la situación descrita. Lo que sí queda claro es que esta antinomia debe resolverse legislativamente para eliminar la susodicha palabra “efectiva”, y devolver al art. 688 C. Civil su genuino alcance e interpretación .

La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios

Un intento de precisar su fundamento y extensión



Claudio Palavecino Cáceres

Abogado

Introducción

La responsabilidad subsidiaria que la ley impone al “dueño de la obra, empresa o faena” respecto de obligaciones laborales y de seguridad social de sus contratistas y subcontratistas (arts. 64 y 209 CT) viene llamando la atención de la dogmática laboral chilena desde hace más de una década.¹ Pero, con alguna excepción,² el tema ha sido tratado de manera tangencial o bien centrándose en sus aspectos procesales-adjetivos, soslayando el planteamiento –y, por tanto, la respuesta– de las cuestiones sustantivas que su escueta regulación legal

¹ Francisco WALKER ERRÁZURIZ: “El vínculo laboral entre la empresa contratista y sus trabajadores y la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal”, *Revista Laboral Chilena*, N° 10, diciembre de 1992, págs. 63-66; Francisco TAPIA GUERRERO y Roberto TORRES DÍAZ: “La responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo (Ley N° 19.250)”, *Revista Laboral Chilena*, N° 1, enero de 1994, págs. 70-75; Diego LÓPEZ FERNÁNDEZ: “La subcontratación y la precarización del empleo”, *Revista Laboral Chilena*, N° 8, agosto de 1996; José Luis UGARTE CATALDO: “Suministro de trabajadores y trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores?”. *Revista Laboral Chilena*, N° 6, junio de 1998; Francisco WALKER ERRÁZURIZ: “Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional”, *Revista Laboral Chilena*, N° 7, julio de 1998, págs. 69-78 (1ª parte) y N° 8, agosto de 1998, págs. 71-77 (2ª parte); Juan Sebastián GUMUCIO RIVAS: “Responsabilidad subsidiaria. Notas sobre el art. 64 del Código del Trabajo”, *Revista Laboral Chilena*, N° 8, agosto de 1999, págs. 59-65; José Luis UGARTE CATALDO: “La descentralización productiva: la nueva moda en las relaciones laborales”, *Revista Laboral Chilena*, N° 1, enero de 2001, págs. 57-64; Alejandro MEJÍA CORREA: *La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2002. También se encuentran referencias sobre el tema en algunos manuales: William THAYER ARTEAGA y Patricio NOVOA FUENZALIDA: *Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual de trabajo*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 369-373; Felipe SÁEZ CARLIER Y Cristián MELIS VALENCIA: *Derecho del Trabajo, tomo I*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 2000, págs. 319-331; Irene ROJAS MIÑO: *Manual de Derecho del Trabajo/Derecho individual*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, págs. 68-71. Finalmente, desde la perspectiva de la dogmática civil, toca el tema Hernán CORRAL TALCIANI: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 256.

² Paula Beatriz MILLON LORENS: *La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral*, editorial ConoSur, Santiago de Chile, 2001.

suscita. Como veremos, la responsabilidad subsidiaria es problemática en su totalidad, tanto en su fundamento como en su extensión subjetiva, objetiva y temporal.

Esta responsabilidad surge directa y objetivamente de la ley, que altera el efecto relativo del contrato de trabajo imponiendo una comunicación de responsabilidades entre comitente, contratista y subcontratistas. El "dueño de la obra, empresa o faena" o, mejor dicho, el comitente en los contratos y subcontratos de obras y de servicios, no concurre con su voluntad a la generación del contrato de trabajo y, sin embargo, le son oponibles obligaciones que tienen su fundamento en este acto jurídico. ¿Por qué se le puede exigir esa responsabilidad? La respuesta más simple es que el comitente se halla en el supuesto factual de la norma legal. La celebración de un contrato de obra o de servicio llevaría implícita una infiltración de derecho necesario absoluto que conecta el contrato civil (o mercantil, según el caso) con derechos y obligaciones de terceros, sin que la voluntad del comitente juegue aquí papel alguno para efectos de la atribución de tal responsabilidad. Pero esta solución formalista y autoritaria no es satisfactoria. Y es que la cuestión de fondo, a la que no responde la simple invocación de la fuente de la obligación, consiste en determinar cuál es el fundamento que justifica un tratamiento de esta clase. Tal respuesta apremia, porque la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo (art. 19 N° 16 inc. 2° CPR). "En su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo *o un trabajador*".³ ¿Y no se opera, acaso, en virtud de la responsabilidad subsidiaria, la imposición *ex lege* de un trabajador al comitente?

Esta cuestión no ha sido siquiera vislumbrada por la doctrina científica chilena. Ello explica que nuestra doctrina iuslaboralista ofrezca unas respuestas más bien pobres a la pregunta acerca del fundamento de la responsabilidad subsidiaria: se prescinde con demasiada ligereza de la voluntad jurídico-negocial del comitente, sin hacerse cargo de las implicancias constitucionales que entraña semejante omisión. De la crítica a la fundamentación tradicional de la responsabilidad subsidiaria y del desarrollo de una construcción más sólida para explicar su procedencia, que denomino "subordinación de segundo grado", me ocupo en el apartado 4 de este artículo.

Por otra parte, una lectura atenta de los autores chilenos que se ocupan del tema pone de manifiesto que muchos de ellos poseen una visión peyorativa o patológica de la descentralización productiva, la cual condiciona su inter-

³ Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, págs. 13 a 17, citada por Enrique EVANS DE LA CUADRA: *Los Derechos Constitucionales*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 11 (el destacado en cursiva es mío).



prestación de las normas sobre responsabilidad subsidiaria. Por tal motivo, he considerado útil recordar la total legitimidad y licitud de la decisión descentralizadora, su cobertura constitucional y la necesidad de justificar su limitación (apartado 3).

Pero los mayores problemas que plantea la responsabilidad subsidiaria son de orden práctico y los crea la indeterminación de su regulación legal. Esta vaguedad de la fórmula legal se manifiesta en primer lugar en una terminología inapropiada y confusa para referirse al responsable subsidiario y, enseguida, en la ausencia de una definición legal de la subcontratación y del tipo de contrato o contratos que son el soporte jurídico de la responsabilidad. Algunos han recurrido con demasiada prisa al Diccionario de la Lengua Española para buscar allí esas definiciones, obviando que se trata de conceptos técnicos prefigurados desde hace tiempo en el campo de la economía y de la dogmática civil. Razón por la cual consideré necesario dedicar el apartado 2 de este trabajo a los presupuestos de la responsabilidad subsidiaria.

Como quedó dicho, la regulación legal no precisa con la debida claridad la extensión del mandato contenido en ella. Abandona tan importante cuestión a la casuística, lo cual da pie a interpretaciones verdaderamente insensatas. Así, por ejemplo, y aunque resulta evidente que esta responsabilidad subsidiaria no puede tener lugar indiscriminadamente a partir de cualquier contrato o subcontrato que celebren las empresas, se ha llegado a sostener "que el campo de la responsabilidad subsidiaria del dueño de una obra, empresa o faena es amplio y no se encuentra condicionado ni reconoce limitación alguna de carácter legal respecto del tipo de trabajo o prestación de servicios de que se trate".⁴ En lo que respecta al objeto de la responsabilidad, sucede otro tanto, al no reconocerse por la doctrina ni la jurisprudencia límite alguno en relación con la naturaleza ni con la fuente de las obligaciones que se imputan al comitente, si bien se atempera esta desbordante amplitud con un criterio restrictivo temporal que atiende a la duración del contrato de obra o de servicio. Urge, pues, elaborar unos criterios delimitadores que acoten la extensión de la responsabilidad subsidiaria dentro de unos márgenes razonables. De ello me ocupo en el apartado 5 de este artículo.

Una síntesis de las tesis sostenidas en este trabajo puede hallarla el lector en el apartado final del mismo.

⁴ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3.171/86, 29 de abril de 1991.

1. Regulación legal

El art. 64 CT señala que: *“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”*. Este inciso agrega que: *“En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos”*.

El art. 209 CT señala, por su parte, que *“el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744”*. Agrega el precepto que *“en los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas”*.

Como se ve, los arts. 64 y 209 CT desplazan la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia un tercero, ajeno formalmente al contrato de trabajo. Este tercero, a quien la ley denomina “dueño de la obra, empresa o faena” y al cual nosotros –más correcta y brevemente– preferimos llamar “el comitente”, sólo se halla vinculado por su voluntad a una de las partes del contrato de trabajo, el empleador, a través de un contrato de obra o de servicio de naturaleza civil o mercantil. Y, sin embargo, por disposición de la ley, el comitente responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y de seguridad social que afectan a su contraparte en esos contratos extralaborales.

Esa responsabilidad que afecta directamente al contratista o subcontratista-empleador se va transfiriendo de manera ascendente a través de la cadena formada por subcontratistas y contratistas para llegar finalmente hasta el dueño de la obra, empresa o faena. La responsabilidad opera de una manera subsidiaria, vale decir, en defecto de cumplimiento de los inmediatamente obligados.



2. Presupuestos de la responsabilidad subsidiaria: La descentralización productiva y la subcontratación en sentido económico y jurídico-civil

Siguiendo al profesor español BLAT GIMENO, podemos definir la descentralización productiva como "la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas".⁵

Los autores han elaborado prolijas tipologías para describir las distintas manifestaciones de la descentralización productiva. Aquí interesa especialmente uno de los mecanismos descentralizadores; aquel que los economistas denominan "subcontratación".⁶ En sentido económico se entiende por tal "la operación en que una empresa (dadora de órdenes) confía a otra (tomadora de órdenes) el cuidado de ejecutarla para ella y bajo un cierto conjunto de especificaciones técnicas preestablecidas, una parte de los actos de producción o de servicios, sobre los cuales ella conserva la responsabilidad económica final".⁷

Se distingue, así, por un lado, una organización empresarial que reserva para sí cierto núcleo de funciones de su ciclo productivo consideradas como esenciales o estratégicas: la empresa "principal"; y del otro, las empresas que se encargan de realizar las demás funciones que han sido, por así decirlo, *expulsadas al exterior*⁸ por aquélla: las llamadas empresas "auxiliares".

La empresa principal y las auxiliares actúan coordinadas entre sí por relaciones de subordinación, complementariedad, subsidiariedad o colaboración.⁹ Jurídicamente estas relaciones de coordinación se canalizan a través de ciertos tipos contractuales del Derecho Civil y Mercantil, a saber: el contrato de ejecución de obra material o, como lo llama el Código Civil, el arrendamiento de obra (que es la figura paradigmática), el arrendamiento de servicios, la comisión o mandato mercantil, el contrato de transporte, y figuras más recientes y atípicas tales como el contrato de franquicia (*franchising*) y el de *engineering*.

⁵ Francisco BLAT GIMENO: "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2000, págs. 19 y 20.

⁶ En Chile el fenómeno ha sido tratado tangencialmente, con una visión muy peyorativa y claramente ideológica, en los estudios sectoriales publicados por el Programa de Economía del Trabajo (PET): Rafel AGACINO *et al.*: *La industria del cuero y del calzado después de una década*, Santiago, 1993; Patricio ESCOBAR y Diego LÓPEZ: *El sector forestal en Chile: crecimiento y precarización*, Santiago, 1996; Rafael AGACINO *et al.*: *Capital transnacional y trabajo. El desarrollo de la minería en Chile*, Santiago, 1999.

⁷ G. YOGUEL, citado por P. ESCOBAR y D. LÓPEZ: *El sector forestal en Chile: crecimiento y precarización*, PET, Santiago de Chile, 1996, pág. 101.

⁸ De ahí que se llame también a este fenómeno *outsourcing*.

⁹ Para más detalles y bibliografía, vid. BLAT: *Op. cit.*, págs. 27 y ss.

La empresa auxiliar puede cumplir directamente la obligación asumida con la empresa principal, en virtud de cualquiera de los precitados tipos contractuales, o bien celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza con otra u otras empresas para que sean éstas las que ejecuten por ella, en todo o en parte, la obligación contraída con la empresa principal. Esta operación de *duplicación contractual* dará lugar a una subcontratación en el sentido que confiere al término la dogmática civil.¹⁰

Las relaciones jurídicas –civiles o mercantiles– originadas en esta serie de contrataciones y subcontrataciones van a ser intervenidas por el legislador laboral, imponiendo a la parte que asume la posición de comitente en tales contratos una responsabilidad por obligaciones causadas en contratos de trabajo celebrados por su contraparte con terceros.

3. Plena legitimidad y licitud de la decisión descentralizadora. Su amparo constitucional y la necesidad de justificar su limitación

Parece difícil controvertir que los distintos mecanismos de descentralización productiva son útiles –y acaso imprescindibles– para el desarrollo, eficiencia y competitividad de la actividad empresarial. Coinciden los autores en que la descentralización productiva ha dejado de ser una solución coyuntural y de emergencia ante la crisis económica de los años setenta, pasando a constituirse en un fenómeno estructural, establemente incardinado en la economía con-

¹⁰ Según el profesor Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “el subcontrato es un nuevo contrato derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza”. Por lo tanto, para que se configure la subcontratación es preciso la coexistencia de dos contratos; los cuales deben nacer en forma sucesiva o derivada (de ahí que la doctrina italiana llame al subcontrato “contrato hijo” y al contrato primigenio “contrato padre”, denominación que también alude a la relación de dependencia que se suscita entre ambos); y, finalmente, los contratos deben tener igual naturaleza, esto es, los mismos elementos esenciales (*Los Contratos*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo I, pág. 214.) Lo expuesto me permite afirmar que la “subcontratación laboral” no existe. Esta denominación, que por desgracia tiene cierto arraigo en nuestro medio, es inapropiada y equívoca. Convendría desterrarla cuanto antes del lenguaje jurídico, pues entraña un contubernio conceptual inaceptable, una contradicción en los términos. En cuanto el contrato de trabajo entraña una obligación personalísima para el trabajador –la de prestar servicios– que no puede éste delegar en terceros, jamás puede ser tal obligación objeto de subcontratación. Lo que existe es un fenómeno económico que es la descentralización productiva, una de cuyas variantes es denominada por la ciencia económica “subcontratación”. Y este fenómeno tiene una dimensión jurídica dónde no es el contrato laboral el que se duplica, sino el contrato civil o mercantil que liga a la empresa comitente con la empresa auxiliar que ejecuta la obra o servicio. Esta operación de duplicación contractual entre la empresa auxiliar y otras que ejecutan por ella todo o parte de su prestación es estrictamente una subcontratación en sentido civil. El Derecho del Trabajo nada tiene que agregar al respecto y se sirve simplemente de estos conceptos (contratistas, subcontratistas) tal cual han sido desarrollados en sus disciplinas de origen. Sobre la subcontratación como categoría contractual puede verse: María BAEZA CAMPOS: *La Subcontratación*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981; Ana LÓPEZ FRÍAS: *Los Contratos Conexos*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA: *Op. cit.*, tomo I.

temporánea. Tampoco se puede desconocer que la decisión descentralizadora se funda *normalmente* en legítimas razones de especialización y de racionalidad organizativa y comercial de las empresas.¹¹

En consonancia con la legitimidad socioeconómica del fenómeno, nuestro ordenamiento jurídico no contiene actualmente ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la descentralización de funciones en cualquiera de sus modalidades. Antes al contrario, esta opción se encuentra amparada por el art. 19 N° 21 CPR, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el cual comprende, a su vez, dentro de su núcleo esencial, la libertad de organización de la acción productiva.¹²

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho del trabajo (arts. 64 y 209 CT) interviene la decisión descentralizadora imponiendo una comunicación de responsabilidades laborales y de seguridad social entre comitente y contratista. Al hacerlo configura un gravamen considerable sobre la subcontratación, que, por incidir sobre el precitado derecho, es preciso justificar debidamente.

De otra parte, la constatación de que esta responsabilidad subsidiaria viene a limitar garantías constitucionales, nos pone desde un principio en la necesidad de interpretar su alcance restrictivamente, no obstante la amplitud aparente del texto legal. Y es que a las conocidas y más que centenarias reglas de interpretación del Código Civil, se añade desde 1980 una nueva, que se desprende del art. 19 N° 26 CPR (la garantía de las garantías) y que obliga a interpretar restrictivamente los preceptos legales que limiten derechos constitucionales. Regla que en cierto modo viene a modificar la contenida en el artículo 23 del Código Civil.

¹¹ Lo que se busca con esta nueva forma de organización de la actividad empresarial es la especialización en la ejecución de determinadas funciones y una adaptación más rápida a las condiciones cambiantes del mercado; especialización y adaptación que son determinantes para la consecución de una mayor competitividad.

¹² Barrera infranqueable para cualquier intento de regresión a las limitaciones que alguna vez estableciera nuestro ordenamiento jurídico al régimen de contratistas. Recuérdese que la Ley 16.757, de 20 de febrero de 1968 (derogada en 1979 mediante el D.L. N° 2.950), restringía y en ciertos casos penalizaba la descentralización. Su art. 1° rezaba:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos y que no sean de los tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios.

“Sin embargo, la disposición del inciso anterior no se aplicará cuando los referidos trabajos constituyan una labor especializada, que se encomiende a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal sea, precisamente, ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas, o repuestos por orden de terceros.

“No se aplicará esta disposición a la actividad de la construcción”.

El art. 2° sancionaba las infracciones al artículo 1° con multa a beneficio fiscal de 5 a 100 sueldos vitales mensuales.

4. Fundamento de la responsabilidad

4.1. Crítica de la fundamentación tradicional

Hasta ahora, se ha venido justificando la irradiación de la responsabilidad por obligaciones laborales y de seguridad social desde los contratistas y subcontratistas-empleadores hacia el comitente-no empleador, en la finalidad de prevenir la insolvencia de aquéllos y tutelar los derechos de sus trabajadores, proporcionando a éstos uno o más patrimonios adicionales en los cuales hacer efectivas sus acreencias. Frente a la pregunta de por qué es legítimo que el ordenamiento jurídico laboral transforme al comitente en garante de los derechos de trabajadores ajenos, se suele señalar que, aunque no siendo éste el empleador directo de esos trabajadores, igualmente se beneficia de su actividad laboral.¹³ Pero esta explicación desatiende el carácter oneroso-conmutativo del contrato de obra o de servicio celebrado entre comitente y contratista. La actividad laboral de los trabajadores constituye el objeto de la obligación del contratista y la causa de la obligación del comitente de pagar un determinado precio, que se mira como equivalente. Si el comitente ya se obligó a pagar un precio justo por aquella prestación, no puede ser ésta la causa que justifique la asunción de obligaciones adicionales no consentidas. De manera que la teoría del beneficio no explica el *plus* de responsabilidad que le atribuye la ley al comitente.

Se ha querido fundamentar la responsabilidad subsidiaria del comitente en “una suerte de culpa *in contrahendo*”,¹⁴ teoría que no resulta aplicable en la especie, ya que si el incumplimiento del contratista o del subcontratista-empleador se produce, aun a pesar de la actuación pre-contractual diligente del comitente-no empleador, este último debe responder de todos modos. Por lo demás esta teoría presupone –y por ende no explica– la posición de garante del comitente-no empleador respecto de los derechos de trabajadores ajenos.

También se afirma que “se trata de una responsabilidad objetiva en que no ha mediado culpa por parte del obligado”,¹⁵ la cual tendría su fundamento en

¹³ TAPIA GUERRERO y TORRES DÍAZ: *Op. cit.*, pág. 70.

En igual sentido una sentencia de la Corte Suprema de 4 de septiembre de 2003: “No se corresponde con el sentido de justicia hacer responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones de dicha naturaleza que hayan surgido con anterioridad a su vinculación con el contratista o de éste con el subcontratista o con posterioridad a la obra, empresa o faena de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido. Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando. “donde está el beneficio, está la carga” (Rol N° 1.559-03, *Gaceta Jurídica* N° 282/2003, diciembre, pág. 259).

¹⁴ Los profesores THAYER y NOVOA señalan que “compete al dueño de la obra, o al contratista, según el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir sus obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales” (*Op. cit.*, pág. 372).

¹⁵ THAYER y NOVOA: *Op. et loc. cit.*

la teoría del riesgo-beneficio o en la teoría del riesgo creado.¹⁶ Pero no se ve cómo la celebración de contratos y subcontratos de obra o de servicio pueda ser una actividad riesgosa en el sentido que lo predicen dichas teorías.¹⁷ Si estimamos que el daño para estos efectos es el detrimento patrimonial que sufre el trabajador al no poder cobrar determinados créditos, resulta obvio que la única causa de ese daño es el incumplimiento de obligaciones del contratista o subcontratista-empleador. Resulta absurdo pretender que ese incumplimiento vendría determinado de algún modo por el riesgo creado por la actividad contractual civil o mercantil del comitente-no empleador.

4.2. Una nueva manera de justificar la responsabilidad subsidiaria: la subordinación de segundo grado; el dueño de la obra, empresa o faena como cuasi-empleador o empleador de facto.

La recién demostrada inadecuación de las teorías civilistas de atribución de responsabilidad, para fundamentar la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, nos mueve a buscar tal fundamento en las propias categorías del Derecho del Trabajo chileno. Concretamente, en la noción de empleador.

El art. 3º CT define al empleador como “la persona natural o jurídica *que utiliza los servicios* intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

Noción que viene a ser completada por el art. 7º CT, que, al definir contrato de trabajo, sitúa al empleador como sujeto activo de la relación de subordinación.

De manera que el concepto legal de empleador viene integrado por dos notas esenciales: la utilización de servicios personales y la posición activa del receptor de esos servicios en la relación de subordinación.

Ahora bien, como consecuencia de la celebración de contratos y subcontratos de obra o de servicio, un número importante de trabajadores son incorporados al proceso productivo de la empresa comitente de manera indirecta, a través de las empresas contratistas y subcontratistas. Lo cual genera, en cierto modo, una triangulación de la relación de trabajo, pues la empresa que utiliza los servicios del trabajador externo no ejerce simultáneamente sobre él la dirección y control directos, sino que tales poderes los administra la empresa auxiliar.

¹⁶ Así MILLON LORENS, que además parece confundir ambas teorías (*Op. cit.*, pág. 101).

¹⁷ Como dice LARENZ, “este riesgo debe ser específicamente derivado de la empresa o de circunstancias objetivas, no bastando aquel peligro general inherente a toda actividad humana” (citado en Gonzalo YUSSEF QUIRÓS: *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, 1ª edición, Editorial la Ley Ltda., Santiago de Chile, 2000, pág. 171).

La ejecución de labores bajo la modalidad de contratos y subcontratos de obra o de servicio produce, pues, la destrucción de la sencilla ecuación: empleador = usuario de los servicios + sujeto activo de la relación de subordinación.

Este quiebre genera un problema sistemático, porque el art. 7º CT configura al contrato de trabajo como un acto jurídico estrictamente bilateral.¹⁸

Por tanto, uno de los elementos de aquella ecuación debe preponderar sobre el otro, a la hora de determinar quién reviste jurídicamente la calidad de empleador en supuestos de subcontratación. Y nuestro ordenamiento jurídico se inclina a favor del elemento subordinación, atribuyendo al contratista (o al subcontratista en su caso) la condición de empleador, por ser éste quien ejerce inmediatamente sobre sus respectivos trabajadores las facultades tradicionalmente asociadas a la posición de sujeto activo en la relación de subordinación (los poderes de dirección, control y disciplina).

Pero si bien la otra nota definitoria de la noción legal de empleador, la condición de usuario de los servicios –la cual se traslada a la empresa comitente– ha sido estimada jurídicamente insuficiente para dar a esta empresa principal la condición de empleadora, materialmente, sin embargo, la deja, en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas, en una posición –si cabe la expresión– de “cuasiempleadora” o de empleadora de facto. Posición ésta que no puede ser desconocida por la rama del Derecho que tiene como uno de sus principios básicos el de supremacía de la realidad. De ahí que nuestro Derecho del Trabajo reconozca esta situación puramente fáctica y la dote de una cierta eficacia contractual, atribuyendo a este comitente-empleador de facto una responsabilidad subsidiaria, en defecto de cumplimiento de quien es jurídicamente empleador, del directamente obligado, vale decir del contratista o del subcontratista, según el caso.¹⁹

Todavía se hace más nítida esta condición de cuasiempleadora de la empresa comitente, si profundizamos en la noción de subordinación desde una perspectiva distinta de la tradicional. Ya en una de nuestras primeras publicaciones²⁰ proponíamos que el concepto de subordinación, en cuanto elemento tipificante de la relación de trabajo, debía entenderse en la actualidad como

¹⁸ De ahí la necesidad de una reforma legal para introducir en nuestro ordenamiento jurídico laboral las empresas de trabajo temporal.

¹⁹ En el mismo sentido señala WALKER: “debe indicarse que la disposición legal vigente considera al dueño de la obra, en cierto modo, como empleador indirecto al establecer que el trabajador podrá notificar al dueño de la obra, al mismo tiempo que se demanda al contratista, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad subsidiaria en caso que el contratista no satisficiera el crédito” (“Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional”, 2ª parte, *loc. cit.*, pág. 73).

²⁰ Vid. “La subordinación laboral: una relación en permanente cambio”, *Revista Laboral Chilena* N° 9-10, septiembre-octubre de 1999, págs. 76-80.



la incorporación del trabajador a un régimen heterónimo de organización productiva: la empresa.

Pues bien, los trabajadores de las empresas auxiliares quedan imbuidos no sólo en el ámbito organizacional de éstas, sino también en una organización productiva de una envergadura más amplia: la empresa principal o comitente. En tales casos, se configura entre la empresa principal y aquellos trabajadores formalmente ajenos o externos una relación de subordinación que podríamos denominar mediata, indirecta o, todavía mejor, de segundo grado.

La empresa principal ejerce un cierto control sobre la organización productiva de las empresas contratistas y subcontratistas.²¹ Como observa el español GOERLICH, se trata de "la existencia de una verdadera jerarquía entre los diferentes intervinientes, de modo que el empresario principal se asemejaría, en cierto modo, a un empresario en sentido laboral de los empresarios contratistas y, en su caso, subcontratistas".²²

Evidentemente la empresa contratista o subcontratista debe existir como tal, tanto formal como materialmente; vale decir, constituir una verdadera organización de capital y trabajo, de factores productivos. De lo contrario no estaríamos frente a una subcontratación, sino ante la mera cesión o suministro de mano de obra o ante una subcontratación fraudulenta por interposición de terceros.

Pero, a la vez, la dependencia suscitada entre las empresas contratistas y subcontratistas y la empresa comitente conlleva que ésta ejerza también una dirección y fiscalización o, cuando menos, una cierta coordinación, si bien mediatas o indirectas, sobre los trabajadores de aquéllas. Esta subordinación de segundo grado da lugar a una suerte de relación de trabajo fáctica entre estos trabajadores y la empresa comitente, en virtud de la cual es legítimo considerar a la empresa principal como una cuasiempleadora y, por ende, imputarle una responsabilidad subsidiaria –y precisamente subsidiaria– en relación con las obligaciones laborales y de seguridad social que competen directamente a las empresas auxiliares.

²¹ Según ESCOBAR: "los escasos estudios realizados en torno al tema de la subcontratación develan una de las características esenciales del proceso, que se refiere a que los subcontratistas suelen a su vez subcontratar a otras empresas menores. Esto da curso a una red de subcontratistas y sub-subcontratistas vinculados jerárquicamente por relaciones de dependencia y controlados en última instancia por las empresas contratantes" (*El sector forestal en Chile... op cit.*, pág. 102).

²² José María GOERLICH PESET: "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España 2000, pág. 101.

5. Extensión de la responsabilidad

5.1. Ámbito subjetivo

El art. 64 CT establece una responsabilidad en cascada o escalonada. Cabe distinguir tres situaciones:

1ª) El dueño de la obra, empresa o faena celebra un contrato de ejecución de obra o de servicio con un contratista que realiza directamente con sus trabajadores la obra o el servicio. En tal caso el trabajador debe dirigirse primero contra el directamente obligado, vale decir, contra el contratista-empleador. De no obtener el pago íntegro de lo adeudado, surge la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena.

2ª) El contratista no realiza por sí mismo la obra o el servicio pactado, sino que la encarga todo o parte de su ejecución a un subcontratista, quien la realiza con sus trabajadores. El trabajador debe dirigirse primero contra el subcontratista, en su calidad de empleador directo. Si el subcontratista no cumple íntegramente con las obligaciones laborales y de seguridad social, responde subsidiariamente el contratista y, si tampoco pudiere éste satisfacer la totalidad de esos créditos, responde finalmente el dueño de la obra, empresa o faena.

3ª) El subcontratista, a su vez, subcontrata todo o parte de la ejecución de la obra o el servicio. Aquí surge un primer problema: ¿la responsabilidad subsidiaria se comunica entre todos los eslabones que forman la cadena de subcontrataciones, sin importar cuán larga sea? En opinión de algunos autores la responsabilidad sólo se comunica entre dos eslabones y luego se interrumpe. Por consiguiente, el dueño de la obra, empresa o faena queda liberado de responsabilidad subsidiaria “cuando las obligaciones afecten en origen a subcontratistas de grado segundo o posterior, esto es, a subcontratistas de subcontratistas”.²³ Afirman estos mismos autores que la relación de tres grados del art. 64 CT también puede darse entre el subcontratista de primer grado y los de grado posterior en cualquier tramo de la cadena, puesto que nada impide que cualquiera de ellos asuma funcionalmente la posición y la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena. En cualquier caso, la responsabilidad subsidiaria pasaría solamente entre dos eslabones contiguos.

Ahora bien, este límite de la responsabilidad subsidiaria no está nada claro en el texto legal. La redacción del art. 64 CT es lo suficientemente ambigua al referirse a los “subcontratistas” en plural, como para entender que la intención del legislador ha sido llegar hasta final de la cadena de subcontrataciones.

²³ GUMUCIO RIVAS: *Op. cit.*, pág. 60; MEJIA CORREA: *Op. cit.*, págs. 30-31.

La única excepción explícita que contempla la ley dice relación con *los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, donde no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural* (art. 64 inciso final CT).

Pero además de este límite legal hay unos límites fácticos, que son los presupuestos de la responsabilidad y que dicen relación con el tipo de actividad subcontratada. Pese a su imprecisión, el art. 64 CT contiene algunos elementos normativos iluminadores. En efecto, la expresión “dueño de la obra, empresa o faena” y la exención de responsabilidad contenida en el inciso final nos conducen a la figura jurídica nuclear que el legislador tuvo en mente a la hora de configurar este sistema de responsabilidades: el contrato civil de arrendamiento de obra o, en una terminología más apropiada, el contrato de obra, pensado sobre todo para la construcción de edificios.

Este contrato se caracteriza por la existencia de una obligación de resultado: la obra que el contratista se obliga a realizar a cambio de un precio cierto y determinado. Tal obra puede obtenerse mediante el trabajo personal del contratista o mediante el trabajo de sus dependientes.

Pues bien, de acuerdo a la terminología del Código Civil, “dueño de la obra” es quien la encarga, esto es, el comitente, y “empresario” quien toma a su cargo su ejecución aplicando a ella una dotación de trabajadores.²⁴

En una primera aproximación, podemos afirmar que quien encarga a un empresario la ejecución de una obra material responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y de seguridad social que tenga éste con sus trabajadores.

Pero nuestra tarea delimitadora está todavía inconclusa. Si bien las expresiones dueño de la “obra” o “faena” que emplea el Código del Trabajo aluden claramente a la ejecución de una obra material y circunscriben de esa manera el objeto de los contratos y subcontratos relevantes, tal delimitación viene a quedar anulada por la expresión “dueño de la empresa”, que no es asimilable a las anteriores ni ofrece, por tanto, ningún criterio delimitador en cuanto a la actividad que puede ser objeto de contratos y subcontratos entre ese “dueño de la empresa” y sus contratistas y subcontratistas. El alcance de la responsabilidad subsidiaria se expande, pues, al extenso ámbito de las obras inmateriales

²⁴ Y es precisamente aquí donde surge por vez primera la responsabilidad laboral del comitente. En efecto, si la obra consiste en la construcción de edificios, el citado cuerpo legal establece, en su art. 2003 regla 5ª, una responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en relación con “las pagas” de los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio, cuando éstos no han contratado directamente con él, sino con el empresario y hasta concurrencia de lo que el dueño deba a este último.

o servicios. Pero aun cuando el contrato que sirve de soporte a la comunicación de responsabilidades puede ser tanto el arrendamiento de obra como el de servicios, e inclusive otros contratos que tengan por objeto la prestación de un *facere* específico, no se puede sostener que “la responsabilidad subsidiaria del dueño de la empresa, obra o faena opera frente a la labores desarrolladas por el contratista *sin considerar su naturaleza*”.²⁵ Aquí es preciso recordar que la norma legal está limitando garantías constitucionales y que por tanto debe excluirse una interpretación que extienda este gravamen a toda actividad empresarial, pues tal inteligencia del precepto importaría darle a éste un alcance atentatorio contra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21° CPR).

Debemos pues leer la norma del art. 64 CT en conexión con el fundamento o justificación de la responsabilidad subsidiaria, esto es, la posición de cuasi-empleador o de empleador de facto en que se coloca el empresario principal respecto de los trabajadores externos.

Sólo en cuanto el contrato o subcontrato permita vehiculizar la incorporación de trabajadores externos al ámbito organizacional de la empresa comitente surgirá la responsabilidad subsidiaria de ésta.

En mi opinión hay tres condiciones fundamentales que permiten configurar esta situación fáctica: a) el contrato o subcontrato debe referirse a una obligación de hacer; b) la actividad contratada o subcontratada debe estar vinculada al ciclo productivo de la empresa principal; y c) la actividad contratada o subcontratada debe desarrollarse al interior de la empresa principal.

Cada una de estas condiciones opera sucesivamente en el orden expuesto y, cual círculos concéntricos, cuya extensión va de mayor a menor, permiten acotar la noción de contrato y subcontrato relevante para efectos de la comunicación de responsabilidades.

a) Como quedó dicho, la figura jurídica nuclear a partir de la cual se construye el régimen de responsabilidad subsidiaria es el contrato de ejecución de obra referido a la construcción de edificios. Aunque, acto seguido, aclaramos que no es el único tipo contractual que sirve de presupuesto a la responsabilidad subsidiaria. Hay otras figuras, típicas y atípicas, que pueden dar lugar a la incorporación de trabajadores a un ámbito organizacional ajeno, en cuanto comparten un mismo trasfondo material con el contrato de obra. Ese trasfondo común está configurado por una relación en la que una de las partes encarga a la otra una prestación de hacer, un *facere*, que comprende, desde luego, las

²⁵ MEJIA CORREA: *op. cit.*, pág. 96 (el destacado en cursiva es mío).

obras (vale decir, la producción de un nuevo bien material o la alteración de otros preexistentes), pero también los servicios (esto es, una vasta gama de actividades que no consisten principalmente en la transformación de la materia).

De acuerdo con esta primera determinación, quedarían excluidos como supuestos del régimen de responsabilidad subsidiaria aquellos contratos cuyo objeto sea meramente un *dare*, como la compraventa y el suministro.

La explicación de esta distinción y consiguiente exclusión me parece clara a partir del fundamento de la responsabilidad subsidiaria. Los contratos que tienen por objeto una obligación de hacer, ya se trate de ejecutar una obra o un servicio, suponen la sujeción del contratista a un conjunto de instrucciones dadas por el comitente y, por tanto, una injerencia de éste en la forma en que ha de llevarse a cabo la obra o el servicio encomendado. No hay tal injerencia, en cambio, en los contratos que tienen como objeto únicamente una prestación de dar, donde el obligado lo es a transferir el dominio de un bien con determinadas características, sin que emane para el adquirente el derecho a una actividad interventora en el proceso productivo de la cosa objeto de la obligación.

Es precisamente esa posibilidad de influencia en un ciclo productivo ajeno que admiten los contratos que tienen como objeto un *facere* y que no admiten los contratos que tienen como objeto un *dare*, el primer germen o presupuesto de la subordinación de segundo grado, que justifica la responsabilidad subsidiaria del comitente.

b) Además, para que pueda darse esta subordinación de segundo grado, es preciso que exista una estrecha conexión funcional entre la empresa-comitente y la empresa-contratista. Las actividades subcontratadas relevantes a la hora de imputar la responsabilidad subsidiaria son únicamente aquellas vinculadas al ciclo productivo de la empresa principal, esto es, al conjunto de operaciones básicas, ordinaria y directamente encaminadas a la obtención del fin productivo.

Tal determinación es posible extraerla del concepto económico de subcontratación: la empresa principal confía a la auxiliar una parte de los actos de producción o de servicios, sobre los cuales ella conserva la responsabilidad económica final. Esta modalidad de descentralización supone, por definición, una externalización de funciones propias del ciclo productivo de la empresa principal.

Pero, además, sólo cuando tal conexión funcional se da en la realidad, es posible decir con propiedad que los trabajadores del contratista se "incorporan" en la organización productiva del empresario principal; circunstancia que constituye

la razón justificante de la imputación a dicho empresario de las obligaciones propias del empleador.

Corolario de lo anterior es que cierto tipo de contratos o subcontratos, no obstante enmarcarse en el contrato para la ejecución de una obra o un servicio o de compartir sus elementos esenciales (esto es, tener como objeto la prestación de un *facere* específico), no deberían dar lugar a la responsabilidad subsidiaria del comitente. Me refiero a las contrataciones y subcontratas extravagantes, esto es, aquellas que tienen por objeto obras o servicios ajenos al ciclo productivo de la empresa comitente, desconectadas de su finalidad productiva y de las actividades regulares de la misma. A modo de ejemplo, no quedarían sujetas a responsabilidad subsidiaria de la empresa comitente las contrataciones relativas a servicios de aseo, vigilancia y alimentación; salvo, claro está, que cualquiera de éstos sea precisamente el giro de la empresa principal.

c) Los criterios precedentemente enunciados son todavía insuficientes para configurar un ámbito seguro y cierto de aplicabilidad de la responsabilidad subsidiaria. Porque la empresa principal puede externalizar funciones propias de su ciclo productivo sin que se suscite, ni siquiera mediatamente, la incorporación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas al ámbito organizacional y directivo de aquélla. Así, por ejemplo, una empresa que fabrica computadoras envía los discos duros en proceso de fabricación a otra para que les añada unos determinados chips. Como quiera que se encuadre jurídicamente esa externalización de funciones, conlleva una prestación de hacer y, de otra parte, está innegablemente vinculada al ciclo productivo de la empresa comitente. Sin embargo, constituiría un exceso evidente endilgarle a la empresa principal la responsabilidad subsidiaria respecto de los derechos de trabajadores sobre los cuales no ejerce ninguna clase de control.

De ahí que sea necesario aplicar un tercer criterio a fin de acotar todavía más el ámbito subjetivo de esta responsabilidad: el criterio locativo, geográfico o espacial. Es preciso que los trabajadores externos ejecuten la obra o realicen los servicios en el ámbito espacial que el empresario principal organiza y dirige: desde luego el o los centros de trabajo, pero también lugares exteriores a ellos, cuando la naturaleza de la actividad productiva desarrollada por la empresa comitente así lo exige, por tratarse, precisamente, de una actividad geográficamente dispersa (caso típico de las empresas de suministro de gas o electricidad o de transporte, o aquellas que realizan ventas puerta a puerta, encuestas, etc.).

Como observa el español RODRÍGUEZ-PIÑERO, “es la inmediatez de la prestación de trabajo en la empresa principal la que genera esa especie de relación mediata que justifica incluso, por la existencia de un margen de control del

empresario principal, las responsabilidades y cargas que a éste se le imponen frente a los trabajadores del contratista sobre los que, por así decirlo, tiene algún tipo de acceso".²⁶

En resumen, podemos señalar que la responsabilidad se comunica desde el empleador al comitente cuando ambos son partes de un contrato de ejecución de obra o de servicio o de cualquiera otro, típico o atípico, que entraña la prestación de un determinado "hacer"; siempre que esa prestación tenga por objeto actividades propias del ciclo productivo de la empresa comitente y se desarrolle en un espacio físico controlado por ella.

5.2. Ámbito objetivo

De acuerdo con el art. 64 CT, el objeto de la responsabilidad subsidiaria del comitente son *las obligaciones laborales y previsionales* que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores. Los autores han colegido de la indistinción de la norma que la extensión objetiva de la responsabilidad es amplísima, "toda vez que no excluye ninguna de las obligaciones que nacen en virtud de una relación laboral".²⁷ La Corte Suprema se ha pronunciado recientemente en el mismo sentido:

"...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".²⁸

No obstante, hay un dato normativo que podría dar pie a una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de la responsabilidad subsidiaria circunscribiéndola a una especie de obligaciones. En efecto, el art. 64 se encuentra ubicado dentro del capítulo VI del Título I del Libro I del Código del Trabajo, capítulo denominado "de la protección de las remuneraciones". De modo que, de acuerdo a la propia sistemática del Código, la responsabilidad subsidiaria sería un mecanismo de protección de esta clase de obligaciones y no de otras. Así opinó el voto disidente del fallo precitado, según el cual "no resulta posible (...) extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, de los años servidos y de la compensación de feriados".²⁹

²⁶ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 ET", *Relaciones Laborales* 1996-I, pág. 32.

²⁷ MEJIA CORREA: *Op. cit.*, pág. 96. En el mismo sentido, MILLON LORENS: *op. cit.*, pág. 98.

²⁸ Rol N° 1.559-03, Gaceta Jurídica N° 282/2003, diciembre, pág. 258.

²⁹ *Idem*, págs. 260-261.

Lo cierto es que a partir del fundamento que hemos dado para justificar la responsabilidad subsidiaria no surge ningún límite en relación con su objeto. Antes al contrario, si estimamos que el comitente es un empleador *de facto*, parece razonable y justo que responda de las mismas obligaciones que el empleador *de iure*.

CORRAL plantea la cuestión de si dentro de la expresión "obligaciones laborales" se hallarían contempladas las obligaciones de responder por los accidentes del trabajo. Sostiene que los accidentes laborales son materia de la seguridad social, y que la regulación de la eventual obligación de indemnizar del empleador está entregada al derecho común o civil. Concluye que:

"las obligaciones propias de la responsabilidad por daños causados en el desempeño laboral (sean contractuales o extracontractuales) son verdaderas obligaciones civiles y no laborales. Si el legislador hubiera querido imponer un régimen de responsabilidad subsidiario y de carácter objetivo, lo habría hecho de un modo expreso y no de una manera tan difuminada".³⁰

A mi juicio, la cuestión viene zanjada por el art. 209 CT. Esta disposición señala que "el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744". Agrega el precepto que "en los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas".

Lo primero que cabe preguntarse es ¿qué función cumple esta nueva imputación de responsabilidad subsidiaria?

Una primera respuesta podría ser que... ninguna. Se trataría de una mera reiteración de lo que ya dice el art. 64 CT, puesto que las obligaciones de afiliación y cotización al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son especies de las *obligaciones previsionales* genéricamente aludidas en aquél artículo.

Ahora bien, si se lee con atención el art. 209 CT, se puede constatar que el legislador omitió establecer aquí una responsabilidad en cascada, como sí lo hace en el art. 64 CT. Sólo habría responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de afiliación y cotización al seguro, para el dueño de la obra, empresa o faena en defecto del cumplimiento del contratista. Como el precepto no se pone en el caso de incumplimiento de los subcontratistas, el contratista no respondería

³⁰ *Op. cit.*, pág. 256.

subsidiariamente en caso de incumplimiento de aquéllos. Al interrumpirse la cadena, tampoco el dueño de la obra, empresa o faena tendría responsabilidad en defecto del cumplimiento de los subcontratistas.

Pero esta lectura, aunque formalmente admisible, no resiste una mínima exigencia de razonabilidad. Y es que no se vislumbra ningún motivo que justifique excluir las obligaciones de afiliación y cotización al seguro de contingencias profesionales del régimen general de responsabilidad en cascada establecido por el art. 64 CT.

En mi opinión el precepto debe leerse del siguiente modo: En materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales la responsabilidad del comitente es subsidiaria y objetiva sólo en relación con las obligaciones de afiliación y cotización al seguro. Respecto de las demás, esto es, de las obligaciones de prevención de riesgos y, en caso de siniestro, la de reparación, la responsabilidad es directa y subjetiva y se rige por las normas del Derecho Civil. Hay que tener en cuenta que los trabajadores externos prestan sus servicios en el ámbito espacial que el comitente organiza y dirige. De manera que parece lógico y apropiado que sea éste quien deba adoptar *todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores (art. 184)* y, en su caso, responda civilmente por las consecuencias dañosas del incumplimiento culposo de esta obligación.

Así lo ha entendido el Ejecutivo al dictar el Decreto Supremo N° 594, de Salud,³¹ que aprueba el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales en los lugares de trabajo, y modifica la actual normativa, establecida en el D.S. N° 745, de Salud, de 1992. La nueva reglamentación establece la obligación del empleador de mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñen, sean dependientes suyos o *de terceros contratistas que realicen actividades para él.*

5.3. Ámbito temporal

Como acabamos de ver, el objeto de la responsabilidad subsidiaria comprende las obligaciones laborales y previsionales contraídas por los contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores. ¿Pero contraídas cuándo? ¿antes, durante o después de la contrata? El art. 64 CT no lo precisa. Pero si hemos venido justificando esta responsabilidad en la subordinación de segundo grado que el empresario-comitente ejerce sobre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, lo consecuente es limitar la extensión temporal

³¹ Diario Oficial de 29 de abril de 2000.

de la responsabilidad subsidiaria al período en que los trabajadores externos prestan servicios para aquél. De manera que el comitente sólo responderá subsidiariamente por las obligaciones laborales y de seguridad social devengadas durante el lapso en que utiliza los servicios del trabajador externo. Este límite temporal de la responsabilidad subsidiaria ya había sido elaborado, aunque con otros fundamentos, por la jurisprudencia administrativa³² y judicial.³³

Aquí –como en tantos otros lugares– la nulidad de despido por deuda previsional³⁴ complica las cosas. La cuestión es la siguiente: Si el contratista o subcontratista-empleador despide al trabajador adeudándole cotizaciones previsionales, ¿las consecuencias de la nulidad de ese despido son también imputables al comitente? A mi juicio sí, en tanto los supuestos fácticos de dicha nulidad (laguna previsional y despido) se hayan producido durante la vigencia del contrato o subcontrato. En tal caso, mientras esa deuda no quede solucionada o no transcurran los seis meses que ha fijado como límite la jurisprudencia, se incorporan al objeto de la responsabilidad subsidiaria las remuneraciones y demás prestaciones contractuales, aunque el trabajador haya dejado ya de prestar servicios en el ámbito controlado por el empresario comitente.

6. Conclusiones y reflexión final

Los párrafos precedentes pueden sintetizarse en siete ideas fundamentales:

- 1) La descentralización productiva es una actividad lícita y está garantizada constitucionalmente por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.
- 2) La responsabilidad subsidiaria que grava la subcontratación afecta garantías constitucionales, por lo que debe interpretarse restrictivamente.
- 3) Dicha responsabilidad se fundamenta en la posición de cuasiempleador o empleador de facto en que se sitúa el comitente en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas.
- 4) Tal posición surge al quedar los trabajadores mediatamente incorporados a la organización productiva de la empresa principal, lo que denomino subordinación de segundo grado.

³² “dicha responsabilidad, en cuanto al tiempo o periodo por el cual debe responder el dueño de una obra, empresa o faena debe, necesariamente, entenderse limitada a aquél durante el cual el o los trabajadores prestaron efectivos servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan aquellas obligaciones laborales y previsionales cuyo principal obligado es el contratista” (Dirección del Trabajo, Dictamen 5.393/236, 02/10/96).

³³ *Vid. supra*, nota 13.

³⁴ *Vid.* Claudio PALAVECINO CÁCERES: “El despido nulo por deuda previsional: Un esperpento jurídico”, *Ius et praxis*, Año 8 N° 2, Talca, 2002, págs. 557-573.

- 5) Esta incorporación se canaliza a través de un contrato civil o mercantil entre el comitente y el contratista, en que aquél encomienda a éste una prestación de hacer que tiene por objeto una actividad propia de su ciclo productivo y que el contratista desarrollará con sus trabajadores en un espacio físico controlado por el comitente.
- 6) La comunicación de responsabilidad se produce entre las partes de este contrato y afectará al comitente (y a quien ocupe una posición análoga en la cadena de subcontrataciones) en defecto de cumplimiento del contratista o subcontratista-empleador.
- 7) Responsabilidad que comprende todas las obligaciones laborales y previsionales devengadas en favor del trabajador externo durante su permanencia en el ámbito organizacional y directivo de la empresa comitente.

Podrá o no compartir el lector las tesis defendidas en este trabajo, pero creo que a lo menos una conclusión debiera resultar pacífica, a saber: que el Código del Trabajo regula con extrema parquedad y de manera técnicamente defectuosa la responsabilidad subsidiaria, generando con ello inseguridad en cuanto a su extensión subjetiva, objetiva y temporal, inseguridad que reclama una mayor determinación normativa de estos tres ámbitos.

Lo natural sería, entonces, finalizar este *excursus* con una invocación al legislador para que concretice la extensión de la responsabilidad subsidiaria. Sin descartar esa posibilidad, mas teniendo presente que ya se desperdició una oportunidad para hacerlo con la inoficiosa Ley 19.666, creo más factible en lo inmediato una determinación por la vía doctrinaria, susceptible de ser recogida por los tribunales, y de la cual este trabajo podría constituir un nuevo paso.



Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis



Cristián Blanche Reyes

Profesor de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

En este artículo analizaremos dos temas de Derecho Tributario que aparentemente no tienen entre sí una vinculación o nexo conceptual, y que en el último tiempo han cobrado enorme importancia y actualidad.

Nos referimos, en primer término, a la crisis del sistema procesal tributario. En este acápite vincularemos la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que ha anulado lo obrado en las causas tributarias, a raíz de la inconstitucionalidad de la delegación de las facultades jurisdiccionales, con el proyecto de ley que persigue la creación de tribunales tributarios independientes.

En una segunda parte, abordaremos la reciente derogación del incentivo tributario del artículo 57 bis, reforma que entendemos es abiertamente inconstitucional, por afectar derechos adquiridos del contribuyente. La aprobación de leyes inconstitucionales, especialmente de carácter tributario, constituye una voz de alerta para la estabilidad de nuestro sistema jurídico económico,¹ en especial teniendo presente que éstas requieren para su aprobación de simple mayoría.

Ambos temas tienen en común el hecho de destacar el desconocimiento y quebrantamiento del estado de derecho en materia tributaria; en el primer caso, mediante el juzgamiento de las causas por una de las partes en forma delegada, el Ejecutivo, y en el segundo caso, mediante la afectación del derecho de propiedad por parte de otro poder del Estado, el Legislativo.

¹ Como ejemplo adicional, cabe recordar la moción parlamentaria que se presentó recientemente, para restringir el alcance del descuento del 65% del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en el caso de la venta de inmuebles con destino habitacional, la cual finalmente no prosperó. Ello no obstante que los proyectos de ley en materia tributaria son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Situaciones como las descritas anteriormente, han creado un grave desequilibrio entre el Estado y los particulares, que debe ser restablecido a la brevedad, mas aún, hoy se habla de una especie de dictadura de la Administración en materia tributaria, puesto que en la práctica se concentran en sus manos los tres poderes: el Ejecutivo, ya que fiscaliza el cumplimiento de las leyes tributarias y las interpreta administrativamente; el Legislativo, ya que cualquier modificación legal en materia tributaria es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; y el Judicial, ya que un funcionario de su exclusiva confianza es juez y parte en la primera instancia.

I. La crisis del sistema procesal tributario

Existe una crítica generalizada al sistema procesal tributario vigente, que entrega la resolución de los conflictos en la primera instancia al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos y, por lo tanto, una necesidad urgente de crear Tribunales Tributarios Independientes.² Digo generalizada, por cuanto la necesidad de hacer un cambio en estas materias no sólo ha sido manifestada por los particulares, sino también por la propia Administración Tributaria.

En efecto, para atenuar esta inequidad, el Servicio de Impuestos Internos decidió unilateralmente que los Directores Regionales delegaran la facultad de resolver las controversias tributarias en los Jefes de los Departamentos Jurídicos. Para ello, se partió con un plan piloto en la Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro en el mes de agosto del año 1993, extendiéndose al resto del país en el año siguiente. Además, el Director Nacional del Servicio, a su vez, delegó su facultad de representar judicialmente al Fisco en la primera instancia, en los mismos Directores Regionales.

Muchos contribuyentes impugnaron esta delegación de facultades, mediante recursos de protección e inaplicabilidad, pero éstos fueron sistemáticamente rechazados. Sin embargo, a contar del año 2000 la Corte de Apelaciones de Santiago comenzó a decretar en algunas causas tributarias, la nulidad de derecho público de los procesos, por estimar inconstitucional la delegación de facultades jurisdiccionales. Con posterioridad, se sumaron otras Cortes de Apelaciones del país con la misma tesis. Sin embargo, también existieron sentencias que resolvían lo contrario, lo que obviamente generó incertidumbre tanto para el Fisco como para los contribuyentes, acerca de la suerte de cada causa tributaria.

² En estricto rigor jurídico, no puede existir un tribunal que no sea independiente, ya que la imparcialidad es una característica inherente a todo tribunal, por eso se ha sostenido que en materia tributaria no existe la doble instancia, sino una única instancia y ésta se desarrolla ante las Cortes de Apelaciones, puesto que el denominado juez tributario es un funcionario nombrado por el ejecutivo, es decir, por una de las partes del conflicto que se debe resolver.

Las causas anuladas por la Corte de Apelaciones respectiva no pudieron ser conocidas por la Corte Suprema, ya que la resolución que decreta la nulidad de derecho público no es susceptible del recurso de casación. Hasta que con fecha 20 de diciembre del año 2002, el Pleno de la Corte Suprema –por mayoría de votos– declaró de oficio la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 116 del Código Tributario. Esta resolución generó un verdadero terremoto jurídico, ya que la sala tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago decretó de oficio la nulidad de cientos de causas tributarias que aún no habían sido resueltas. Lo cual fue enmendado por la Corte Suprema, al ordenar que dichas causas volvieran a la Corte de Apelaciones para la vista de la causa. En otras palabras, el tribunal de casación estableció la doctrina de que la nulidad debe ser decretada para cada caso concreto. Con posterioridad a esa fecha, el pleno de la Corte Suprema se ha pronunciado acerca de la inconstitucionalidad de la delegación de facultades, en otras causas.³

En la práctica la nulidad de las causas tributarias afecta principalmente a las Pymes, puesto que una provisión en sus estados financieros de esta contingencia incide directamente en sus líneas de crédito. Sin embargo, en todos los casos, existe una demora indebida e inexcusable en los procesos.⁴ En efecto, un proceso tributario para resolverse en la Corte de Apelaciones de Santiago demora aproximadamente 5 años, y por lo tanto la nulidad implica litigar a lo menos 5 años más, a una tasa de interés real de un 18% anual.

Asimismo, el Ejecutivo teniendo presente las críticas al sistema procesal tributario, se obligó en la tramitación de la Ley de Evasión,⁵ a presentar un proyecto de ley para crear tribunales independientes, cuestión que se materializó con fecha 19 de diciembre del año 2002.⁶ Este proyecto de ley, si bien constituye un avance,⁷ ha sido objeto de numerosas críticas por cuanto los

³ Cabe señalar que, como consecuencia de la reciente reforma constitucional (Ley 20.050, publicada en el Diario Oficial, con fecha 26 de agosto recién pasado), se otorga acción pública para requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable para un caso concreto por el mismo tribunal inconstitucional. Una vez que entre en vigencia esta norma, 26 de febrero de 2006, habrá que evaluar si es aplicable para el caso del artículo 116 del Código Tributario, aun cuando su inconstitucionalidad ha sido declarada por el Pleno de la Corte Suprema.

⁴ Cabe destacar que no obstante existir pronunciamientos de la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, las causas tributarias se siguen tramitando por el delegado del Director Regional, cuestión que, por su gravedad, en algunos casos, podría dar pie para solicitar una indemnización por los perjuicios causados al contribuyente.

⁵ Ley 19.738, publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de junio del año 2001, en la cual se aumentó la dotación y facultades de la administración tributaria.

⁶ Mensaje N° 206-348, de fecha 19 de noviembre del año 2002, en el cual se señala que inicia un proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria.

⁷ Han existido varios anteproyectos de ley para crear los tribunales independientes, ya sea dentro de tribunales que resuelvan lo contencioso administrativo o en forma autónoma, pero ninguno de ellos había prosperado hasta la fecha.

tribunales mantienen una dependencia con el órgano administrativo. También cabe destacar que la creación de tribunales independientes forma parte de la agenda pro crecimiento, no obstante el gobierno no le ha dado urgencia a la tramitación del proyecto, el cual va a cumplir tres años en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.⁸

Por otra parte, si bien se han presentado diversas indicaciones al proyecto, ninguna de ellas ha resuelto la falta de independencia. Para aclarar lo anterior, podemos mencionar a modo de ejemplo que, en el Mensaje original, el nombramiento del juez tributario lo hace el Presidente de la República de una terna que confecciona la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, la terna debe hacerse de una lista, de un máximo de diez nombres, que elabora el Ministerio de Hacienda, para lo cual debe efectuar un concurso. Para mejorar lo anterior, el Ejecutivo hizo una indicación con fecha 27 de febrero del año 2004 (505-350), en el sentido de que la lista tendrá un mínimo de cinco y un máximo de diez nombres y será elaborada por la Dirección Nacional del Servicio Civil, para lo cual debe llamar a un concurso público. Pero como aún se mantenían las críticas, el ejecutivo presentó una nueva indicación, con fecha 10 de septiembre recién pasado (273-353), en el sentido de que ahora la Corte de Apelaciones podrá rechazar, por una sola vez, la totalidad de los nombres contenidos en la lista que elabore la Dirección Nacional del Servicio Civil. En todo caso, el rechazo debe ser fundado, por razones de falta de idoneidad, especialización o experiencia de los postulantes. En caso de rechazo, dicho organismo debe llamar a un nuevo concurso público, en la cual no podrán participar las personas que integraron la nómina rechazada. Uno se pregunta por qué el Ejecutivo es contrario a que la Corte de Apelaciones sea autónoma para la confección de la terna, llamando directamente a un concurso público. Esa pregunta tiene una sola respuesta, porque el juez tributario sigue siendo un funcionario del Servicio de Impuestos Internos, el cual es menos dependiente que antes, pero igual lo sigue siendo.

Sin perjuicio de la materia antes señalada, el proyecto de ley sobre Tribunales Tributarios presenta otras objeciones, tanto del punto de vista sustantivo como adjetivo, que dejan al contribuyente en una situación más desmejorada aún que la que tiene actualmente.⁹ En este sentido, no podemos dejar de mencionar, el cambio de sistema de valorización de la prueba que plantea el proyecto, y que consiste en reemplazar la prueba legal o tasada, por el sistema de la sana crítica, cuestión que supone tener jueces extremadamente calificados e imparciales.

⁸ Con fecha 13 de diciembre de 2005, mediante oficio 5959 enviado al Senado, el proyecto de ley fue despachado a la Comisión Unida de Hacienda y Constitución, Legislación y Justicia y se mandó a poner en conocimiento de la Corte Suprema

⁹ Por esta razón, en caso de no modificarse sustancialmente el proyecto, sería más conveniente mantener la situación procesal vigente, reconociendo que solo existe una única instancia ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Por otra parte, para dar una solución al problema de la nulidad de las causas tributarias, sería necesario incorporar en los artículos transitorios del proyecto en trámite algunas de las siguientes regulaciones: a) que la ley otorgue una amnistía de una parte de los montos cuestionados (capital, reajustes, intereses y multas) a todas aquellas personas que se desistan de reiniciar las causas anuladas; y b) que se le otorgue la opción al contribuyente de someter a arbitraje tributario la causa anulada que se ha reiniciado, con el propósito de disminuir el tiempo de espera para la resolución del conflicto.¹⁰

Es de esperar que se efectúen los cambios que requiere el proyecto de ley, para lograr por fin la existencia de tribunales independientes en primera instancia, en la forma que lo han solicitado los distintos informes técnicos que se han emitido a la fecha, por la propia Corte Suprema, y el Colegio de Abogados AG, entre otros. Lo anterior permitirá a nuestro país reestablecer el estado de derecho en esta materia, cuestión que es una aspiración de todos los contribuyentes.

II. La redistribución del ingreso y el artículo 57 bis

Con fecha 13 de mayo de 2005, el ejecutivo presentó el Mensaje N° 494-352, para derogar el inciso tercero del artículo 18 de la Ley N° 19.578. En poco más de un mes, con fecha 20 de junio, el proyecto se convirtió en la Ley N° 20.028. La norma legal mantenía la ultraactividad de la disposición contenida en el N° 1 de la letra A) del artículo 57 bis de la Ley de Impuesto a la Renta, que asimismo había sido derogado el día 29 de julio de 1998.

El N° 1 de la letra A del artículo 57 bis otorgaba un incentivo tributario, en favor de los contribuyentes de impuesto global complementario e impuesto único al trabajo, que adquirieran acciones de pago o de primera emisión de sociedades anónimas abiertas. El incentivo o franquicia consistía en rebajar, cada año comercial, un 20% del valor efectivamente invertido, siempre y cuando fueran dueños por más de un año de dichas acciones, al 31 de diciembre. En todo caso, la rebaja en cuestión estaba limitada a que no podía exceder en su conjunto cada año, de la cifra menor entre 20% de la renta imponible que provenga de ingresos efectivos, o 50 UTA. El remanente no era posible deducirlo los años siguientes.

¹⁰ Este mecanismo de solución de controversias ha sido aplicado exitosamente en el derecho comparado para determinadas materias tributarias, ya que representa un bajo costo de implementación y permite acelerar la resolución de los conflictos.

Cuál es el problema de este incentivo

El problema que generó esta norma radica en el hecho de que cuando el legislador estableció la franquicia, para incentivar a las personas naturales con domicilio o residencia en Chile, para que invirtieran en el mercado de capitales, no estableció un plazo determinado que limitara el uso del beneficio. En consecuencia, mientras dicha persona mantenga las acciones en su patrimonio puede hacer uso de la franquicia hasta que muera. Incluso más, por expresa disposición del artículo 5° de la Ley de Impuesto a la Renta, mientras no se determinen las cuotas de la comunidad hereditaria, dicho patrimonio indiviso se considerará como la continuación de la persona del causante y por lo tanto podrá la comunidad hacer uso de la franquicia del artículo 57 bis hasta 3 años contados desde la fecha de la apertura de la sucesión.

Por qué se deroga

El Ejecutivo estimó que esta franquicia constituía un subsidio estatal, casi exclusivamente en favor de los sectores de mayores ingresos, ya que el 93% de los USD 21 millones que dejó de percibir el Estado el último año tributario por este concepto, benefició a personas con rentas mensuales mayores a \$ 1,5 millones, es decir, el 10% más rico de la población. Y además por cuanto el 43% favoreció a personas con rentas mensuales superiores a \$ 4,5 millones, es decir, el 1% más rico de la población.

Cómo afecta esto a quienes aún mantienen esta franquicia vigente

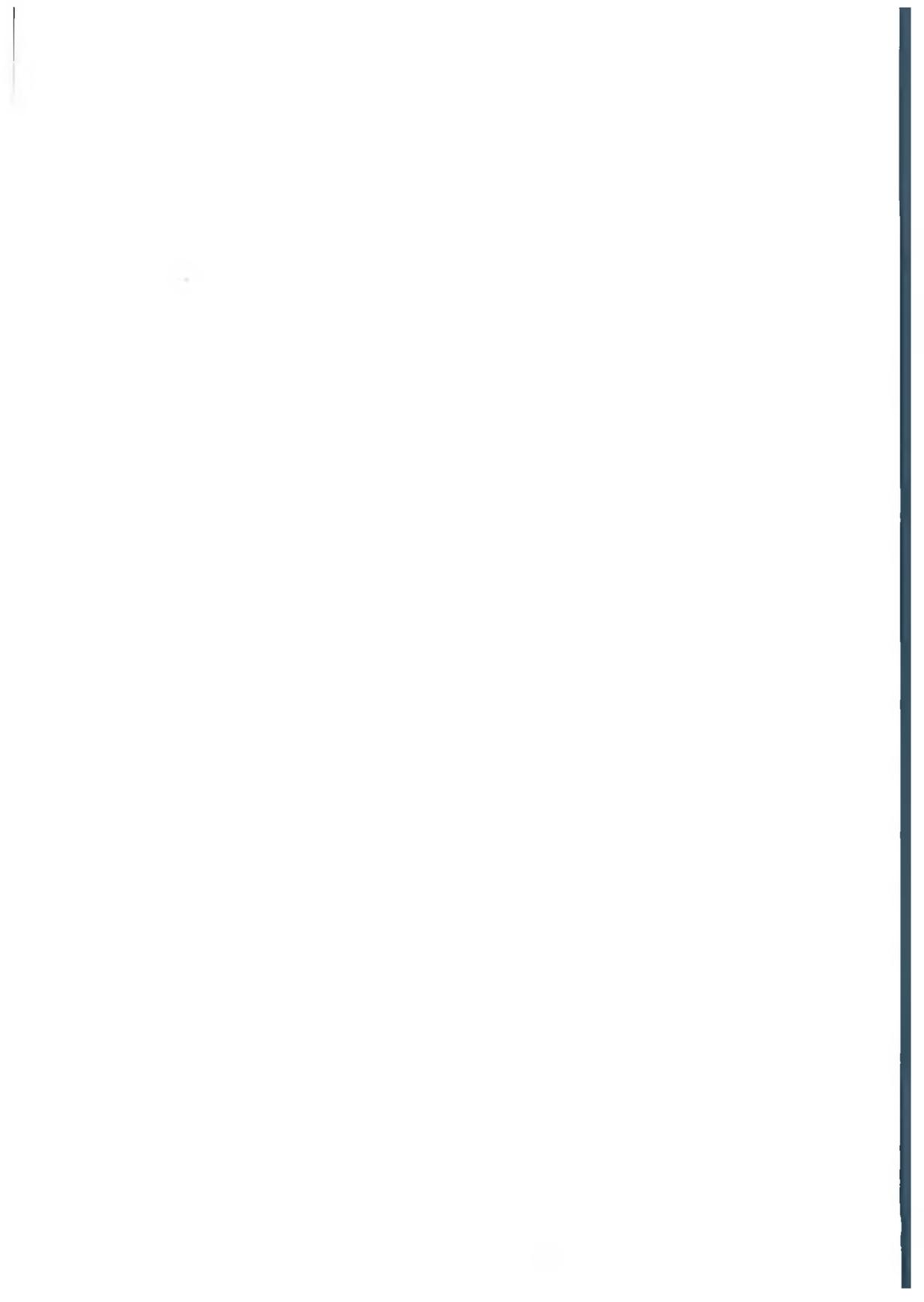
Quienes adquirieron las acciones de pago, al momento de decidir su inversión obviamente que consideraron la existencia de esta franquicia tributaria y seguramente desecharon otras alternativas que no la tenían. Por lo tanto, es posible sostener que al adquirir las acciones también incorporaron a su patrimonio un derecho incorporal consistente en acceder a la franquicia, mientras se cumpla con los requisitos establecidos por la ley. De esta forma, la derogación que efectuó la Ley N° 20.028 afecta directamente el derecho de propiedad de estas personas, y constituye una verdadera expropiación sin derecho a indemnización, cuestión absolutamente inconstitucional.

Si la franquicia del artículo 57 bis en comento la hubiese establecido la ley por un plazo determinado, como lo ha hecho por ejemplo con otras franquicias, como la Ley Navarino (50 años), sería poco probable que alguien discutiera que la eliminación de la franquicia antes del vencimiento del plazo, respecto de las personas que la hayan incorporado a su patrimonio, por haberse radicado e invertido en la XII Región de Magallanes y Antártica Chilena, no sea objeto de una expropiación.

Otra cosa es que podamos discutir acerca de la ventaja que tuvo el establecer una franquicia de tan largo aliento, lo que podrá servir para legislaciones futuras, pero en caso alguno significa que se puedan desconocer las reglas que se tuvieron en vista al momento de hacer la inversión.

En una situación parecida, cuando se pretendió derogar el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401, el tribunal constitucional señaló que: "Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior que tal como se ha reconocido en el derecho comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un estado de derecho como el que establece nuestra Constitución".

En conclusión, constituye un derecho adquirido para los inversionistas la franquicia del denominado artículo 57 bis en análisis, y su derogación legal atenta contra el derecho de propiedad de los inversionistas, siendo por tanto inconstitucional. Ello sin perjuicio de la enseñanza que debe quedar para los Poderes Ejecutivo y Legislativo de no aprobar en el futuro franquicias tributarias sin plazo determinado. Los contribuyentes afectados tendrán que evaluar con sus asesores legales la reclamación ante el Servicio de Impuestos Internos, y posteriormente la interposición de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual se presentará ante la Corte Suprema hasta febrero del año 2006, ya que a contar de marzo será competente para conocer del mismo el propio Tribunal Constitucional.



Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura



Jaime García Escobar

Abogado del Consejo de Defensa del Estado

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Con fecha 15 de diciembre de 2004, se publicó la Ley N° 19.983, que legisla sobre la cesión de los derechos contenidos en una factura, así como del otorgamiento a ésta de mérito ejecutivo. La referida norma legal pretende beneficiar fundamentalmente a los pequeños y medianos empresarios, facilitando la cesión del crédito contenido en ésta, y estableciendo un procedimiento para otorgarle mérito ejecutivo. Se intentará demostrar que la ley en cuestión posee errores y omisiones que hacen que en los hechos no se esté cumpliendo, perdiendo así su objetivo primitivo.

I. Finalidad de la ley

¿Cuál era el objetivo de esta iniciativa legal? La respuesta a esta interrogante la encontramos, entre otros, en el Mensaje enviado por el Sr. Presidente de la República a la Cámara de Diputados,¹ en que se señala que los propósitos fundamentales del proyecto eran los siguientes:

a) Consagrar en forma específica un sistema de cesión del crédito contenido en la factura. Así, una copia adicional de la factura, emitida de conformidad a la ley, por sí misma, o acompañada por los documentos adicionales en los cuales conste la recepción de los bienes o servicios adquiridos o contratados y que se indiquen en ella, podrá ser transferida en dominio en su valor total o residual, según corresponda. Al efecto, se ha seguido la concepción del Código Civil, relativa a la cesión de créditos personales.

¹ Boletín N° 03245-03, de 03.06.2002, Biblioteca del Congreso Nacional

b) Facilitar el cobro de la factura al emisor, sea vendedor o prestador de servicios, o al cesionario del crédito respectivo. Para cumplir con este objetivo, se ha estimado que necesariamente se debe recurrir a la misma copia de la factura. Para su cobro ejecutivo, se establece una gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

La historia fidedigna de la ley resulta especialmente clarificadora en cuanto al fin que tiene esta ley. En efecto, en la sesión de 1º de octubre de 2003, el diputado Sr. Julio Dittborn manifestaba lo siguiente:

“... En la economía chilena, en la que se están creando monstruos comerciales en los rubros de supermercados, ferreterías y farmacias, hay grandes conglomerados, con un gran atractivo para el consumidor. Al operar a gran escala, supermercados, farmacias y ferreterías ofrecen al consumidor no sólo precios más bajos, sino también la atención en locales más atractivos, con más variedad de productos y con un muy buen servicio, razones por las cuales han tenido un tremendo éxito.

“Con la aparición de estos grandes conglomerados, han ido desapareciendo los almacenes de barrio –lo cual ha sido lamentable–, como ha ocurrido en muchos otros países.

“Uno de los aspectos negativos surgidos con la creación de estos grandes conglomerados comerciales es que a los proveedores se les alargan los períodos de pago de los productos que venden. Por ejemplo, un proveedor de supermercados antiguamente podía negociar plazos de pago, y, con mayor razón, tenía esa posibilidad un proveedor de almacén. Pero hoy las reglas del juego son prácticamente determinadas unilateralmente por el gran conglomerado, y el proveedor que no quiere aceptar el plazo de pago simplemente es sustituido por otro que está esperando en la fila.

“Hoy existen los *factoring*, empresas poco transparentes, con tasas de interés muy altas y que, además, cobran lo que se llama “otros gastos”, que, a veces, son pagos más elevados que las tasas de interés que se pagan por las facturas. Esto se debe a que el mercado de las facturas es muy pequeño. Entonces, cualquier proyecto tendiente a incrementarlo es muy importante, porque permitirá al pequeño proveedor de los grandes conglomerados recuperar su capital de trabajo más rápido y reinvertirlo más veces durante un año, lo que, sin duda, le dará mayor rentabilidad a su negocio.

“Entiendo que en el proyecto se eliminó la necesidad de contar con el visto bueno del conglomerado para vender la factura. Eso es clave. Lo que impide que se profundice el mercado de las facturas es que, cuando el proveedor le

entrega al conglomerado la mercadería, requiere la aprobación de éste para que la factura se venda. Muchos no dan esa aprobación, por comodidad y porque no desean que esos documentos estén dando vueltas...”.

Por otra parte, el mismo parlamentario señalaba en la sesión de 19 de octubre de 2004:

“Lo que va a ocurrir –he conversado el tema con gente de los bancos y factoring– es que muchas instituciones financieras van a querer comprar estas facturas, lo que producirá una gran competencia en las tasas de interés, el cual se va a descontar del monto de estos títulos ejecutivos. Probablemente las tasas van a bajar y los gastos van a ser más competitivos. Vamos a tener un escenario donde van a seguir existiendo estos grandes conglomerados, pero estas facturas, una vez recepcionadas las mercaderías y cumplidas las formalidades, van a poder ser rápidamente vendidas a instituciones financieras por los pequeños proveedores, lo que les va a permitir –ya que no tienen mucho acceso a los préstamos bancarios ni pueden ofrecer garantías suficientes– transformarlas rápidamente en dinero, recuperar su capital de trabajo y darlo vuelta mucho más rápido.

“Esto es de mucha importancia, porque va a permitir que estos pequeños proveedores, o sea, las famosas Pymes, que son las que generan un gran porcentaje del empleo, puedan generar más negocio, otorgar más empleo y promover más el crecimiento económico sin –repito– afectar la existencia de estos grandes conglomerados y las ventajas que ellos tienen para los consumidores...”.

En la misma sesión, el diputado Sr. Pablo Lorenzini señalaba lo siguiente:

“... La iniciativa tiene por finalidad que 600 mil pequeñas y medianas empresas chilenas formales, más las 400 mil informales –estamos hablando de un millón de pequeñas y medianas empresas versus 3.600 grandes empresas– puedan tener una fuente de financiamiento...”.

Ahora bien, en lo relativo a facilitar el cobro de las facturas, la historia fidedigna de la ley, también resulta útil para ilustrar este tópico. En efecto, en la sesión realizada en la Cámara el 10 de septiembre de 2003, se dio cuenta del Informe de la Comisión de la Pequeña y de la Mediana Empresa (Pyme), señalándose lo siguiente:

“No obstante la importancia que reviste la factura en el tráfico comercial, nuestro ordenamiento no consagra un procedimiento expedito para el cobro del importe consignado en la misma, a diferencia de lo que ocurre

con otros documentos similares, como es el recibo otorgado por el consignatario en la guía de despacho que debe entregar el cargador al porteador en el contrato de transporte, que se regula en los artículos 166 y siguientes del Código de Comercio.

“En la materia que nos ocupa, la única forma de obtener un cobro rápido del valor consignado en la factura consiste en citar al deudor de la misma a confesar la deuda, de conformidad con lo establecido en los artículos 434 N° 5, 435 y 436 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, de conformidad con dichas normas, basta que el deudor niegue la deuda para que el acreedor deba recurrir a un procedimiento declarativo ordinario, dificultándose sobremanera la obtención de dicho objetivo.

“La ausencia de un procedimiento adecuado al efecto trae consigo, entre otras consecuencias, que el deudor de la factura carezca de incentivos adicionales para pagarla de conformidad con lo pactado, y que, por su parte, el acreedor se vea en la necesidad de buscar alternativas de liquidez diversas al pago del crédito por parte de su deudor original, cediendo el documento a un precio bastante inferior al que aparece en el mismo, o al que podría obtener si la factura tuviese un medio más expedito de cobro...”.

En la sesión de 18 de agosto de 2004, el diputado Sr. Jorge Burgos señalaba lo siguiente:

“...en rigor, más que darle mérito ejecutivo a la factura, lo que hace el proyecto es establecer la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, lo que jurídicamente es distinto. Hay documentos que por sí mismos tienen mérito ejecutivo. En consecuencia, permiten iniciar un procedimiento ejecutivo, lo que facilita obtener más rápidamente el pago.

“Los documentos que tienen mérito ejecutivo están taxativamente señalados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Por ejemplo, la sentencia firme, la copia autorizada de escritura pública, un acta de avenimiento, un instrumento privado reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido, la confesión judicial, los títulos al portador o nominativos legítimamente emitidos, etcétera. Al final, tiene una norma residual que dice: “Cualquiera otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva”, que sería este caso.

Sin embargo, el inciso primero del artículo 5° señala: “La misma copia –la factura– referida en el artículo anterior tendrá mérito ejecutivo para su cobro, si cumple los siguientes requisitos:...”.

Los requisitos de las letras a), b) y c) son copulativos. Pero en la letra d) está lo concreto, que es la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, citando a la persona que entregó la factura, la guía de despacho, el recibo o la falta de entrega de la mercadería, para que reconozca la veracidad de la misma. Puede, incluso, declararla falsa... En rigor, aquí está la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, que, por lo demás, así está establecido en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, que indica: "Si, en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor..."



II. Análisis de la ley

Requisito para que operen la cesión y el cobro ejecutivo

La ley en estudio establece en su artículo 1º que en toda operación de compraventa, de prestación de servicios, o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones, en que el vendedor o prestador del servicio esté sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitir una copia sin valor tributario.

Los contribuyentes obligados a emitir facturas están regulados en el artículo 53 a) del D.L. N° 825, sobre IVA, y artículo 88 del D.L. 830, sobre Código Tributario, normas de las que se desprende que éstos deben otorgar el referido documento en sus operaciones con otros vendedores, prestadores de servicios e importadores, y en todos los caso de contratos de venta o promesa de venta de inmuebles, así como en los contratos generales de construcción y de confección de especialidades, establecidos en la letra e) del art. 8º del citado cuerpo legal.

Ahora bien, pareciera ser que la ley está haciendo referencia a los hechos gravados con el Impuesto al Valor Agregado, toda vez que señala: "...o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones", que es justamente el hecho generador regulado en el art. 8º del D.L. N° 825. Si ello fuese así, el legislador habría cometido una impropiedad, toda vez que la disposición en comento habla de que en toda operación de "*compraventa*" se debe emitir la denominada cuarta copia; en circunstancias que la normativa que establece el impuesto al Valor Agregado no grava compraventas, sino ventas, concepto más amplio que el anterior, ya que de esta forma, por ejemplo, una permuta o una dación en pago (si cumplen con todos los requisitos legales) podrían estar afectas a IVA.

Con relación a esta copia, el Servicio de Impuestos Internos dictó la Resolución N° 14, de 08.02.05, cuyas principales menciones son las siguientes:

a) La copia de la factura debe llevar la siguiente leyenda: **“Cuadruplicado Cobro Ejecutivo-Cedible”**. Por su parte, tratándose de una guía de despacho, debe señalar: **“Cuadruplicado Cobro-Ejecutivo Cedible con su Factura”**.

Curiosamente, el artículo 4º de la ley ordena que la copia de la factura “...haya sido emitida de conformidad a las normas que rigen la emisión de la factura original, incluyendo en su cuerpo en forma destacada la mención “cedible”, y...”.

b) La Resolución en estudio determina un nuevo plazo de vigencia para los documentos, mismo que no se encuentra establecido ni en el Código Tributario ni en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. En efecto, ésta determina que toda factura de venta y servicios, factura de compras, liquidación-factura, notas débito o crédito y guías de despacho, timbradas por el Servicio, podrán ser emitidas hasta el 31 de diciembre del año siguiente al de timbraje.

Con posterioridad a esa fecha, los documentos serán inutilizados por los contribuyentes en el mes de enero, anulándolos uno por uno, diagonalmente, debiendo ser archivados y resguardados.

Ahora bien, a contar del 15 de abril de 2005, los documentos antes señalados deben indicar su fecha de vigencia.

c) La Resolución que nos convoca establece el cambio en el color del recuadro rojo que indica el RUT del emisor de la factura. En efecto, a contar del 1º de octubre de 2005 no se autorizará timbraje de documentos sino con el recuadro de color verde. Ahora bien, en el citado mes, los documentos con recuadro rojo deben ser inutilizados de acuerdo al procedimiento antes referido.

Respecto a esta exigencia, asaltan las siguientes dudas: en primer lugar, ¿a qué obedece el cambio en el color del recuadro? Y la segunda interrogante es: ¿por qué motivo se estableció el 1º de octubre para la entrada en vigencia del cambio del color de éste? La verdad es que la fecha en cuestión asoma como bastante arbitraria, ¿no hubiese sido más lógico que el cambio se produjese a la fecha de entrada en vigencia de la ley, esto es, el 15 de abril de 2005; o, bien, el 1º de enero de 2006?

Desconocemos ambas respuestas.

Obligación del vendedor o prestador del servicio

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley, el vendedor o prestador del servicio deben dejar constancia en el original y en la cuarta copia del estado del pago del precio o remuneración y, en su caso, de las modalidades de solución del saldo insoluto.

En cuanto al pago del saldo insoluto, éste debe verificarse en alguna de las siguientes oportunidades.

- a) A la recepción de la factura;
- b) A un plazo desde la recepción de la mercadería o prestación del servicio, pudiendo establecerse vencimientos parciales y sucesivos;
- c) A un día fijo y determinado; y
- d) Si no existiese mención en la factura de algunos de los plazos señalados, deberá ser pagada dentro de los 30 días siguientes a su recepción.

Estas disposiciones generan los siguientes comentarios: si se paga en cuotas, habiendo una sola factura, ¿cómo se dará el recibo respecto de cada cuota? Pues si se paga la segunda cuota de seis, evidentemente no se puede otorgar el recibo por todas. Por otra parte, si no se paga una cuota, respecto de ésta ¿existirá mérito ejecutivo?

Por otra parte, el ex senador Lavanderos, en la sesión N° 16, se manifestó contrario a fijar en la ley estos plazos, requisitos y condiciones, pues todo ello redundaría en perjuicio de los pequeños y medianos empresarios, ya que son los más poderosos en la relación comercial quienes imponen precios y fechas de pago, o simplemente se abstienen de comprar. A su juicio, basta con la libertad de las partes y el inciso final suple el silencio de aquéllas.

Por su parte, el senador Gazmuri señaló que el artículo en análisis es claro y suficiente. Es de todos conocido que las grandes empresas compran a plazo y venden al contado y que su abuso generó la industria del factoring, como un paliativo que mejora la condición en que quedan los pequeños y medianos proveedores.

Posibilidad de reclamar en contra del contenido de la factura

El artículo 3º de la ley en estudio otorga la posibilidad de reclamar contra el contenido de la factura, situación que será fundamental tanto para la cesión de ésta, así como para su cobro ejecutivo. Ahora bien, la norma en cuestión, permite reclamar de su contenido, mediante algunos de los siguientes procedimientos:

- a) Devolviendo la factura y la guía de despacho, en su caso, al momento de la entrega, o
- b) Reclamando en contra de su contenido, dentro de los 8 días siguientes a su recepción, o en el plazo que se haya acordado, mismo que no puede ser superior a 30 días.

Los requisitos del reclamo son los siguientes:

- a) Debe ponerse en conocimiento del emisor por carta certificada u otro medio fehaciente.
- b) Conjuntamente debe devolverse la factura y guía, o bien, con la solicitud de emisión de nota de crédito correspondiente.

En este tema nos asalta la siguiente duda: ¿si de cien especies se rechazan tres de ellas, se puede reclamar en parte la factura? ¿tendrá mérito ejecutivo la factura reclamada en esta forma? Curiosamente el legislador no reguló una situación de suyo tan frecuente.

Análisis de la cesión

El art. 4º de la ley regula la cesión del crédito contenido en la factura, debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que la copia de la factura haya sido emitida conforme a las normas que regulan la emisión del original, esto es, lo dispuesto en el artículo 54 del D.L. N° 825, sobre IVA, y artículo 69 del D.S. N° 55, sobre Reglamento del IVA.
- b) Debe cumplirse destacadamente con la mención "Cedible", misma que, como antes señalábamos, fue modificada por el Servicio de Impuestos Internos.
- c) En la copia de la factura debe constar el recibo de las mercaderías entregadas o el servicio prestado, indicando:

- 1) Recinto.
- 2) Fecha de la entrega o prestación del servicio.
- 3) Nombre completo, RUT y domicilio del comprador o beneficiario.
- 4) Identificación de la persona que recibe, más su firma. En este tema la ley presume que representa al comprador o beneficiario la persona adulta que reciba a su nombre los bienes adquiridos o los servicios prestados.

En esta materia, en la sesión de 19 de octubre de 2004, se suscitó un extenso y profundo debate en torno a la cuestión de hacer o no obligatorio estampar en la factura o guía de despacho un recibo de la mercadería o del servicio.

El honorable diputado señor Dittborn expresó que se han recogido opiniones de diversas personas pertenecientes a los círculos del comercio y las finanzas, que estarán involucradas en la aplicación del mecanismo que implementa el proyecto en discusión. Ninguna de ellas opinó que obligar a dar el recibo entorpecería el flujo del comercio y los negocios, y que el único inconveniente que ella entraña es la dificultad para fiscalizar el cumplimiento. Pero otro tanto ocurre con la obligación de extender boleta, en el caso de la compraventa habitual.

El proveedor que emite una factura ha entregado un activo líquido realizable y tiene derecho a recibir como contraprestación, al menos, un documento dotado de fuerza suficiente para el cobro.

Por otra parte, siempre existirán facturas en las que el comprador no estampará el recibo, por los motivos más variados, y no por ello quedarán fuera de la industria de factoring.

El honorable senador señor Gazmuri manifestó que el tema de fondo envuelto en este punto del proyecto es si toda factura tendrá una copia con mérito ejecutivo, o bien habrá instrumentos de dos categorías diferentes. Se manifestó partidario de que el recibo sea obligatorio en todo caso y de que todas las facturas, en consecuencia, tengan una copia con dicho mérito.

El honorable senador señor García señaló que lo ideal sería que siempre se estampe el recibo en la factura o en la guía de despacho. Sin embargo, como es un hecho que ello no siempre ocurrirá, sería necesario conminar al incumplidor con una sanción, lo cual, a su vez, generaría un procedimiento judicial. Todo esto redundará en perjuicio de los pequeños proveedores, que quedarán a merced del abuso de la contraparte fuerte, que impone las condiciones de la vinculación comercial y puede abstenerse de comprar si se le exige recibo o se negocia la factura con la empresa de factoring.



La Comisión Mixta acordó escuchar la opinión sobre este punto de la Asociación Chilena de Factoring, de la Cámara de Comercio de Santiago y de la Confederación Nacional de la Pequeña y Mediana Empresa.

Se hizo ver la conveniencia de resolver claramente la situación, que se producirá cada vez con mayor frecuencia, en que una persona es el receptor físico de las mercaderías o servicios y otra, que puede hallarse en una ubicación diferente, la que recibe por medios telemáticos la respectiva factura electrónica. Curiosamente, en definitiva, la ley no reguló la misma operación, pero utilizando facturas de papel. Resulta realmente increíble que, en un país con la geografía que tiene Chile, algo tan básico no haya sido regulado por la ley. Lo anterior conspira con el cumplimiento de la obligación de dar el recibo.

Finalmente se produjo un consenso entre los miembros de la Comisión Mixta, en cuanto a sancionar el incumplimiento de la obligación de estampar el recibo en la copia cesible de la factura o guía de despacho.

A tal efecto, los funcionarios del Ejecutivo propusieron asimilar el castigo de esta infracción al que impone la ley tributaria a quien quebrante la obligación de emitir boleta o factura, sancionándola con una multa a beneficio fiscal equivalente al 50% del monto de la factura, con un máximo de 40 unidades tributarias anuales; dado el valor actual de dicho parámetro, la multa puede alcanzar hoy día hasta \$ 14.489.760.

Al respecto, habría que hacer dos precisiones. La primera: la infracción a que se está haciendo referencia es aquella establecida en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, cuya sanción va desde el cincuenta al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de dos unidades tributarias mensuales y un máximo de cuarenta unidades tributarias anuales.

La segunda precisión guarda relación con la Circular N° 49, de 13 de septiembre de 2005, emitida por el Servicio de Impuestos Internos. En ella el ente fiscalizador señala que las siguientes conductas infringirán lo dispuesto en el art. 97 N° 10 del Código Tributario. Ellas son: emisión de facturas o guías de despacho sin copia cuadruplicada; emisión de facturas y guías de despacho sin la mención establecida por la Resolución N° 14, de 2005; y emisión de facturas cuyo cuadruplicado no consigne la leyenda "copia de factura no da derecho a crédito fiscal".

En este tema existen profesores que estiman que el Servicio de Impuestos Internos ha excedido sus facultades interpretativas, toda vez que el artículo 1° de la ley en estudio establece: "En toda operación de compraventa, de prestación de servicios, o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones,

en que el vendedor o prestador del servicio esté sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitir una copia, **sin valor tributario...**" (lo destacado es nuestro), de esta forma, se sostiene que si el cuadruplicado no posee valor tributario, no se puede tipificar en base a él una infracción de naturaleza tributaria.

Por otra parte, estos mismos profesores sostienen que de esta forma se viola el principio constitucional de la legalidad, en virtud del cual toda conducta que genera una sanción debe estar previamente descrita en una norma legal, cuyo no sería el caso, toda vez que las conductas antes referidas se entiende que forman parte de la citada disposición del Código Tributario, en circunstancias que han sido establecidas a través de una circular emitida por el ente fiscalizador.

Obligación de emitir el recibo y sanción a su omisión

El artículo 5^º letra c) inciso tercero establece que: "Será obligación del comprador o beneficiario del servicio otorgar el recibo a que se refieren los párrafos precedentes...".

De otro lado, la misma disposición, pero en su inciso cuarto, sanciona el incumplimiento de esta obligación con una multa a beneficio fiscal de hasta el 50% del monto de la factura, con un máximo de 40 unidades tributarias anuales, la que será aplicada por los jueces de Policía Local. Ahora bien, el cumplimiento de la obligación en comento será fiscalizado por el Servicio de Impuestos Internos, quien deberá denunciarlo al tribunal correspondiente al domicilio del infractor.

Estimamos que, siendo el otorgamiento del recibo un requisito básico para el buen funcionamiento de la ley, tanto para la cesión como para el cobro ejecutivo de la factura, la sanción establecida no nos parece que sea extraordinariamente desincentivadora de la comisión de la infracción. Por otra parte, está la situación de hecho, que afecta a toda esta ley, en el sentido que un comprador poderoso, frente a un proveedor que lo denuncia ante el tribunal de Policía Local, sencillamente dejará de comprar sus productos o adquirir sus servicios.

De hecho, la aplicación práctica de esta ley, después de siete meses de vigencia, nos da a entender claramente que en términos generales la obligación de otorgar el recibo, en múltiples ocasiones, no se está cumpliendo, lo que afecta al corazón mismo de esta iniciativa legal, tanto para su cesión como para su cobro ejecutivo.

Procedimiento para ceder el crédito de que da cuenta el cuadruplicado de la factura

Según lo dispuesto en el art. 7º de la ley, para ceder la factura debe cumplirse el siguiente procedimiento:

- a) En el anverso de la copia cesible del cuadruplicado, el cedente debe estampar su firma;
- b) Se deben señalar el nombre completo, RUT y domicilio del cesionario;
- c) Se debe entregar el cuadruplicado;
- d) La cesión debe ser puesta en conocimiento del obligado al pago de la factura, a través de un notario, sea personalmente, exhibiendo el respectivo título; o, por carta certificada, adjuntando copia de la factura.

Si el requerimiento se hace personalmente, produce efectos desde el mismo día en que se llevó a cabo la diligencia; para el caso que se realice mediante el envío de una carta certificada, producirá el efecto de transferir el crédito de que da cuenta la factura, a contar del sexto día siguiente a la fecha del envío de ésta al domicilio del deudor registrado en la factura.

Principio orientador de la ley

El inciso final del art. 4º de la ley en comento establece que toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura se tendrá por no escrita.

Se trata éste de un principio básico en esta ley, toda vez que ella intenta proteger al pequeño o mediano comerciante en su relación con el gran empresario. Ahora bien, esta idea básica de la ley puede verse severamente afectada si el gran comerciante, utilizando su posición de preeminencia, en los hechos, y bajo amenaza de no realizar más negocios con el pequeño o mediano comerciante, restringe, limita o prohíbe la cesión de la factura.

Otorgamiento de mérito ejecutivo al cuadruplicado de la factura

Tanto a la luz de la antigua normativa, como de la ley en estudio, la factura no es un documento que posea mérito ejecutivo. Esta posee el carácter de instrumento privado, de forma tal que para que gozara de aquél, se debía citar a reconocer firma y confesar deuda. Ahora bien, obviamente la negativa frustraba la gestión, debiendo recurrirse a un largo juicio ordinario. Frente a

este deprimente devenir, el pequeño o mediano empresario, que tenía (y tiene) un gran problema de liquidez, por una parte, y de falta de recursos para invertir en una larga cobranza, decidía cargar a gastos el monto del documento, estimándolo como un crédito incobrable, según lo permite el art. 31 N° 4 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Ahora bien, el art. 5º de la ley en comento establece un procedimiento para otorgarle mérito ejecutivo a la factura, mismo que, insistimos, ésta no posee *per se*. La base de éste fue lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Comercio, modificado por la Ley N° 19.755, de 2001. Esta norma señala que constituirá título ejecutivo en contra de los obligados al pago de la carta de porte en la que conste el recibo de la mercadería que ordena el número 1 del artículo 216 cuando, puesta en su conocimiento por notificación judicial, no se alegue en ese mismo acto, o dentro de tercero día, que el documento ha sido falsificado materialmente, o cuando, opuesta la tacha, ésta fuere rechazada por resolución judicial.

El análisis de los requisitos establecidos por la ley en estudio da cuenta del mismo procedimiento que se reguló para la carta de porte. Los requisitos para que éste opere son los siguientes:

- a) Que la factura no haya sido reclamada, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º de esta normativa;
- b) Que su pago sea actualmente exigible;
- c) Que la acción no esté prescrita. De acuerdo a lo señalado en el inciso 3º del art. 10 de la Ley, ésta prescribe en el plazo de un año, contado desde el vencimiento del plazo para el pago;
- d) Que en el cuadruplicado conste el recibo de las mercaderías entregadas o la prestación del servicio, con las menciones establecidas en la letra b) del artículo 4º;
- e) La ley, para otorgarle mérito ejecutivo a la factura, dispone que se lleve a efecto una gestión preparatoria de la vía ejecutiva, consistente en que ésta se ponga en conocimiento del obligado mediante notificación judicial, pudiendo éste alegar, en ese acto o dentro de tercero día:
 - 1) La falsificación material de la factura o guía de despacho o del recibo; o
 - 2) La falta de entrega de la mercadería o de la prestación del servicio.

La impugnación que presenta el obligado se tramita como incidente, y de la resolución que se dicte se puede interponer recurso de apelación. Ahora bien, esta última alternativa puede conspirar con el objetivo de la ley, ello en atención al plazo de prescripción de la acción (un año contado desde el vencimiento del plazo para el pago).

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 5º, el que dolosamente impugne de falsedad los documentos antes referidos y sea totalmente vencido en el incidente respectivo, será condenado al pago del saldo insoluto, a título de indemnización de perjuicios, y a una suma igual al referido saldo, más el interés máximo convencional calculado sobre dicha suma, por el tiempo que corra entre la fecha de la notificación y la del pago. Eventualmente, podría ser además considerado como autor del delito de calumnia, según lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal.

Otras materias que abarca la ley

La ley en estudio, regula también otras materias, tales como su aplicación a los casos de cambio de sujeto y a las facturas electrónicas; la entrega en cobranza del cuadruplicado; y el procedimiento para el caso de pérdida o extravío de éste.

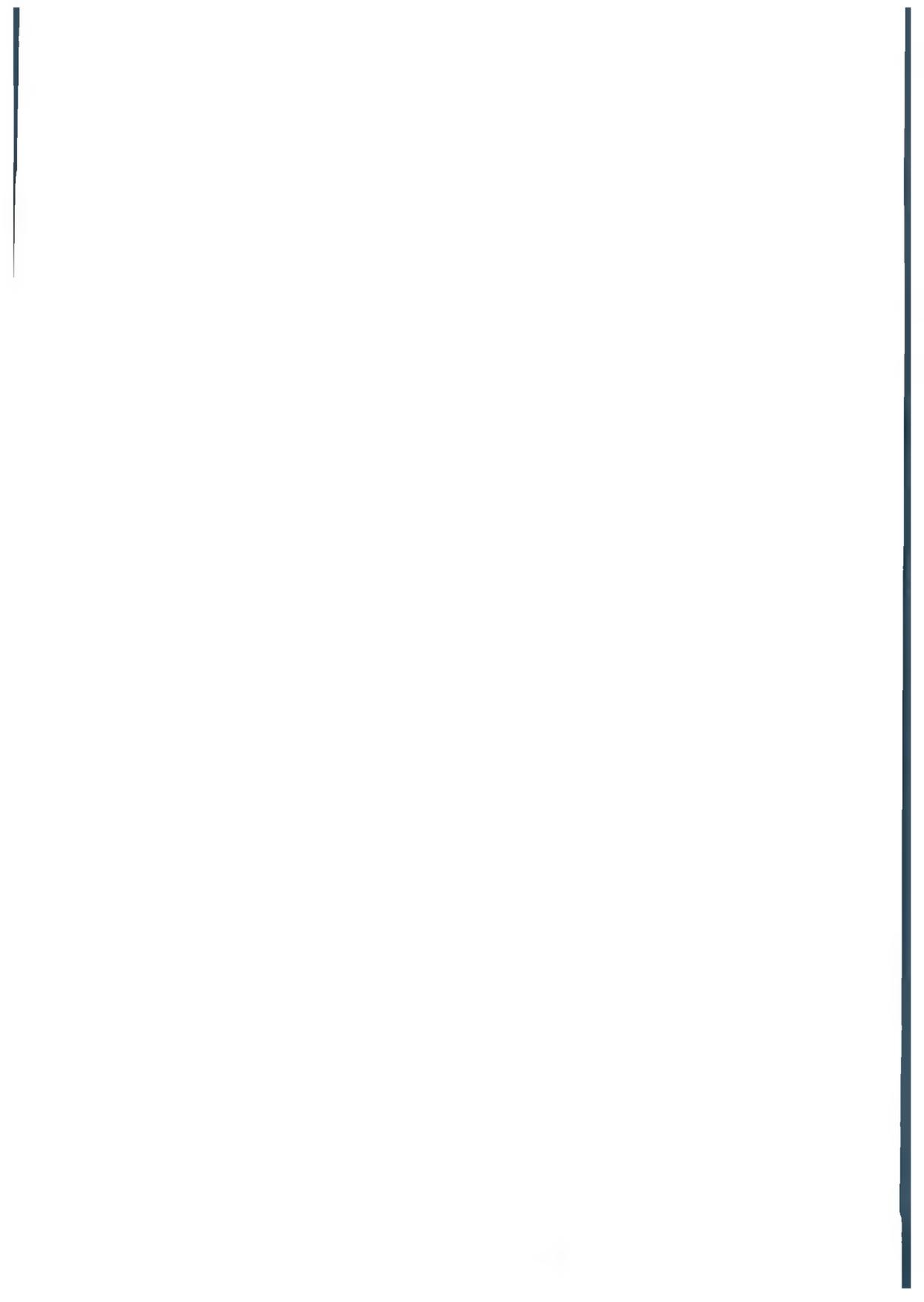
III. Conclusiones

- 1) La idea general de la ley resulta ser absolutamente laudable, tanto en lo que respecta a facilitar la cesión del derecho de que da cuenta la factura, como en el otorgamiento de mérito ejecutivo, ello pensando en las necesidades de los pequeños y medianos empresarios de nuestro país.
- 2) En la realidad, en el diario vivir, la aplicación de la ley pareciera ser muy precaria. En efecto, existen muchas empresas que no otorgan el recibo o bien no devuelven el cuadruplicado. Frente a esta conducta, el empresario pequeño o mediano poco y nada puede alegar, ya que, de hacerlo, es muy posible que quede sin un importante comprador a futuro.
- 3) De acuerdo a lo anterior, el importante principio que establece el inciso final del artículo 4º de la ley, esto es, que: "Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura se tendrá por no escrita", pasa a ser letra muerta, toda vez que para ceder la factura, el requisito sine qua non es que se otorgue el recibo. Al no cumplirse con esta formalidad, en el fondo, se está prohibiendo la circulación del crédito, a lo menos, aplicando las normas establecidas por la ley en estudio.

5) Según el texto de la ley, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Se cumplirá lo señalado por el diputado don Julio Dittborn, en cuanto a que la nueva ley posibilitará que muchas instituciones quieran comprar estas facturas, lo que evidentemente significaría una mayor competencia y por lo tanto una rebaja en los intereses que actualmente cobran las empresas de factoring? No ha transcurrido el tiempo suficiente, pero, y ojalá me equivoque, pareciera ser que a la pregunta del honorable diputado, la respuesta aparecería como negativa.

6) En el tema del mérito ejecutivo de la factura, quizás la ley pudo ser más agresiva, y otorgarle éste sin necesidad de recurrir a la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. Ahora bien, en oposición a lo antes señalado, algunos podrían sostener que nos podríamos ver enfrentados a una multiplicidad de juicios fundados en facturas falsas o respecto de la que no se entregó la mercadería u otorgó el servicio, es cierto, pero tal como está la ley, el cobro ejecutivo del documento se ve muy remoto.

7) Como último comentario, aparece lo señalado en la sesión de 19 de octubre de 2004, por el honorable senador García, quien manifestaba que lo ideal sería que siempre se estampe el recibo en la factura; pero como ello no siempre ocurrirá, se debiera aplicar una sanción al incumplidor. Pero todo ello significará un perjuicio para los pequeños proveedores, que "quedarán a merced del abuso de la contraparte fuerte, que impone las condiciones de la vinculación comercial y puede abstenerse de comprar si se le exige recibo o se negocia la factura con la empresa de factoring".



Licitación pública: concepto, principios y tramitación



Iván Aróstica Maldonado

Profesor de Derecho Administrativo

Director del Departamento de Derecho Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Definición y alcance

Por aplicación del principio de legalidad que rige la actividad del Estado, es presupuesto de validez de todo contrato administrativo que el órgano pertinente tenga *competencia* suficiente para celebrarlo (art. 7º inciso 1º de la Constitución)¹ y –si es del caso– que esté dotado por ley con los fondos necesarios para solventar la obra o servicio encargado (art. 89 –100 actual– de la Constitución).²

Pero, de momento, demanda nuestra atención ese otro requisito de validez puesto por la Constitución: que los actos estatales se dispongan *en la forma que prescriba la ley* (art. 7º inciso 1º). Y en cuya virtud la Ley 18.575, orgánica

¹ Al efecto, la competencia expresa puede encontrarse descrita en la ley de manera “específica” (para suscribir los contratos nominados que indique el legislador en cada caso), o en términos “genéricos” (como cuando a una autoridad se le permite celebrar “los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones” del servicio o entidad de que se trate).

Sin embargo, la Contraloría General de la República ha acotado que la aceptación de estas fórmulas amplias o genéricas de competencia no puede llegar a admitir la procedencia de negocios ajenos o que no conciden con los fines del organismo, pues únicamente permiten convenir aquellos contratos comprendidos dentro de la administración ordinaria del mismo, acorde con el principio de especialidad de los sujetos jurídicos de derecho público (Dictámenes 25.353 y 26.966 de 2003). Ni tampoco permiten acordar contratos regidos por textos especiales y que son de resorte de otras autoridades (Dictamen 12.377 de 1995).

² El art. 100 (89) consagra el principio de legalidad de los gastos públicos, al señalar –en lo que interesa– que “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto”.

El art. 56 de la Ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, reitera que “Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse”. Añade el art. 147 de dicha ley que “La Contraloría no tomará razón de ningún decreto que apruebe contratos o que comprometa el cualquier forma la responsabilidad fiscal, si el gasto no está autorizado por la Ley de Presupuestos o por leyes especiales”.

constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, ordena que los contratos administrativos se celebren, por regla general, *previa propuesta pública* (art. 9º).

Mecanismo de asignación de los contratos administrativos que conforma la regla general aplicable en Chile, en tanto medio privilegiado –en lo inmediato– para escoger la oferta más idónea con respecto al bien común, de cuantas se presentaron al concurso. Pero que –en lo mediato– también extiende sus virtualidades más allá de la adjudicación, alcanzando la ejecución misma del contrato, en cuanto un acuerdo de voluntades afinado por esta vía no puede a posteriori modificarse por mutuo consenso entre el Estado y el particular. Comoquiera que ello importaría la práctica de negociaciones directas, incompatibles con un sistema basado en la publicidad y la transparencia, y perjudicaría a aquellos participantes que perdieron la licitación, cuyas ofertas podrían haber sido diferentes de haber sabido que el contrato original era un simple borrador y no un diseño definitivo.³

Ahora, entrando ya en la comprensión de esta “forma”, digamos para empezar que en nuestro ordenamiento no existe una ley general que defina expresamente lo que debe entenderse por “licitación pública”.

Aunque sí se encuentran numerosos cuerpos normativos que permiten precisar el alcance del referido término, en el sentido de considerar que esta figura jurídica constituye una especie de procedimiento administrativo, de carácter concursal y abierto, compuesto por una sucesión ordenada de actos unilaterales emanados de la Administración y de los particulares interesados, y cuya finalidad es la adjudicación y posterior celebración del respectivo contrato.

Este concepto, unánimemente compartido por la doctrina universal,⁴ ya se deja entrever en la misma Ley 18.575, cuando concibe la licitación pública como un “procedimiento concursal” (art. 9º), ya que el vocablo “concurso” significa, precisamente, “Competencia entre los que aspiran a encargarse de

³ Más detalles sobre este tópico, en nuestro *La estabilidad de los contratos administrativos*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 6 (2002) 191-201.

⁴ Aparte de muchos otros, George Vedel, *Droit Administratif*, PUF (Paris) 3e. éd. (1964) pp. 621-625. En nuestro medio, Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (tomo 2), Editorial Jurídica de Chile (Santiago) 1ª ed. (1996) pág. 54, y Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado (Actos, contratos y bienes)*, Ed. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª. ed. (1995) pág. 192.

Hemos dicho, por nuestra parte, que la licitación pública es “una especie de procedimiento administrativo, consistente en un certamen convocado por la Administración en términos amplios, para que le propongan ofertas todos los interesados que reúnan los requisitos generales previstos en las respectivas bases”, añadiendo que “por contraste, en la licitación privada hay un pedido de ofertas dirigido –personalmente o por carta certificada– sólo a las personas o empresas predeterminadas por la Administración convocante”. En *Cómo y con quién contrata la Administración*, incluido dentro de la obra colectiva “La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional)” 303-310 (lo copiado en pág. 306).

ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca las mayores ventajas”, acorde con el léxico. Igualmente discurre la Ley 19.886 (30.7.2003), de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, al entender por “Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente” (art. 7º letra a), entre otros textos de análogo tenor.⁵

Lo que coincide, asimismo, con el criterio adoptado por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa (Dictámenes 1.231 de 1967 y 20.165 de 1969), donde ha señalado, por ejemplo, que la licitación consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones) formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), por manera que estos trámites no son sino etapas anteriores a la celebración del contrato (Dictamen 8.478 de 1998).

En el proceso de licitación, ha dicho, se pueden distinguir diversas etapas, constituyendo, pues, un trámite complejo que comienza con la decisión de llamar a propuestas, lo cual implica la elaboración de las bases administrativas y especificaciones técnicas, y concluye con la adjudicación y suscripción del contrato, si así procediere (Dictamen 20.555 de 1999).

De manera que, al amparo de ese criterio normativo uniforme y de esta jurisprudencia, vale entender cualquier texto vigente que ocupe esa expresión –“licitación pública”– aunque este no entre en mayores precisiones.

Principios

Enseguida, como la licitación pública no escapa –no puede hacerlo– al mandato general impuesto al Estado, de “promover el bien común” al mismo tiempo de proceder “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución

⁵ El Reglamento de Contratos de Obra Pública, DS 75 (MOP) de 2004 (1.12.2004), define la licitación como el “Procedimiento mediante al cual se solicitan a proponentes inscritos en el Registro de Contratistas del MOP, o precalificados si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública” (art. 4º N° 25).

El DS 236 (MINVU) de 2002 (1.7.2003), que aprueba las Bases Generales reglamentarias para los Contratos de Ejecución de Obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización, entiende por “Propuesta Pública: Sistema de contratación consistente en concurso de ofertas que debe solicitar el Serviu públicamente, debiendo respetar al convocarla y al adjudicar las obras, la igualdad de los licitantes y las bases que rigen el respectivo llamamiento”, agregando que “El llamado a licitación se publicará en el portal de Internet ‘www.chilecompra.cl’ y por una vez a lo menos, en un diario de reconocida circulación en la respectiva región o, a falta de éste, de reconocida circulación en el país”.

establece" (art. 1º inc. 4º), de ello resulta que al arbitrar un mecanismo de esta índole, consecuentemente se persiguen esos mismos dos objetivos fundamentales, que acá se particularizan en:

- 1) asegurar una gestión eficiente y eficaz de la Administración, en la búsqueda y selección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos comprometidos,⁶ amén de
- 2) garantizar el derecho de los interesados a participar en esa instancia de selección, con la más amplia libertad e igualdad de oportunidades.⁷

Y de estas dos finalidades se desprenden, a su vez, aquellos principios rectores a los que ha de subordinarse todo procedimiento licitatorio, atentos a sus propias características y a las exigencias hechas en tal sentido por el ordenamiento positivo.⁸

- 1) Para la consecución de aquel primer objetivo, cobran señalada importancia los principios de celeridad, conclusivo, economía procedimental e informalidad.

El *principio de celeridad* significa que la licitación pública debe ser impulsada de oficio en todas sus etapas. Lo que implica el deber de la Administración de actuar por propia iniciativa en la iniciación del proceso y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites y removiendo cualquier obstáculo que pudiera afectar a su pronta y debida decisión.⁹

El *principio conclusivo* o *in dubio pro acto* insta a llevar los trámites adelante, hasta la resolución final del concurso, momento en que la Administración habrá de adjudicar el contrato o declarar desierta la licitación, según corresponda.¹⁰

⁶ Exigencia de satisfacer el bien común con eficacia y eficiencia, que reiteran los arts. 3º inc. 2º, 52 y 53 de la Ley 18.575.

⁷ Con el nombre de "principios", la Ley 18.575 (art. 9º inc. 2º) reconoce a los oferentes los derechos "de libre concurrencia al llamado administrativo" y de "igualdad ante las bases que rigen el contrato", mismos que son asegurados por la Constitución (arts. 1º incisos 1º y 5º, y 19 N° 2 inc. 2º).

⁸ Se habla de una suerte de simbiosis entre el procedimiento administrativo general y el trámite de licitación pública (en cuanto concluye –también– con la emisión de un decreto o resolución que adjudica y aprueba el contrato), lo que permite trasladar a éste los principios generales previstos para aquél en la Ley 19.880 (arts. 4 y ss.). Así se hará, indicando en nota al pie de página la norma equivalente en cada caso.

En el orden de estos principios, en último término extraídos de la Constitución y la Ley 18.575, también tiene un papel importante la Convención Interamericana contra la Corrupción (Diario Oficial de 2.2.1999), que entre otras medidas preventivas insta a los países a adoptar "Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. 3 N° 5).

⁹ Este deber que le asiste a la Administración de proceder de oficio en los procedimientos administrativos, lo establecen las leyes 18.575 (arts. 3º inc. 2º y 8º inc. 1º) y 19.880 (art. 7º).

¹⁰ Ley 19.880 (art. 8º).

El *principio de economía procedimental* tiende a evitar los trámites inútiles, dilatorios o engorrosos que retarden la satisfacción de las necesidades colectivas involucradas, de modo que la licitación transcurra con agilidad y expedición, sin más formalidades que las exigidas por el ordenamiento jurídico o la naturaleza del procedimiento.¹¹

El *principio de informalidad* postula que la licitación debe conducirse con un grado de sencillez tal, que evite las exigencias estériles, la excesiva severidad en la admisión de los interesados y la eliminación de ofertas por defectos intrascendentes. El procedimiento ha de centrarse en multiplicar las alternativas de comparación, facilitando el acceso al mayor número posible de postulantes, sin cortapisas, a fin de que la Administración pueda tomar una decisión eficaz y eficiente en consecución de la mejor oferta para el interés general involucrado en la licitación.¹²

2) Como orientados hacia aquella segunda finalidad están los principios de concurrencia o competitividad, imparcialidad, impugnabilidad, y de publicidad y transparencia.

El *principio de concurrencia o competitividad* procura hacer asequible el proceso y abrir espacios a la participación del mayor número de oponentes, con miras a promover una competencia real de ofertas. Sobreentendida la libertad de los interesados para formular sus propuestas y aportar las aclaraciones o rectificaciones necesarias, que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad, efectivamente, al dirimir el certamen.¹³

El *principio de imparcialidad* demanda una conducta ecuánime, objetiva y neutral de la Administración, con prescindencia de favoritismos o actitudes arbitrarias, durante todo el procedimiento.¹⁴

El *principio de impugnabilidad* dice relación con la posibilidad que asiste a los interesados para reclamar los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos

¹¹ Que se asienta en lo dispuesto por las citadas leyes 18.575 (art. 8° inc. 2°) y 19.880 (arts. 9° y 13 inc. 1°).

¹² Ley 19.880 (art. 13).

¹³ Es el "principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo" a que se refiere el art. 9° inc. 2° de la Ley 18.575, y que guarda cierta semejanza con el "principio de contradictoriedad" de la Ley 19.880 (arts. 10 y 17 letra f). Con fundamento, en el fondo, en "el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", reconocido por la Carta de 1980 (art. 1° inc. 5°).

¹⁴ Principio vinculado a la "igualdad ante las bases que rigen el contrato", a que alude el art. 9° inc. 2° de la Ley 18.575. Como no proviene del derecho de igualdad en la ley asegurado por la Constitución (art. 19 N° 2 inc. 2°), que, al prohibir a la autoridad el establecimiento de "diferencias arbitrarias", fuerza a la Administración –en definitiva– a romper esa igualdad dentro del orden jurídico, lo cual se expresa "en lo razonable e imparcial de sus decisiones", de acuerdo con la Ley 18.575 (art. 53). También tiene su símil en la Ley 19.880 (art. 11).

entre la aprobación de las bases y la adjudicación del contrato. En el caso de los postores, comprende la posibilidad de verificar y objetar los requisitos que deben cumplir las ofertas de los demás licitantes.¹⁵

El *principio de publicidad y transparencia*, que por basarse en nuestra forma republicana de gobierno alcanza a la comunidad en general y a los licitantes en particular,¹⁶ garantiza el conocimiento cabal de la intención de la Administración de suscribir un determinado contrato y de las condiciones para participar en el proceso de selección; el acceso a toda la información que sea relevante para la preparación de las ofertas; la divulgación de los criterios que se utilizarán para adjudicar la propuesta; el conocimiento de las cotizaciones planteadas después del acto de apertura, así como la más amplia difusión de las cláusulas del contrato y de todo lo pertinente a su ejecución, hasta la liquidación del mismo.¹⁷

Tramitación

Así que la licitación pública comprende una sucesión de trámites esenciales, emanados de la Administración y de los interesados, que aun cuando conservan su propia individualidad y pueden ser reclamados independientemente, se encuentran concatenados dentro de un orden consecutivo lógico, con el objetivo –todos ellos– de producir un contrato administrativo.

Unos “trámites esenciales” que, en Chile, no están indicados por vía general en un solo cuerpo normativo, sino que resultan de la composición entre diversas normas repartidas por nuestro ordenamiento;¹⁸ o aparecen precisados

¹⁵ Su fundamento positivo se halla en las leyes 18.575 (arts. 3° inc. 2° y 10) y 19.880 (art. 15).

¹⁶ Carlos E. Delpiazzo, *Control social de la Administración y Transparencia*, Ius Publicum (U. Santo Tomás de Aquino) 11 (2003) 43-52.

¹⁷ Principio que encuentra sustento en la Constitución (art. 8° inc. 2°), en la Ley 18.575 (arts. 3° inc. 2°, 13 y 14) y en la Ley 19.880 (art. 16).

Recuérdese que para velar por la transparencia de las operaciones contractuales del Estado, la Ley 19.886 creó un “Sistema de Información y Compras y Contrataciones de la Administración”, al cual se ordena otorgar gratuito y público acceso (art. 19), y en el que se deben incluir los datos concernientes a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras (art. 20). Incluso cuando esta información tenga su origen en entidades del sector público no regidas por esta ley, con excepción de las empresas públicas (art. 21). El Reglamento de esta ley, DS 250 (Hacienda) de 2004 (24.9.2004) determina cuáles son estos actos y documentación que los organismos estatales deben publicar en el Sistema (art. 57).

¹⁸ Donde encuentra un lugar destacado, como hito referencial, la citada Ley 19.886 de 2003 y su reglamento, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, por recoger buena parte de la experiencia chilena e internacional en materia de gestión contractual, e introducir las modernizaciones que aconseja el tiempo presente. Sin perjuicio, claro está, de sus muchos problemas de aplicación práctica, que no viene al caso comentar acá.

en la jurisprudencia, especialmente de la Contraloría General de la República,¹⁹ en consideración a la naturaleza misma de este típico procedimiento administrativo.

En ese entendido, pues, asumen la calidad de etapas fundamentales de este proceso las siguientes:

1. Aprobación de las bases que regirán la licitación y el contrato.
2. Invitación a presentar ofertas o llamado a licitación.
3. Presentación de las ofertas ante la autoridad correspondiente.
4. Apertura de las ofertas.
5. Estudio de las propuestas y consulta a los organismos técnicos designados.
6. Adjudicación.
7. Perfeccionamiento de la voluntad administrativa contractual.



1. Aprobación de las Bases o Pliego de Condiciones

Definida la conveniencia de contratar,²⁰ compete a la misma Administración dar curso inicial al procedimiento,²¹ determinando las bases generales (reguladoras de un número indeterminado de propuestas con ciertas características comunes²²) o particulares (relativas al contrato específico que se pretende celebrar) que regirán las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a las que debe ajustarse la licitación, primero; la adjudicación del contrato, después, y la ejecución del mismo, por último.²³

¹⁹ Un compendio de estas diligencias que abarca la licitación pública, conforme a su solo enunciado (y sin perjuicio de los procedimientos especiales para la conclusión de determinados acuerdos de voluntades) en sus Dictámenes 28.282 de 1993 y 57.288 de 2003.

En lo que viene, cuando se haga referencia a la "jurisprudencia administrativa" o se invoque un "dictamen", sin otra indicación, entiéndase como provenientes de esta entidad de control.

²⁰ La consulta previa a organismos especializados, la autorización habilitante de una autoridad superior según ordene la ley, así como el trámite de audiencia pública, para recabar antecedentes de los posibles interesados directos en la futura licitación, y de quienes puedan ser afectados en sus derechos o intereses por el proyectado contrato, constituyen etapas anteriores que atenúan el peligro de arbitrariedad en la decisión de contratar y en la confección de los pliegos. Sobre la base del derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en los asuntos de interés general, asegurado por la Constitución (art. 1° inc. 5°) y lo dispuesto por la Ley 19.880 (arts. 17 letras a), d) y f), 21 N°s 2 y 3, y 39), hemos sustentado que ello es exigible en *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 12 (2005) 113-121. Antes, Pedro Pierry Arrau, *Las audiencias públicas*, en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (Universidad de Valparaíso), tomo 2 (1989) 499-510.

²¹ Una modalidad complementaria se encuentra en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 (MOP) de 1996, donde la correspondiente licitación puede tener su origen en una "idea de iniciativa privada", respecto de los proyectos, en la forma y con los premios que allí se señalan (art. 2° incs. 3°-5°).

²² Dictámenes 2.104 y 8.478, de 1998.

²³ Eduardo García de Enterría-Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas (Madrid) 7ª. ed. (1996 reimpresión), 680.

1.1. Las *bases administrativas* son las que contienen el marco normativo que disciplina el proceso de selección del co-contratante, con indicación de las etapas que lo componen; los plazos a que deben atenerse los particulares y la autoridad en sus respectivas actuaciones; los requisitos generales de postulación;²⁴ los mecanismos de consulta y aclaraciones; además de señalar los criterios de evaluación de las cotizaciones y la ponderación que se asigna a cada uno de ellos.²⁵

Asimismo les toca establecer, clara y precisamente, los elementos de la esencia del convenio que es motivo del ofrecimiento.²⁶

Las *bases técnicas* son las que describen o detallan las características y calidad de la obra, bien o servicio a contratar, y –si es del caso– las normas de la

²⁴ Por los señalados principios de concurrencia e imparcialidad, es ya un criterio maduro en la jurisprudencia administrativa chilena que las bases solo pueden establecer requisitos impersonales y de aplicación general: Dictámenes 16.432 de 1969, 36.253 de 1982, 28.827 de 1986, 1.432 de 1987, 8.187 de 1991, 25.924 de 1992, 38.518 de 2000, 48 de 2003, etc. Consúltese también el pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central de 22.7.2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 98 (2001) 2.6, 166-169. En la jurisprudencia judicial, es aleccionador el caso *Gómez Gallo*, Corte Suprema 5.6.1986, en RDJ 83 (1986) 2.5, 37-41 (con nota de otros casos al pie de pág. 38).

²⁵ Unos baremos objetivos, a ser posible numéricos, que pueden ser impugnados tanto si son excesivamente genéricos e imprecisos (que no vinculan casi nada a la Administración) como si son excesivamente específicos (que predeterminan el adjudicatario dibujando el perfil del candidato amigo): Gaspar Ariño, *Problemática actual de la contratación de las Administraciones Públicas*, en "Contratación Pública" (varios autores), Marcial Pons (1996) 18-35 (lo referido en pág. 24).

Es bienvenida la tendencia actual de nuestra legislación, en orden a describir –al menos– estos factores de ponderación, tal como sucede, por ejemplo, con la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 (MOP) de 1996 (art. 7°), cuya forma concreta de aplicación para adjudicar la concesión debe señalarse en las bases de cada licitación. O en la Ley 19.882 (23.6.2003), en lo relativo a la licitación pública para adjudicar el contrato de administración del llamado "fondo para la bonificación por retiro" (art. 14 inc. 5°).

En el caso de la Ley 19.886 (30.7.2003) de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, el legislador sólo previene, en general, que "Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre los beneficios del bien o servicio por adquirir y sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias, ni atender sólo al precio de la oferta" (art. 6°), y que "El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento" (art. 10 inc. 2°).

Este Reglamento, a su turno, señala que "Las Entidades Licitantes considerarán, entre otros factores, al momento de evaluar las ofertas recibidas, el precio de la oferta, la experiencia de los Oferentes, la calidad técnica de los bienes y/o servicios ofertados, la asistencia técnica y soporte, los servicios de post venta, el plazo de entrega, los recargos por fletes y cualquier otro elemento relevante" (art. 38 inc. 1°). "Estos u otros criterios serán explicitados en las respectivas Bases, estableciéndose los puntajes y ponderaciones que se asignan a cada uno de ellos" (art. 38 inc. 2°).

²⁶ Es lo que señala, por ejemplo, la Ley 19.542 (19.12.1997) a propósito de las bases que reglan las licitaciones de concesiones portuarias (art. 7° inc. 2°). En la jurisprudencia judicial, v. RDJ, tomo 93 N° 3 (1996) 2.5, 244-249.

El Reglamento de la Ley 19.886 indica tanto los contenidos mínimos que "deberán" tener las bases, entre otros, los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación (art. 22), como los contenidos adicionales que "podrán" incluirse en ellas (art. 23). Un modelo semejante puede verse en el DS 495 (Justicia) de 2002 (19.8.2002), Reglamento de Licitaciones y Prestación de la Defensa Penal Pública (arts. 9° y 10°).

correspondiente técnica, ciencia o arte que deben respetarse en la ejecución del contrato. Las *bases financieras* consagran las condiciones económicas del contrato (precios, garantías, formas de pago, etc.).

1.2. Es de sobra conocida la afirmación de que las bases constituyen “la ley del contrato”, por la fuerza vinculante que tienen para las partes (autoridad e interesados). En tal entendido, nuestra Contraloría General ha informado invariablemente que “la sujeción estricta a las bases” constituye un principio de orden público que no admite excepción alguna, pues busca poner de manifiesto la legalidad y transparencia de los actos y contratos de la Administración, al punto que su trasgresión desvirtúa todo el procedimiento seguido y lesiona severamente la garantía de igualdad de los oferentes.²⁷

Empero, la aplicación demasiado rigurosa de este “principio de apego irrestricto a las bases” (cuyo sano objetivo original es obtener la máxima homogeneidad entre las ofertas que se van a comparar, con miras a aminorar el riesgo de arbitrariedad), llevada hasta el grado del detallismo y las exigencias inconducentes, no puede prosperar a costa del más sustancial principio de competitividad, en tanto la licitación debe centrarse en provocar la mayor oposición posible entre las cotizaciones planteadas, y en la lógica que esa mayor afluencia de ofertas cede también en beneficio del propio Estado.²⁸

Bien lo ha entendido la propia Contraloría: cuando el Legislador exige la licitación pública como requisito de un contrato administrativo, dicho procedimiento constituye una solemnidad que la Administración debe procurar se realice en términos tales que efectivamente se produzca competitividad entre los participantes, pues de lo contrario pasaría a ser un mero formalismo carente de sentido, lo que evidentemente no es la intención de la ley.²⁹ O al advertir que la finalidad tenida en vista al iniciar el procedimiento de licitación no es otra que obtener la mejor oferta y la más conveniente a fin de llevar a efecto con éxito el proyecto a que se refiere la contratación, objetivo que no puede perderse de vista ni supeditarse al rígido cumplimiento de requisitos formales

²⁷ Dictámenes 53.685 de 1976; 73.721 de 1977; 46.981 de 1980; 36.253 de 1982; 32.237 de 1984; 15.717 de 1986; 39.055 de 1988; 9.775, 16.262, 19.086 y 28.282, de 1993; 4.718 y 17.185 de 2000, entre muchos.

²⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Fundación de Derecho Administrativo (Buenos Aires) 3ª. ed. (1998) XII-7 a XII-9 y XII-16 a XII-20. Lo mismo en su *Después de la reforma del Estado*, Fundación citada, 2ª. ed. (1996) capítulo VII “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, VII-1 al VII-33. También en nuestro *Cómo y con quién contrata la Administración*, citado en nota 4, 307-308.

Por ende, el incumplimiento de este tipo de detalles superfluos, la eventual omisión o incorrección de tales ritualismos inconducentes a efectos de elegir la mejor oferta (que es el fin último y el norte de toda licitación), no puede dejar al licitante al margen del proceso. Son las bases, en verdad, al poner estas exigencias inconsistentes, las que se ubican fuera del ordenamiento jurídico, desde que la sinrazón y la desproporción tienen de “arbitrariedad” dicho acto administrativo aprobatorio de los pliegos.

²⁹ Dictamen 245 de 1995. Sobre los límites de esta idea, v. Dictamen 19.941 de 1994.

cuya flexibilización se hace necesaria –siempre en el contexto de la debida legalidad y razonabilidad– en vistas al eficiente cumplimiento del contrato.³⁰

1.3. Otra cosa que conviene despejar es que el hecho que las bases sean imperativas no permite sostener –por eso solo– que el contrato administrativo constituya una especie de “contrato por adhesión”.

Porque no procede confundir la *prerredacción* o existencia de cláusulas pre-dispuestas, conforme a determinadas condiciones generales de contratación (que es una cuestión objetiva, relativa a la forma de confección del contrato), con la *celebración por adhesión* (que ya es un asunto subjetivo, atinente a cómo se perfecciona el contrato), donde no cabe discusión alguna ni hay lugar a pujas.³¹

1.4. Justamente a raíz de la obligatoriedad que asumen las bases aprobadas, es que ellas devienen inamovibles e invariables. Esto es, que no se pueden modificar o sustituir en el curso del proceso, ni por acuerdo unánime de los oferentes,³² ni a pretexto de eventuales aclaraciones posteriores, comoquiera que éstas solo tienen por objeto clarificar sus puntos dudosos o complementar con información adicional los vacíos de tales bases.³³

Con todo, la jurisprudencia administrativa admite que el pliego de condiciones puede por excepción alterarse, hasta la fecha de apertura de las ofertas.³⁴ Siempre y cuando el cambio se funde en motivos administrativos que lo justifiquen (como sería la comisión de algún error en la confección de las bases,³⁵ o la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que afecte por igual a la Administración o a todos los oferentes³⁶) o que en las bases y demás documentos de la licitación se prevean expresamente situaciones excepcionales que así lo permitan, y ello se notifique a todos los proponentes con suficiente antelación, a fin de que éstos puedan adecuarse a las nuevas disposiciones.³⁷

³⁰ Dictamen 36.368 de 1999.

³¹ Distingo hecho, con acierto, por el profesor Patricio Oyaneder Davis, en *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 9 (2004) 371-385.

³² Dictamen 25.924 de 1992.

³³ Dictamen 61.461 de 1979.

³⁴ Dictámenes 22.804 de 1971, 7.372 de 1977, 46.981 de 1980, 36.253 de 1982, 32.237 de 1984, 15.717 de 1986, 36.037 de 1995, y 14.564 de 1998.

³⁵ Dictámenes 22.804 de 1971 y 4.769 de 1984.

³⁶ Dictámenes 28.282 de 1993; 37.989 de 1996; 14.564 de 1998; 17.185, 38.518 y 49.698 de 2000; 3.686 de 2003.

³⁷ Dictámenes 19.844 de 1977 y 245 de 1995: veinticuatro horas antes de la apertura es ya una oportunidad tardía para innovar, porque aparte de tener que avisarse a todos los interesados los cambios hechos, en ese corto lapso es materialmente imposible que los eventuales proponentes reformulen sus propuestas y concurren a la licitación conforme a las nuevas reglas.

Entendemos que una alteración radical de las bases, a más de su comunicación a los oferentes, amerita la publicación de un nuevo llamado, si se piensa en los terceros que pudieron desistirse de participar en atención a las normas anteriores que regían el concurso, pero que potencialmente podrían presentarse ahora a competir, al tenor de las nuevas reglas.³⁸

2. Convocatoria

Una vez aprobadas las bases reguladoras del certamen, el segundo paso de este itinerario es el llamamiento o invitación a participar en él, dirigido a todos los potenciales oferentes e interesados.

2.1. El acto de convocatoria es el que contiene –en extracto– los datos indispensables para comprender el propósito de la licitación, las condiciones mínimas para postular, la manera en que los interesados pueden acceder a las bases y a los documentos o antecedentes relevantes en que ellas se sustentan, además de señalar el plazo exacto dentro del cual tienen que formularse las propuestas, hasta el día y hora fijados en las bases.³⁹

Luego, este llamado debe ponerse en conocimiento de los interesados, por regla general a través de una publicación a lo menos en un periódico de la más amplia circulación,⁴⁰ salvo que la ley disponga otra cosa en materia de

³⁸ Aplica idea general expuesta en Dictamen 77.411 de 1963.

³⁹ A pesar que las bases se sancionan por actos administrativos que “interesan a un número indeterminado de personas”, en los términos de la Ley 19.880 (art. 48 letra b), habitualmente no son objeto de publicación en el Diario Oficial.

Los pliegos de condiciones pueden ser consultados o adquiridos por cualquier persona en la repartición del servicio u organismo licitante que indiquen las bases. El valor a pagar por la entrega de copia de estos documentos (DL 2.136 de 1978, artículo único sustituido por art. 83 de la Ley 18.768), no puede exceder de su costo material. Ni puede, en nuestro concepto, ser exigido como requisito de postulación, como se lee a menudo en algunas bases o avisos, tanto por ser impertinente a los fines de escoger la oferta más beneficiosa, cuanto por ser una obligación que pesa sobre el Estado el hacer públicos sus actos y procedimientos administrativos, conforme a la Constitución (art. 8° inc. 2°) y las leyes 18.575 (art. 13) y 19.880 (art. 16).

Cabe igualmente entregar a los interesados los antecedentes de una propuesta (bases administrativas, especificaciones técnicas, planos, presupuestos, etc.) por conducto de CD Rom u otros medios digitales, acorde con la Ley 19.880 (arts. 5° y 19), que admite los medios electrónicos como instrumentos a través de los cuales pueden formalizarse los actos administrativos. Eso sí, tomándose los resguardos que aseguren la autenticidad, integridad e inviolabilidad de ellos (Dictamen 12.723 de 2005).

⁴⁰ No procede que una municipalidad adopte la modalidad de carteles dispuestos en un panel y en el diario mural del edificio municipal para convocar a una propuesta pública, necesariamente de conocimiento restringido, porque esta situación no condice con la adecuada publicidad y difusión que debe investir un concurso o licitación pública, entendiéndose por estos conceptos el llamado que hace la Administración a través de la publicación de avisos en periódicos de amplia circulación: Dictamen 9.490 de 1993. En igual sentido, dictamen de la Comisión Resolutiva del DL 211 de 1973, de 8.8.1995, en RDJ 92 (1995) 2.6, 234-237.

El hecho que la publicación no se haya contemplado en las bases, no constituye una contravención a las reglas del proceso de licitación, siempre que se haya efectuado el comunicado a través de un periódico de amplia circulación: Dictamen 8.942 de 2003.

difusión. En la práctica, siempre según la Contraloría General, ello se informa a través de publicaciones en los medios de comunicación escrita, sin perjuicio de que, también, se pueda insertar esta invitación en el Diario Oficial.⁴¹ El recto sentido de las cosas nos dice, asimismo, que esta noticia no puede reducirse a un simple "aviso clasificado" que se pierda en el tráfago de otros idénticos. Ha menester una publicación suficientemente destacada que revele el deseo veraz de captar interesados.

El indicado requisito de publicidad puede cumplirse igualmente, en forma idónea, por medio de Internet, por ejemplo, insertando el llamado a propuestas, las bases y demás especificaciones en la página web oficial del servicio u organismo respectivo, a menos que el contrato tenga regulaciones diferentes sobre este aspecto, en tanto se otorgue la posibilidad de concurrir a él a todos los interesados que estuviesen en condiciones de usar este recurso tecnológico, y sin perjuicio de emplear otros medios de publicidad cuando así lo disponga una normativa expresa en cada caso específico.⁴²

Es importante dejar constancia fehaciente del momento en que se produjo esta publicación, ya que, en nuestro ordenamiento, el contrato que se celebre en definitiva queda regido por aquellas normas imperantes a la fecha de petición de propuestas.⁴³

2.2. En afán de precisar, y aun de mejorar, el objeto o características de la contratación, nada obsta (es conveniente incluso) que las bases contemplen instancias de participación anteriores a la presentación de las ofertas, como es el caso de las siempre convenientes rondas de preguntas y respuestas.

Si bien se ha señalado que por la vía de estas consultas y aclaraciones no se puede llegar al extremo de introducir variaciones a las bases, en tanto inmodificables, somos de opinión que ello no impide a los interesados, en un contexto de colaboración útil con la Administración y con el respaldo que les proporciona su propia experiencia o el manejo de capacidades que ésta no posee, sugerir todas aquellas correcciones o alternativas que tiendan a perfeccionar el objeto de la contratación. Tales variables, no consideradas en su momento por la autoridad al aprobar los pliegos, pueden entonces adquirir el carácter de causa justificativa suficiente para innovar y cambiar dichas bases, en lo que sea pertinente y aconsejable; por supuesto, hasta la fecha de apertura de las ofertas.

⁴¹ Dictamen 57.288 de 2003.

⁴² Dictámenes 47.096 de 1999; 8.204, 57.288 y 44.178 de 2003. Sobre el llamado a licitación por medio del "sistema de información" www.chilecompra.cl disponible en Internet, ver Reglamento de la Ley 19.886 (arts. 2° N° 25 y 24).

⁴³ Dictámenes 87.072 de 1965, 80.407 de 1966, 61.390 de 1968, 41.409 de 1994, 7.251 de 1998 (que cita los anteriores 50.736 de 1963 y 34.767 de 1966), y 35.989 de 2001.



3. Presentación de las ofertas

Prosigue este iter, claro está, cuando asisten interesados acompañando ofertas concretas a la licitación. Porque de no haber postores, a la Administración no le queda otro camino que cerrar el concurso, declarando desierta la licitación. U ordenar, si quiere perseverar, la conversión del procedimiento: citar a una licitación privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, proceder al trato o contratación directa.⁴⁴ Esta insistencia es sin perjuicio de tener en cuenta que la falta de interesados puede estar avisando que la obra o servicio proyectado no es atractivo para el sector privado, lo que habitualmente significa que tampoco es socialmente rentable.

3.1. Ahora, existiendo cotizaciones, éstas serán admisibles y pueden ser consideradas sólo si han sido formuladas en tiempo y forma.

En "tiempo", significa dentro de la oportunidad o en el momento contemplado en las bases. Efectivamente, en ausencia de una norma legal expresa que regule esa ocasión, compete a las bases estatuirlo, pero siempre con plazos adecuados y prudentes que permitan la afluencia del mayor número posible de interesados, dado que –repetiremos aquí cuanto ha dicho la Contraloría General– cuando el legislador exige la licitación pública como requisito de un contrato administrativo, dicho procedimiento constituye una solemnidad que la Administración debe procurar se realice en términos tales que efectivamente se produzca competitividad entre los participantes, pues de lo contrario pasaría a ser un mero formalismo carente de sentido, lo que evidentemente no ha sido la intención legal al ordenar este trámite.⁴⁵

La excesiva brevedad, el escaso número de días entre la publicación de la convocatoria y la fecha fijada para plantear las propuestas, sin que existan circunstancias verdaderamente excepcionales que así lo justifiquen,⁴⁶ acusa, pues, una manifiesta arbitrariedad, al restringir sin motivo válido el reseñado principio de concurrencia y, aun, el de transparencia. Amén de una ilegal-

⁴⁴ Es la solución que, para esta circunstancia, concibe la Ley 19.800 (art. 8° letra a) y su Reglamento (art. 10 N° 1). Una regla parecida se halla en la ley del Ministerio de Obras Públicas, DFL 850 (MOP) de 1997 (25.2.1998), para los contratos de construcción de obras (art. 86 letra a). También en la Ley 18.695, con texto refundido en DFL 1-19.704 (Interior) de 2001 (3.5.2002), para el caso de los contratos y convenios que suscriban las Municipalidades (art. 8° inc. 6°).

El Dictamen 25.862 de 2002 definió lo que debe entenderse por las expresiones "si no se presentaren interesados" utilizadas en la Ley 18.695, y el Dictamen 39.469 de 2005 precisa las circunstancias que hacen procedentes los mecanismos de propuesta privada y de trato directo, en el sector municipal.

⁴⁵ Según Dictamen 245 de 1995. También Dictámenes 9.490 de 1993 y 57.288 de 2003. Cfr. el criterio más estrecho (y errado) del Dictamen 21.042 de 2005.

⁴⁶ Entendiéndose por tales aquellas situaciones de emergencia y no habituales (Dictámenes 8.682 de 1986 y 39.844 de 1997), como los casos de sismos o catástrofes a que se refiere la Ley 16.282, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por DS 104 (Interior) de 1977.

dad, al infringir los preceptos constitucionales y legales que recogen tales principios.⁴⁷

En "forma", connota la obligación de allegar todos los antecedentes demandados por las bases, en que se acredite la idoneidad profesional, técnica y financiera del postulante.

O sea, en tanto la licitación pública importa la realización –en el fondo– de un "curso de antecedentes y de oposición", es de estilo poner en las bases que las empresas licitantes deben adjuntar –en primer término– aquellos instrumentos demostrativos de su constitución jurídica, afinada con anterioridad a la apertura del certamen,⁴⁸ de su experiencia para acometer el objeto del contrato⁴⁹ y de su estado de solvencia o situación financiera, entre otros aspectos relativos a la idoneidad personal y profesional de quien se presenta.

Y el curso de oposición se manifiesta al entregar cada uno de los participantes su respectiva oferta técnica (con descripción del bien a adquirir o de la obra o servicio a desarrollar, en los plazos que allí se propongan) y oferta económica (con indicación de los pertinentes precios o tarifas y demás costos asociados a la ejecución del contrato). Resumidas estas ofertas en los formularios proporcionados por la Administración, y en soporte electrónico o en sobres cerrados y firmados, a veces incluso lacrados e incluidos en cajas, acompañados de la caución proporcional exigida en las bases para garantizar la celebración del contrato (no su cumplimiento).⁵⁰

3.2. Para asegurarse que los oferentes acompañen esos antecedentes que dan cuenta de su situación personal e idoneidad profesional, y así evitar eliminar ofertas por simples defectos formales, es del todo conveniente que las bases prevean una etapa de Precalificación.

⁴⁷ Traeremos aquí a colación el famoso –en su momento– precedente judicial del *Banco Continental* (1984), donde la Corte de Apelaciones de Santiago (26.12.1984) asentó que la decisión de la autoridad interventora, en orden a emitir y enajenar acciones de esa entidad bancaria, con avisos en un diario de circulación restringida y concediendo un exiguo lapso para adquirirlas, compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que tal proceder "ha configurado un evidente abuso de poder, que coloca a los accionistas en una imposibilidad manifiesta de poder suscribir y pagar tales acciones en un brevísimo plazo, lo que permitió, entonces, hacerlo a terceros, órganos estrechamente vinculados con el Estado" (considerando 15°, en causa rol 843-72).

⁴⁸ Dictamen 14.510 de 1976. Los antecedentes de la empresa adjudicataria deben acompañarse, después, con el decreto o resolución que apruebe el contrato (Dictámenes 11.383 y 11.704 de 1982; y 5.963 de 1988). Tratándose de sociedades de hecho, se exigirá la firma de todos sus integrantes (Dictamen 2.938 de 1986).

⁴⁹ Exigencia que debe ser cumplida por los participantes con las labores que ellos mismos y de manera directa han realizado con anterioridad (y no a través de sociedades filiales o coligadas, por ejemplo): Dictámenes 23.612 y 28.558 de 1994; 9.860 de 1997, y 59.731 de 2004.

⁵⁰ Relativo a una de estas cauciones posibles de exigir, v. Bruno Caprile Biermann, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 8 (2003) 95-112.

Con tendencia a hacer genuinamente operativo y eficaz el principio de amplia concurrencia, ha de darse a todos los interesados por igual⁵¹ la oportunidad de complementar su currículos, subsanar la falta de antecedentes o adjuntar otros documentos adicionales, bajo apercibimiento de que, si así no lo hiciera el requerido, se le tendrá por desistido de su presentación.⁵²

En esta orientación, por poner un caso, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 de 1996, señala que la autoridad “podrá solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones, y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica” (art. 7° inciso final). Igualmente el Reglamento de la Ley 19.886 dice que “La Entidad Licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a esos oferentes una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes a través del Sistema de Información” (art. 40). Otro ejemplo lo provee el Reglamento de la Ley 19.542, DS 104 (Transportes) de 1998 (3.8.1998), que regula las licitaciones de las concesiones portuarias, donde también se consigna expresamente la petición de este tipo de aclaraciones a los oferentes, con vistas a que nadie pueda ser descalificado por aspectos formales (art. 9 inc. 2°).⁵³

⁵¹ Dictamen 20.191 de 1995.

⁵² Como también lo permite la Ley 19.880 (art. 31).

⁵³ Este predicamento (enunciado en nota 28), es el que gana terreno en la jurisprudencia administrativa precitada (notas 29 y 30) y la legislación recién invocada (lo que también puede encontrar aval en la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos, art. 56, cuando señala que “La autoridad correspondiente ordenará que se corrijan por la Administración o por el interesado, en su caso, los vicios que advierta en el procedimiento, fijando los plazos para tal efecto”).

En el ámbito judicial es de citar el caso *Residuos Resiter*, en RDJ 88 (1991) 2.5, 167-171, donde también se sustenta que un aspirante en una licitación pública no puede ser eliminado por incumplir su oferta algunos detalles puramente perfeccionistas requeridos en las bases. O el caso *Heres S.A.*, en que se desaprueba el rechazo de un licitante por no haber presentado su propuesta en el formulario tipo previsto en las bases: Corte de Santiago 22.5.2001 (rol 4473-2000), Corte Suprema 12.7.2001 (rol 2189-2001) en Informe Constitucional 2.512 (20.7.2001). O *Sociedad Inmobiliaria Ida*, en RDJ 99 (2002) 2.5, 58-61: si las ofertas podían presentarse hasta las 10:30 horas, no cabe rechazar unas propuestas ingresadas a cuarenta segundos de haber marcado el reloj ese instante, por cuanto carece de razonabilidad sostener que ellas estén fuera de concurso, desde que son las 10:30 durante todo el lapso que duran los 59 segundos que configuran dicha hora, y mientras no sean las 10:31.

Por contra, en el caso *Starco S.A.*, RDJ 96 (1999) 2.5, 43-44, no se dio lugar a la posibilidad que un licitante complementara con posterioridad un certificado de deudas incompleto. En *Bellsouth Comunicaciones*, RDJ 99 (2002) 2.5, 189-200, aludiendo a la sujeción estricta a las bases, se falló que los requisitos exigidos por éstas deben cumplirse al momento de la presentación de las ofertas, de modo que los antecedentes faltantes presentados con posterioridad no pueden tener el mérito de subsanar la omisión, lo que fuerza a excluir del concurso al licitante incumplidor (que no había presentado una boleta de garantía de seriedad de la oferta “pagadera a la vista”, como se especificó en el curso de la licitación, y no obstante que la entidad bancaria involucrada precisó después que el documento emitido en su oportunidad sí reunía esa característica. La Corte dejó sin efecto el Dictamen 38.144 de 2001 de la Contraloría General, que había ordenado reincorporar al concurso a esa empresa eliminada, Smartcom S.A.).

3.3. Puede ocurrir que la licitación se limite sólo a un concurso de oposición de ofertas, y no de antecedentes, cuando es condición indispensable para postular el que los interesados estén inscritos previamente en una nómina oficial de proveedores, como son los Registros que llevan los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo, o el Registro de Contratistas de la Ley 19.886 (art. 16), por ejemplo.

Sin entrar a cuestionar la validez de este requerimiento,⁵⁴ es lo cierto que “la globalización de la economía lleva a la internacionalización de las licitaciones y de las ofertas, lo cual torna imposible a cada Estado determinar *ex ante* la capacidad de cada oferente: no queda en tales casos otra alternativa que estudiarlo en cada licitación, en ocasión del análisis del sobre A o de precalificación de oferentes. Ciertamente que este mecanismo puntual y aislado no es tan eficaz como un registro previo y sistemático, pero es claro que tal registro no resulta materialmente posible tenerlo con alcance universal”.⁵⁵

4. Apertura de las ofertas

4.1. Según sea como estipulen las bases, la apertura de las ofertas puede verificarse en una ceremonia única, o en dos actos separados en el tiempo. En el primer caso, tiene lugar la apertura de las ofertas técnicas y económicas, conjuntamente. En el segundo, en un acto se abren las ofertas técnicas y, en otro, las ofertas económicas de aquellos postores que hubiesen calificado previamente su oferta técnica.⁵⁶

En cualquier caso, las ofertas deben abrirse ante los funcionarios autorizados en el día, hora y lugar indicados en las bases y avisos correspondientes. Actúan como ministros de fe los funcionarios designados para participar en la apertura, y están habilitados para presenciarla todos los postulantes que asistan a ella.⁵⁷

4.2. Es ésta una ceremonia “solemne”, por cuanto los funcionarios de la Administración actuantes en calidad de ministros de fe proceden a levantar un acta formal donde se deja constancia de las ofertas presentadas y de las observaciones u objeciones que deseen hacer los asistentes interesados, documento

⁵⁴ En punto a que muchas veces la inscripción en tales registros viene siendo exigida por un acto meramente reglamentario, como requisito obligatorio para poder presentarse a propuestas, y no por una norma de rango legal como prevé la Constitución a propósito del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21 inc. 1°).

⁵⁵ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2 citado, XII-31 y XII-32. Acerca de las licitaciones internacionales, dicho sea de paso que –por principio– los antecedentes presentados por los interesados deben venir en “castellano”, por constituir ésta nuestra la lengua oficial, o ser acompañados de la respectiva traducción (Dictamen 4.031 de 1996), y sus valores expresados en la unidad monetaria “peso”, por ser el medio legal de pago con poder liberatorio y de curso legal en Chile (Dictamen 5.963 de 1988).

⁵⁶ El fraccionamiento de la apertura en dos etapas es otra práctica común que ha sido recogida por el Reglamento de la Ley 19.886 (art. 34).

⁵⁷ Dictámenes 29.549 de 2000 y 57.288 de 2003.

que luego es firmado por todos ellos en señal de autenticidad y como prueba de comparecencia personal.

En el acto de apertura la autoridad no puede devolver ninguna propuesta, anticipar juicio ni resolver nada, sino que debe limitarse a abrir todas las presentaciones y a consignar los hechos señalados.

Somos de la opinión que el rechazo de alguna proposición –por razones de mérito o validez– sólo puede decidirse en la oportunidad procesal contemplada al efecto, esto es, al momento de su estudio posterior. Incluso nos parece que debe diferirse a ese momento procesal la eliminación de una oferta por defectos formales, previa audiencia del afectado y con disposición a obtener la subsanación de los mismos, en un breve plazo, si es que se trata de fallas menores que no alteran el fondo de la oferta ni distorsionan la licitación.

Lo propio, para el caso de ambigüedad de una oferta.

4.3. Se trata, además, de una ceremonia “pública”, no sólo porque pueden estar presentes los licitantes e interesados que lo estimen, para poder informarse o tomar conocimiento de las ofertas presentadas, pasivamente, sino también porque les es dable plantear acá los reparos que les merezcan los actos de la Administración y/o las ofertas de los competidores: comoquiera que la Constitución dispone que “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen”, salvo ley de quórum calificado en contrario (art. 8° inc. 2°), y a fin de hacer eficaz esa posibilidad de reclamo, ello pasa naturalmente por facilitarles la revisión de las ofertas objetadas. Lo que halla, sin embargo, un límite natural en la debida confidencialidad protectora de los derechos (de propiedad intelectual, industrial, etc.) de los proponentes.⁵⁸

Desde luego, como en la materia no existe preclusión, nada obsta formular esas impugnaciones a posteriori, aun en sede judicial.

5. Estudio de las presentaciones

A fin de contar con una opinión más especializada e independiente, habitualmente las bases instituyen el funcionamiento de una comisión encargada de examinar las ofertas,⁵⁹ cuyo cometido se concentra en emitir un parecer o

⁵⁸ Dictamen 36.368 de 1999.

⁵⁹ Son las llamadas “Mesas de Contratación”, con misión de asesorar al órgano de contratación, objetivando el análisis técnico-financiero y supliendo la falta de conocimientos especializados de aquél. Que para ser genuinamente independientes y no meros portavoces de la autoridad política, debieran estar integradas por funcionarios no subordinados jerárquicamente a ella. Gaspar Ariño, obra citada, pág. 24.

sugerir diferentes cursos de acción en la materia, de suerte que los informes evacuados por este comité de selección no son vinculantes para la autoridad facultada para contratar.⁶⁰ Pero, como por algo han sido requeridos tales informes previos, por la ley o las bases, apartarse de ellos exige –a la postre– una decisión motivada en contrario, que desvirtúe los razonamientos en ellos expuestos y aleje cualquier sombra de arbitrariedad que pueda empañar el proceso.

Quienquiera que la lleve a cabo, esta instancia de revisión comprende algunas operaciones más o menos obvias.

5.1. Lo primero es separar las ofertas defectuosas (con vicios esenciales que impiden su cotejo con el resto en condiciones de igualdad), las cuales serán eliminadas automáticamente del concurso,⁶¹ de aquellas ofertas válidamente emitidas (incluidas las que adolecen de deficiencias menores, cuya corrección no acarrea verdadero perjuicio a los demás⁶²), únicas que pueden ser objeto de evaluación en su mérito.

La ausencia de propuestas válidas conduce, indefectiblemente, a terminar el procedimiento con la declaración de dejarse desierta la licitación, mediante una resolución debidamente notificada a los postulantes rechazados.⁶³ Luego, como se dijo, esta situación faculta a la Administración para convocar a una licitación privada⁶⁴, proceder sin más trámite a un trato directo.⁶⁵ o para arbitrar este último mecanismo si fracasa aquél.⁶⁶ En cualquier caso, con los mismos pliegos y condiciones con que se efectuó la licitación pública que no prosperó.

⁶⁰ Ley 19.880 (arts. 37, 38 y 41 inc. 6°).

⁶¹ Huelga comentar que este acto administrativo interlocutorio es susceptible de todos los recursos administrativos y acciones judiciales que franquea el ordenamiento, al amparo de las reglas generales sobre impugnabilidad de los actos administrativos (especialmente con base en la Ley 19.880, art. 15 inc. 2°).

Reclamo que, de prosperar, obliga a retrotraer el procedimiento al estado de considerar la oferta desechada. Salvo que ello no sea posible, por afectar derechos adquiridos de terceros, lo cual revierte en un caso de responsabilidad extracontractual del Estado.

⁶² Defectos que pueden ser rectificadas a través de una ulterior presentación del oferente, o incluso ser declaradas admisibles derechamente, si aun con el error formal no se ve afectada la pauta de comparación de las ofertas. Así por ejemplo, se ha resuelto que si un oferente omitió indicar el precio promedio ponderado total de su propuesta, ésta no puede desecharse si, para llegar a ese resultado, a la Administración le basta practicar un simple ejercicio aritmético (Dictamen 27.733 de 1983). Relacionado, véase notas 28, 29, 30 y 53 *supra*.

⁶³ Dictamen 36.492 de 1982.

⁶⁴ En el caso de los contratos de construcción gobernados por la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas (art. 86 letra a).

⁶⁵ En el caso de los convenios que celebren las Municipalidades, según la Ley 18.695 (art. 8° inc. 6°).

⁶⁶ Siguiendo el orden de gradación subsidiaria que contempla la Ley 19.886 (art. 8° letra a).

Por lo mismo, de haber al menos un postulante hábil, el procedimiento ya no puede declararse desierto; en estricto rigor debe seguir adelante hasta su consumación, sin perjuicio de la facultad que se haya reservado la Administración en las bases, para rechazar todas las ofertas.⁶⁷

5.2. El paso siguiente es abocarse al mérito o calidad de aquellas ofertas admitidas, al tenor de las propias presentaciones acompañadas por los licitantes y demás antecedentes complementarios que la autoridad juzgue necesario acopiar al expediente, para mejor resolver. Incluye esto la posibilidad de requerir a los oferentes determinadas piezas adicionales o aclaraciones, aunque sin posibilidad ya de variar las propuestas.⁶⁸

Sólo si las bases lo permiten, en esta etapa la Administración podría articular una negociación y esgrimir contraofertas.⁶⁹ Siempre y cuando proceda con imparcialidad, con audiencia de todos los oferentes y sobre la base de un patrón común de comparación y posibilidades, que no confiera ventajas competitivas a ninguno de los oponentes.

Las ofertas deben ser calificadas teniendo en cuenta únicamente los factores de evaluación preestablecidos (a menudo la clásica combinación entre calidad-precio-condiciones-cantidad), y dándole a cada uno de estos parámetros la importancia o incidencia que les haya atribuido la ley, el reglamento o las bases, según corresponda.

Todo lo cual se vierte en una tabla de resultados, donde figura el puntaje final de cada concursante.

6. Adjudicación

6.1. En virtud de esa nómina de resultados, la Administración puede, ahora, desechar todas las ofertas (alternativa que es menester reservar en las bases, para el caso que ninguna de las ofertas satisfaga el interés público o en resguardo ante una posible colusión de proveedores), o bien adjudicar el contrato (aceptar la cotización ganadora). En ambos casos a través de un acto administrativo "fundado", toda vez que no procede que en las bases

⁶⁷ Dictamen 80 de 1989. En la protección *Sigel Tapia*, por sentencia de 23.1.1989, la Corte Suprema califica de arbitraria la resolución de una Municipalidad que declaró desierto un concurso a que ella misma llamó sin haberse reservado el derecho de hacerlo, pues en tal evento se habría configurado una "policitación", esto es, una promesa de la autoridad que, cumplidos los requisitos que ella misma ha establecido, perfecciona el contrato administrativo (considerando 5°), en RDJ 86 (1989) 2.5, 5-8 y FM 362, 908 y ss.

⁶⁸ Dictamen 15.835 de 1997.

⁶⁹ Dictamen 27.733 de 1989. Sobre la materia, véase el pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 897/261 (13.4.1994) en RDJ 91 (1994) 2.6, 80-85.

se establezca que la autoridad puede tomar alguna de estas decisiones "sin expresión de causa".⁷⁰

Por lo mismo, la apreciación de la oferta más conveniente es una facultad que, si bien discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad y proporcionalidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos.⁷¹

6.2. En este sentido, la jurisprudencia administrativa⁷² y judicial,⁷³ tanto como el legislador,⁷⁴ son contestes en que el precio u oferta económica no constituye una condición que obligue a su aceptación por parte de la autoridad, por conformar éste sólo uno de los elementos de juicio que debe calificar para decidir cuál es la propuesta más beneficiosa, lo que no significa que ello deba estimarse exclusivamente en términos pecuniarios. Y llevan razón, si no se quiere confundir el sistema de "licitación pública" con una "subasta pública".⁷⁵

Mas tendría razón un licitante frustrado al impugnar la adjudicación a favor de otro cuya oferta económica era más cara que la suya, cuando los análisis emitidos en su oportunidad reconocieron a ambos competidores por igual un grado de capacitación, experiencia y medios suficientes, sin establecer diferencia alguna desde el punto de vista técnico entre ambos. En estas circunstancias de igualdad, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica.⁷⁶

⁷⁰ Como ha expresado con reiteración la Contraloría General, a partir de su Dictamen 3.065 de 1993 (seguido de sus Dictámenes 41.599 de 1995; 8.902 y 30.966 de 1966; 1.501 de 1997; 36.368 de 1999, y otros). Tesis que no podemos sino compartir, porque, como venimos postulando en la cátedra, no otro más que el dueño puede "disponer arbitrariamente", decir "así lo quiero, así lo ordeno, valga mi voluntad por razón", cuyo no es el caso de la *autoridad estatal*, que en sus relaciones con "personas libres" (art. 1° inc. 1° de la Constitución), y no con cosas o esclavos, debe siempre justificar las decisiones que a ellas les atañen. Como, por lo demás, hoy lo demanda así, aparte de la Constitución, la Ley 19.880 (art. 41 inc. 4°).

⁷¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* citado, XII-46.

⁷² Dictámenes 27.733 de 1983; 5.168 de 1984; 17.622 de 1985; 16.672 y 18.314 de 1991; 3.065 y 28.282 de 1993, entre varios.

⁷³ Entre otros casos: *Miranda y Abalos Ltda.* (1986) Corte de Santiago 19.12.1986 (considerando 2°) Corte Suprema (confirma) 14.1.1987, en *Fallos del Mes* 338, 994-995; *Sociedad Ingeniería y Construcciones* (1993) Corte Suprema 30.3.1993 (considerando 6°), en *Gaceta Jurídica* 153, 36-42; *Sociedad Rojas y Sastre Ltda.* (1994) Corte de La Serena 6.1.1994 (considerando 5°) Corte Suprema (confirma) 7.6.1994, en *FM* 427, 315-319; *Sociedad de Agua Potable Barnechea S.A.*, Corte de Santiago 23.7.1999, en *RDJ* 96 (1999) 2.7, 127 y ss.

⁷⁴ En la Ley 19.886, al señalar que "Las bases de la licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes *ni sólo atender al precio de la oferta*" (art. 6° inc. 1°).

⁷⁵ Sobre las características de este otro mecanismo al mejor postor, Dictámenes 19.923 de 1993 y 18.367 de 1999. En la jurisprudencia de nuestros tribunales, v. el caso *Alegría Consani*, Corte de Santiago 16.9.1986 (considerando 7°) Corte Suprema (confirma) 8.10.1986, en *RDJ* 83 (1986) 2.5, 186-190.

⁷⁶ Por ponerlo en palabras de Tomás-Ramón Fernández, *Alcance del control judicial de las políticas públicas*, Revista Jurídica de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires) 2004 (Lexis Nexis, Abeledo-Perrot) 281-296 (lo citado en pp. 290-291).

En esta línea correcta se inserta el caso *Núcleo Paisajismo*, resuelto por la Corte de Rancagua el 20.7.1998, Corte Suprema 4.4.1998, en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 156-163.

A menos que se invoque otra razón, justificada y mensurable, para apartarse de esa solución. Con soporte en el currículum del postor (atenta la autoridad a sus antecedentes comerciales cuestionables, el incumplimiento de contratos anteriores, su bajo nivel de experiencia y solvencia, por ejemplo) o en el examen de la misma propuesta económica (como sería el caso de una oferta irresponsable, temeraria o de estimación irrisoria⁷⁷), que haga prever el incumplimiento de lo acordado o revele el designio de elevar el precio o cambiar las condiciones durante la ejecución del contrato.

6.3. En todo caso incorrecta, siempre, nos parece la afirmación de que la adjudicación no necesariamente debe recaer en quien haya obtenido el mayor puntaje o figurar en el primer lugar de la evaluación, a pretexto de que las bases permitirían a la autoridad escoger "cualquiera" de las ofertas presentadas.⁷⁸

Es que eso, en último término, implicaría que a la Administración le es factible sopesar otras variables, innominadas y ajenas a los factores de calificación explicitados en las bases, que habrían quedado escondidas en un ámbito de reserva virtual, lo que no resulta admisible por contrariar los comentados principios de *imparcialidad* (que impide a la autoridad hacer diferencias arbitrarias o sin base en aquellos criterios objetivos de selección que rigieron el llamado) y de *transparencia* (que obliga a la autoridad a exponer abiertamente, en el pliego de condiciones, la totalidad de dichos elementos de juicio a los que se va a atener para dirimir el concurso).⁷⁹

Ningún poder jurídico puede invocarse para preterir la oferta con mayor puntaje, en provecho de otra ubicada más abajo en la calificación. En obsequio de la verdad, el único verdadero "poder discrecional" de la Administración, a estas alturas de la licitación, radica en la facultad para optar o desempatar entre dos o más propuestas *igualmente meritorias*, y siempre por un acto administrativo demostrativo de que la elección recayó, objetivamente, en la "mejor oferta" para el bien común.

⁷⁷ Dicho en propiedad, aparece como exigencia mínima de transparencia, razonabilidad e imparcialidad, que las bases consulten –de antemano– aquellos criterios objetivos en virtud de los cuales puede declararse la temeridad (como la previsión de precios referenciales o un presupuesto oficial con indicación de las tolerancias admisibles), previa audiencia del afectado a ver si puede justificar el precio ofertado. Rechazar una oferta por irresponsable, sin observar con antelación ambos resguardos, en último término desnuda una imputación gratuita y arbitraria.

⁷⁸ Como reza el Dictamen 3.065 de 1993. O la sentencia dictada en el caso *Servimar Ltda.* (1994) Corte de Santiago 15.3.1988 (cons. 11°) Corte Suprema (confirma) 6.4.1988, en RDJ 85 (1988) 2.5, 34-41.

⁷⁹ Explicando los alcances de la buena fe, Jorge López Santa María ha acotado certeramente que "En la fase precontractual, durante las tratativas, y aunque la ley no lo diga expresamente, cada negociador tiene el deber de presentar las cosas conforme a la realidad adecuada al contrato que se vislumbra. La actitud exigida es la de 'hablar claro', absteniéndose de afirmaciones falsas o inexactas, como, asimismo, de un silencio o reticencia que pueda producir una falsa determinación de la voluntad del otro negociador. Es el deber de información, que impone una línea de corrección al proporcionar datos a la otra parte": *Sobre la Parte General de los contratos*, en RDJ 78 (1976) 1ª parte secc. Derecho, 25-34 (lo transcrito en pp. 33 y 34).

6.4. Otra cosa es que ese acto administrativo en que consiste la adjudicación, una vez notificado, deviene irrevocable para la Administración. Esto es, que no procede ya dejarlo sin efecto por otro acto administrativo posterior, por razones "de mérito o conveniencia".

No solo porque la adjudicación constituye el acto que afina un procedimiento administrativo de carácter reglado, al decir del dogma corriente, sino por haberse agotado la oportunidad procesal para hacer apreciaciones de esa índole. Dentro del orden consecutivo legal lógico que sigue el desarrollo de una licitación, es en la etapa de estudio de las ofertas donde la Administración puede y debe ponderar el "mérito o conveniencia" de ellas. Pero no con posterioridad a la aceptación, comoquiera que ello conduciría a una solución inadmisibles en Derecho, cual es alterar el procedimiento para dar cabida a una retractación intempestiva y provocar la extinción de una decisión creadora de derechos.⁸⁰

7. Perfeccionamiento del contrato

La adjudicación es conducente a la terminación del procedimiento.⁸¹ En efecto, a diferencia de lo que sucede en el orden privado, en que los contratos se perfeccionan al momento de la formación del consentimiento de las partes, según las normas del Código Civil y del Código de Comercio, en el derecho público la voluntad de la Administración se manifiesta al dictar el correspondiente acto de autoridad que sanciona el acuerdo y una vez que aquél haya sido totalmente tramitado.⁸²

De forma que el convenio debe ser objeto de aprobación en virtud de un acto administrativo formal, decreto o resolución según corresponda, en el que se transcriban sus cláusulas.⁸³

Lo que no significa que el contrato puede, todavía, comenzar a regir. Porque si no está exento⁸⁴ o, al menos, autorizada su vigencia inmediata,⁸⁵ dicho decreto

⁸⁰ En este tono se ha pronunciado la Contraloría General de la República, v. gr. en Dictámenes 15.671 de 1973 y 15.835 de 1997, y en muchos más. En el plano judicial, véase el caso *Starco S.A.* (1991) Corte de Punta Arenas 21.6.1991 en *G/ 133*, 59-62.

⁸¹ Como sucede con todos los actos administrativos una vez oficialmente comunicados (Ley 19.880 art. 51 inc. 2°), la adjudicación, por ser ése su efecto natural, obliga a las partes a celebrar efectivamente el contrato, incurriendo en responsabilidad si así no lo hicieren.

⁸² Dictámenes 15.178 de 1983; 8.856 de 1988; 15.178 y 24.974 de 1989; 13.210 y 24.101 de 1993; 37.221 de 1994.

⁸³ Dictámenes 11.704 de 1982, 2.938 de 1986, 5.963 de 1988, etc.

⁸⁴ Es decir, eximido, liberado, totalmente del trámite de toma de razón por el ordenamiento jurídico, y sin perjuicio de los controles alternativos o posteriores que correspondan.

⁸⁵ Situación que sólo faculta postergar –no excluir– el trámite de toma de razón. Un ejemplo, en la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas, para los decretos y resoluciones que dispongan medidas tendientes a evitar o paliar daños a la colectividad o al Fisco, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, destrucciones, calamidades públicas u otras emergencias graves e imprevisibles (art. 111 inc. 4°).

o resolución debe ser remitido en enseguida de su emisión a la Contraloría General de la República, para cumplir con el trámite de toma de razón, satisfecho el cual deberá, además, notificarse al co-contratante.⁸⁶

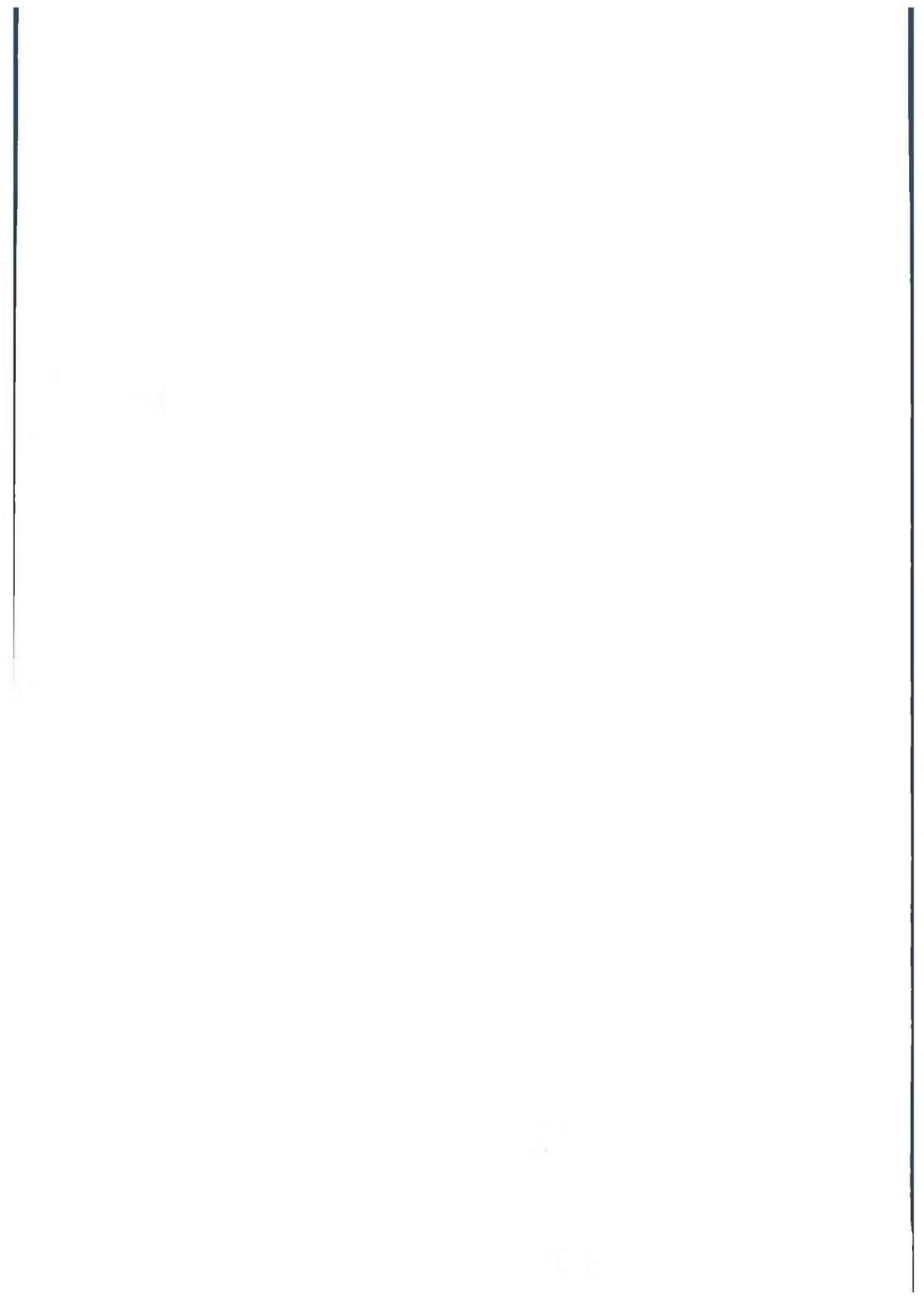
Siendo del caso recordar que dicho pronunciamiento de juridicidad en que consiste la toma de razón, es requisito de existencia del acto, de modo que antes que se lleve a cabo, el decreto o resolución aún no nace a la vida del derecho y sólo tiene el carácter de un proyecto de acto administrativo. Como lo ha advertido, correctamente, esa misma entidad fiscalizadora en Dictamen 57.309 de 2003 (que aplica Dictamen 14.069 de 1959).

Por eso la jurisprudencia ha entendido que si un contratista se anticipa a ejecutar un convenio, con anuencia del Estado, y sobreviene una representación de la Contraloría General al decreto o resolución aprobatorio del contrato, corresponde paralizar inmediatamente las faenas y hacer efectivas las responsabilidades administrativas del caso. Lo que no empece a la obligación de la Administración de pagar al contratista el valor de los trabajos realizados a satisfacción de la autoridad, si se considera el principio general de Derecho de que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin causa, puesto que si el Estado no sufragara tales obras o servicios, se estaría enriqueciendo a costa de éste, sin que medie un título legítimo para ello.⁸⁷

Concluida está la descripción general del proceso de licitación pública, con sus trámites y principios comúnmente aceptados, confeccionada con el único ánimo de ofrecer al lector una visión de conjunto. Ya vendrá otro capítulo a exponer sobre los vicios que lo tergiversan y ocasionan la correspondiente nulidad de derecho público, acá apenas insinuados. Y acerca de las vías de control y reclamo previstas al efecto.

⁸⁶ Y publicarse, si interesa indeterminadamente a terceros o lo manda así la ley (tal, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 de 1996, arts. 8° y 25 inc. 2°).

⁸⁷ En esta solución, semejante a la que ocurriría con un acto administrativo de urgencia o vigencia inmediata que, a la postre, es representado, Dictámenes 35.525 de 1966, 40.153 de 1968, 9.210 de 1971, 43.948 de 1976, 45.205 de 2001.



El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica



Sergio Gamonal Contreras

Profesor de Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ

1. Los orígenes internacionales del derecho del trabajo

En cierta medida hablar del derecho internacional del trabajo implica remontrarnos a los mismos orígenes de esta rama del derecho.

Durante el transcurso del siglo XIX no sólo encontramos las primeras leyes protectoras del trabajador, sino diversos intentos de coordinación internacional con la finalidad de que las naciones europeas adoptaran similares preceptos protectores de los obreros asalariados.

Es así como la idea de una coordinación internacional nació de Robert Owen, industrial inglés que propuso la formación de una Comisión de Trabajo ante el Congreso de la Santa Alianza, en 1818. Luego, diversos pensadores reforzaron este enfoque, como Hindley, Ducpétiaux, Blanqui, Villarmé y Le Grand, quien desde 1844 realizó diferentes acciones y propuestas encaminadas a la tutela de los trabajadores y a la regulación de la competencia entre países (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 4).

J. A. Blanqui expresaba: "Hasta ahora se han suscrito tratados entre potencias a fin de lanzarse a matar hombres. ¿Por qué no celebrar otros para conservarles la vida y hacérsela más agradable?" (Montt, 1998: 42-43).

Hubo diversas iniciativas, como la del Congreso Internacional de Beneficiencia, en Francfort, en 1857, que propusieron regular el trabajo industrial a través de medidas internacionales.

En 1881 el Consejo Nacional de Suiza sugirió al Consejo Federal la negociación, con los principales Estados industriales, de una legislación internacional sobre las fábricas.

El primer Congreso entre países se desarrolló en Alemania, en Berlín, en el año 1890, aunando a 14 gobiernos europeos. Este Congreso fue seguido por otros similares en Bruselas (1897) y París (1900), así como por una Conferencia Técnica y otra Diplomática en Berna (1905 y 1906, respectivamente).

En el Congreso de París, de 1900, se aprobaron los estatutos de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, conformándose una Oficina Internacional del Trabajo con sede en Basilea, Suiza.

En base a la propuesta de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores se adoptaron en Berna, en los años 1905 y 1906, los dos primeros Convenios Internacionales del Trabajo, sobre reducción del uso del fósforo blanco y sobre prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, salvo las pequeñas empresas. Estos instrumentos entraron en vigor en 1912.

Durante la Primera Guerra Mundial hubo diversas reuniones internacionales de organizaciones sindicales que solicitaron la elaboración de una legislación internacional y la consagración de algunos derechos laborales mínimos en el futuro tratado de paz.

Finalizada la conflagración, estas intenciones centenarias se concretaron en la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

No es de extrañar este origen internacional del derecho laboral. Por muy altruista que sean las intenciones de un país en materia laboral y de bienestar de sus trabajadores, cualquier medida en este sentido, en el contexto de las relaciones internacionales, debe ir acompañada de cierta reciprocidad.

Las potencias europeas competían en el comercio y en la economía en forma feroz entre ellas, lo que las obligaba a la búsqueda de estándares protectores comunes que uniformaran los costos del trabajo y, en cierta forma, impidieran que su comercio fuera afectado por la adopción de normas humanizadoras. La consagración unilateral de normas laborales podría haber sido suicida para sus economías y para sus pretensiones hegemónicas, casi tan grave como un "desarme unilateral".

Las funciones de una legislación internacional del trabajo son múltiples y se vinculan con el fomento de la justicia social, con el mantenimiento de la paz mundial, con la regulación de la competencia, con la necesidad de una política social conjunta y de una reglamentación técnica precisa del tema laboral, con la acción por un desarrollo económico y social equilibrado, con la necesidad de asegurar tutela para los trabajadores extranjeros, con el imperativo de fortalecer la legislación nacional laboral de cada país previniendo involuciones y, por último, con el hecho de constituir una fuente de inspiración importante de la legislación laboral de las distintas naciones (Valticos, 1983: 99 y ss.).

Desde de 1919 la OIT asumió como rol principal la tutela de los trabajadores, así como la regulación de la competencia internacional en materia de costos laborales y, en concordancia con lo anterior, la homologación de las normas laborales en base a ciertos mínimos. A su estudio nos abocaremos en el próximo acápite.

2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Una vez finalizada la guerra, se creó en 1919 la Comisión sobre Legislación Internacional del Trabajo, la cual después de varias semanas adoptó un texto que pasó a ser, el 11 de abril de 1919, la parte XIII del Tratado de Versalles, que creó la Organización Internacional del Trabajo y que, con algunas modificaciones, continúa siendo la Constitución de la OIT

La OIT se configuró como un organismo especializado de la Sociedad de las Naciones y su labor ha sido esencial para la universalización del derecho laboral. La OIT es una institución intergubernamental que aúna la acción de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores para impulsar la justicia social y mejorar las condiciones de vida y de trabajo en el mundo. La primera Conferencia Internacional del Trabajo se celebró en Washington, en octubre de 1919. Entre las dos guerras funcionó como organismo autónomo de la Sociedad de las Naciones. En 1946, luego de la Segunda Guerra Mundial, fue el primer organismo especializado que se asoció con las Naciones Unidas.

La función de la OIT es esencialmente normativa. No obstante, también cumple importantes labores de investigación y difusión, así como de cooperación técnica, especialmente desde la década del cincuenta producto de la descolonización y del nacimiento de nuevas naciones subdesarrolladas que se incorporan al organismo.

El preámbulo de la Constitución de la OIT dispone lo siguiente:

“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

Del texto anterior se deduce que los objetivos de la OIT responden a la necesidad de mejorar las condiciones de la clase trabajadora y, paralelamente, a la necesidad de asegurar una paz duradera entre las naciones. Por otra parte, queda explicitada la necesidad de que la tutela laboral sea adoptada por el conjunto de naciones y no por actos aislados, de forma tal de evitar la competencia desleal en base a la falta de tutela laboral. En consecuencia, el imperativo de homogeneización de estándares laborales mínimos es a la vez humanitario y económico, ya que desde una perspectiva práctica la única viabilidad para adoptar normas protectoras fue que éstas no afectaran el comercio y los negocios entre los países industrializados.

Luego, en 1944, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, reunida en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adoptó una Declaración sobre los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar

la política de sus Miembros. Este documento fue anexo a la Constitución de la OIT y es conocido como la "Declaración de Filadelfia".

En esta Declaración de Filadelfia encontramos reafirmadas las nociones que hemos subrayado en el sentido de la necesaria coordinación internacional de los esfuerzos protectores, así como el convencimiento de que la paz mundial requiere condiciones de vida dignas de la población.

La Declaración enfatiza que el trabajo no es una mercancía y refuerza la confianza en el tripartismo (consistente en que la participación de cada Estado se realiza por medio de cuatro representantes, un delegado de los trabajadores, otro de los empleadores y dos del Gobierno respectivo), aludiendo, además, a derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de asociación o la igualdad de oportunidades.

Además, se destaca que cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, debe juzgarse y aceptarse sólo cuando favorezca y no entorpezca el cumplimiento del objetivo fundamental de que todos los seres humanos puedan perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Precisa que compete a la OIT examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero.

En consecuencia, la Declaración "subordina los fines económicos y financieros" al logro de perseguir el bienestar material y el desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Lamentablemente, los hechos de la segunda mitad del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI desmienten esta priorización.

En efecto, las "políticas de ajuste estructural" impuestas por el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) a los países en desarrollo han implicado un terapia de choque que ha cobrado, entre sus víctimas, el magro fomento de los derechos económicos, sociales y culturales propugnados por las Naciones Unidas y, entre otros organismos especializados, por la OIT (Türk, 1992: 298 y ss.).

La Declaración de Filadelfia impone a la OIT una serie de cursos concretos de acción, como, por ejemplo, lograr el pleno empleo, elevar el nivel de vida, entregar formación profesional, establecer la justa distribución de los beneficios del progreso y un salario mínimo vital, fomentar la negociación colectiva, la extensión de la seguridad social, tutelar la salud de los trabajadores, de la infancia y de las mujeres embarazadas, etc.

La Declaración ofrece la ayuda de la OIT a todos los organismos necesarios para la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, fomentando, entre otros aspectos, el comercio internacional. En este contexto, se declara que los objetivos de la Declaración se lograrán en la medida que los recursos económicos mundiales sean explotados, aumentando la producción y el consumo, evitando fluctuaciones económicas graves, realizando el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas, asegurando mayor estabilidad de los precios mundiales de materias primas y productos alimenticios básicos, así como el comercio internacional.

Por último, la Declaración subraya el carácter universal y *erga omnes* de los principios declarados en ella, más allá de los particularismos de cada Estado.

3. El derecho internacional del trabajo

Como ya hemos señalado, el derecho del trabajo nace vinculado profundamente a los esfuerzos por desarrollar y coordinar entre los países industrializados estándares laborales mínimos de protección. Incluso se afirma que el surgimiento de un derecho del trabajo requirió como fase previa indispensable la elaboración de un derecho internacional del trabajo (Valticos, 1983: 3).

Es posible definir el derecho internacional del trabajo como el conjunto de normas y principios propios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional (Montt, 1998: 23).

Otra definición expresa que es una rama del derecho internacional relativa al estudio de los instrumentos internacionales que tratan materias laborales (Servais, 2001: 19).

La principal fuente del derecho internacional del trabajo está dada por la labor normativa de la OIT, en especial por sus Convenios Internacionales del Trabajo y por las Recomendaciones. Además, encontramos diversas fuentes normativas en las declaraciones y tratados sobre derechos humanos de carácter general o regional.

Los Convenios Internacionales del Trabajo son tratados multilaterales de especial naturaleza (Montt, 1998: 124) ya que son elaborados por un organismo internacional como la OIT y con representación tripartita.

Los convenios requieren que, a lo menos, dos Estados los ratifiquen para entrar en vigencia, salvo que se haya señalado otro quórum. Por ello, se habla de

una vigencia objetiva, cuando es adoptado por la Conferencia Internacional, y de otra vigencia subjetiva cuando cada Estado en particular lo aprueba. Por el simple hecho de ser país miembro, aunque no se ratifiquen los convenios, debe solidarizarse con los principios fundamentales que los inspiran.

Los convenios pueden clasificarse en convenios de derechos humanos (como la libertad sindical o la prohibición del trabajo forzoso) y convenios técnicos. A su vez, estos dos tipos de convenios pueden ser de los denominados promocionales, que más que disponer normas en sí se orientan al establecimiento de una política nacional en una determinada materia (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 25 y 46).

Las Recomendaciones no tienen carácter vinculante sino sólo proponen, orientan o sugieren en una determinada materia. Son adoptadas cuando la materia aún no se encuentra madura o decantada como para ser objeto de un Convenio. También cuando es necesario complementar un Convenio más general, o cuando es difícil establecer una normativa común para todos los países dado lo disímil de sus sistemas. Los gobiernos sólo deben poner en conocimiento de las autoridades las Recomendaciones e informar posteriormente respecto de su aceptación.

Los Convenios Internacionales del Trabajo, atendidas las diversidades de los ordenamientos de los distintos países y con la finalidad de avanzar en la universalización de los estándares laborales, utilizan diversos mecanismos de flexibilidad, como, por ejemplo, establecer principios básicos que son desarrollados por una recomendación de carácter complementario; utilización de un lenguaje general y amplio; con obligaciones graduales; con partes alternativas; que permiten normas inferiores específicas para ciertos países en forma temporal, y con excepciones respecto de ciertas actividades o trabajadores (Von Potobsky y Bartolomei, 2002: 59 y 60).

Las materias tratadas por los Convenios Internacionales del Trabajo son múltiples y variadas. Desde 1998 la OIT ha enfatizado la imperatividad de los Convenios que tratan sobre derechos fundamentales, especialmente lo relativo a la prohibición del trabajo forzoso e infantil, a la libertad sindical y a la prohibición de discriminación.

Debemos destacar que, en materia de derecho internacional del trabajo, existen otras fuentes de suma importancia emanadas de la Organización de Naciones Unidas y de organismos de carácter regional, como son, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.

Si bien estas Declaraciones, en principio, no constituyen un "tratado internacional", el derecho internacional les ha otorgado valor de norma, porque ambas serían una interpretación de los preceptos en que se mencionan los derechos humanos en las respectivas Cartas de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Para estos efectos, se habla de una "interpretación dinámica" de los tratados, que se refleja en la amplitud del concepto de "contexto del tratado", en el sentido de que los instrumentos redactados con motivo de la interpretación de un tratado, adoptados por las mismas partes del tratado original, pueden entenderse como una interpretación del primer acuerdo (Medina, 1996: 81 y nota 128).

En cuanto a los tratados, podemos mencionar como los más importantes el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto San José de Costa Rica", de 1969.

Con todo, existen otros tratados internacionales especializados que también son fuente de derechos laborales, como por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, o la Convención sobre los derechos del niño, ambas ratificadas por Chile.

Todas estas Declaraciones y Tratados Internacionales fortalecen los derechos fundamentales del trabajador en el derecho chileno, sean civiles y políticos (como la libertad sindical) o económicos, sociales y culturales (como la justa retribución).

Cabe recordar que los derechos humanos clásicos y los derechos sociales "no se funden, pero se implican de manera dialéctica, ejerciendo una mutua influencia que los perfecciona" (Mascaro Nascimento, 1999: 308). Al respecto, en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán, en 1968, se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos en el sentido de que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y la OIT, por su parte, ha destacado la interdependencia de los derechos sindicales en relación con las libertades civiles, en la Conferencia Internacional de 1970 (Racciatti, 1995: 186). Ambos grupos de derechos tienen el mismo fundamento y la misma esencia: el resguardo de la dignidad humana y el desarrollo integral de la persona, diferenciándose sólo en aspectos accidentales (Abramovich y Courtis, 1997: 6).

Es común escuchar que los derechos civiles y políticos implican obligaciones negativas para el Estado y, por ende, son de cumplimiento inmediato, a dife-

rencia de los económicos, sociales y culturales, que significan un costo para el erario estatal y, en consecuencia, son de cumplimiento progresivo. Desde esta perspectiva muchos derechos laborales serían de cumplimiento progresivo. No obstante, parte importante de la doctrina, como por ejemplo Van Hoof, postula que existen diversos niveles de obligaciones estatales en la materia, se trate de un derecho civil o político o de un derecho económico, social o cultural. Estos deberes son los siguientes: respeto, o sea, el Estado no debe interferir con el ejercicio de los derechos; protección, esto es, que los Gobiernos deben prevenir que terceros infrinjan los derechos de otros; garantía, o sea, en determinados casos el Estado deberá adoptar medidas o acciones concretas para el cumplimiento del derecho, y promoción, entendida como medidas de largo plazo que permitan el pleno disfrute del derecho respectivo (Abramovich y Courtis, 1997: 9 a 11).

La doctrina laboral ha sostenido que todos los instrumentos internacionales en que se reconocen Derechos Humanos Fundamentales deben ser considerados como fuente del derecho del trabajo, tanto en sentido formal como material (Mantero, 1996: 164).

Siguiendo las investigaciones de Maslow y Max-Neef, Mayorga plantea que los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales e inherentes a la naturaleza del hombre, ya que están relacionados con las necesidades básicas de la persona, a saber, de subsistencia, autorrealización, pertenencia y protección. En el caso del derecho a la sindicación y del derecho de huelga, por ejemplo, las necesidades básicas satisfechas son la de pertenencia y de protección, respectivamente (Mayorga, 1990:181 y ss).

En cuanto a la interpretación de estos instrumentos, será aplicable el principio protector del derecho del trabajo, específicamente la *regla in dubio pro operario*, sin perjuicio de las reglas propias del derecho internacional y del derecho constitucional, a saber, la interpretación *pro hominis*, esto es, siempre a favor del individuo frente al Estado (Medina, 1996: 79 y ss.), y la interpretación en base al *principio pro libertate*, como presunción general a favor de la libertad del ciudadano en relación al Estado (Pérez Luño, 1995: 315), respectivamente.

Los derechos laborales consagrados en estos tratados se encuentran reforzados por lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución chilena, en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Ese es precisamente el caso de los derechos laborales.

4. El comercio internacional y la declaración sobre derechos fundamentales de la OIT

La organización del comercio tras la Segunda Guerra Mundial se estructuró en torno al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), de 1947.

Desde 1995, surge como sucesora del GATT la Organización Mundial del Comercio (OMC), luego de una serie de foros y reuniones conocidos como la Ronda Uruguay entre 1986 y 1994. La OMC reúne actualmente a más de 140 países miembros.

Este sistema ha generado todo un marco normativo extenso destinado a regular y facilitar el comercio entre los países del orbe. Su orientación ha sido hacia la superación de los proteccionismos y hacia la liberalización del comercio por medio de la reducción de las barreras arancelarias y de otras medidas como la simplificación de los trámites aduaneros.

Paralelamente, la globalización ha consistido en el crecimiento rápido e interconectado del comercio en el mundo, así como el aumento de las inversiones y de la movilidad del capital financiero. El comercio internacional se ha desarrollado en forma muy acelerada los últimos años. Con el avance de las comunicaciones y con el surgimiento de las tecnologías de la información y el conocimiento (TIC), las distancias se han acortado y las posibilidades de negocios se han ampliado en forma geométrica.

Manuel Castells señala que hablar de globalización en sí es un mito, ya que no se trata de un fenómeno general y totalizador. En el fondo, lo que ocurre es de gran impacto, pero más limitado: las actividades económicas centrales y nucleares de las economías trabajan como una unidad, en tiempo real, a nivel planetario a través de una red de conexiones (Castells, 2001: 365).

Oscar Ermida precisa que más allá de sus características, la globalización puede ser reducida a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, así como el predominio del capital financiero. Esta situación, según este autor, conlleva tres dramas o problemas: el relativo desinterés por el mercado interno; la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas, y el predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo (Ermida, 2001: 286).

En el seno de la OMC ha habido debate acerca de los derechos de los trabajadores y su vinculación con el comercio internacional. No obstante, no se ha llegado a acuerdo. Más aún, en 1996 la OMC adoptó la Declaración de Singapur, donde insta a que sea la OIT quien revise este tema.

En este contexto, la OIT aprobó en 1998 la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

En esta Declaración la OIT hace presente que su creación se fundaba en la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente. Agrega que el crecimiento económico también es esencial, pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de promover políticas sociales sólidas, así como fomentar la justicia y las instituciones democráticas. Por otra parte, se señala que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.

La OIT destaca que ante una situación de creciente interdependencia económica es urgente reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales, así como promover su aplicación universal.

Por lo anterior, la Conferencia Internacional del Trabajo “recuerda” que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización. Además, la OIT hace presente que dichos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

Luego, la Declaración expresa que “todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

La Declaración estatuyó un "seguimiento promocional" de la misma y precisó que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la referida Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de esta Declaración y su seguimiento.

El mencionado seguimiento promocional se compone de la siguiente forma: un seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados y un informe global con el objetivo de tratar, sucesivamente, cada año, una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales.

5. El derecho internacional del trabajo en épocas de globalización

Sin perjuicio de las normas internacionales que hemos enunciado, han (re)surgido nuevas formas de regulación o intentos de reglamentación de las relaciones laborales globales.

Hacemos presente que estos intentos regulatorios del "dumping social" no son nuevos y, de hecho, estuvieron presentes en el nacimiento de la OIT y durante el siglo XIX (Babace, 2001: 341).

Las características fundamentales de la globalización han sido la liberalización del comercio internacional, la expansión de las inversiones extranjeras directas (IED) y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos. Complementariamente, como consecuencia de las nuevas tecnologías, las barreras naturales de tiempo y espacio se han reducido enormemente (*Por una Globalización Justa*, 2004: 27).

La globalización ha promocionado en forma extraordinaria el poder de los grupos financieros internacionales y de las empresas transnacionales, en desmedro de los gobiernos en general y de los trabajadores en particular, cuyo margen de actuación se ha visto reducido de manera importante.

Esta situación también afecta al proceso productivo de los países industriales. Perulli señala respecto de la realidad de los países desarrollados que las empresas y sectores enteros de la industria pueden actualmente subdividir la cadena de producción de valor agregado en términos geográficos: la transnacionalización de la empresa tiende a destruir la "nacionalidad económica" y permite a los grupos "vitriñar" entre las distintas normativas legales y contractuales locales, en atención a los niveles específicos de protección social (Perulli, 1999: XVII).

En consecuencia, si por los países pobres ronda el fantasma de la carencia de derechos fundamentales mínimos, en los desarrollados ronda el fantasma



de la “deslocalización” de las empresas en terceros países de costos laborales muchísimo más bajos. Además, preocupa que los países pobres compitan por medio del “dumping social” con los industrializados, a través de costos laborales inferiores que abaratan sus productos en base a la falta de protección social y de derechos mínimos de sus trabajadores. El dumping social es el establecimiento de normas o estándares laborales menores y más bajos en los sectores de exportación, con la finalidad de obtener ventajas comparativas para dichos productos en el mercado extranjero.

Al tenor de lo estatuido por el GATT (1947) el dumping implica la venta de un producto en el extranjero a un precio inferior al de su valor normal en el mercado de origen o a un precio insuficiente para cubrir su costo de producción. Si bien al negociar el GATT se distinguieron cuatro tipos de dumping: relativos a los precios, a los servicios, al intercambio y social, se adoptó en definitiva una definición más restrictiva vinculada al dumping sobre los precios (Perulli, 1999: 85). No atenta contra la competencia la venta de un producto a precios rebajados, sino su venta a un valor distinto en el mercado externo en relación al nacional. Por el contrario, el dumping social no se basa en el manejo de los precios del producto.

Al igual que las normas estudiadas, la regulación a la que nos referimos en este párrafo es ambivalente, en el sentido de que busca la tutela de los trabajadores de los países en desarrollo, así como la protección de las fuentes de trabajo de los países industriales por medio de regulación de la competencia. Es así que estas regulaciones pueden verse como medidas proteccionistas de los países industriales.

Estas normativas son complementarias de las ya reseñadas de la OIT y del derecho internacional de los derechos humanos, y pueden clasificarse en mecanismos convencionales, unilaterales y voluntarios.

Dentro de los convencionales encontramos las cláusulas sociales en los tratados de libre comercio así como las Cartas Sociales y normas laborales de los procesos de integración, por ejemplo, la Unión Europea y el MERCOSUR. Estas normas se caracterizan por ser adoptadas consensuadamente por los respectivos países.

Los unilaterales dicen relación con los mecanismos de preferencias unilaterales adoptados por países desarrollados.

Los voluntarios comprenden todo tipo de declaraciones, códigos de conducta o líneas directrices de carácter optativo o programático para los destinatarios.

En los próximos acápite analizaremos los lineamientos esenciales de estas regulaciones, con énfasis en el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica.

6. Algunos mecanismos de tutela

Antes de analizar el caso de los tratados de libre comercio y las cláusulas sociales, debemos referirnos a otros mecanismos tutelares, que pueden clasificarse en de dos tipos: los unilaterales y los voluntarios.

Los primeros están caracterizados por el Sistema General de Preferencia de Estados Unidos, en virtud del cual el gobierno de ese país impone estándares laborales mínimos a los países subdesarrollados que deseen mantener determinadas ventajas arancelarias.

Asimismo, la Unión Europea estatuyó un plan plurianual de preferencias arancelarias generalizadas, considerando regímenes especiales de estímulo a los países que demuestren haber incorporado en su derecho interno disposiciones de los Convenios OIT 87, 98 y 132 (Castello, 2001: 360).

Los segundos (voluntarios) son numerosos y de distintos tipos y representan una especie de *soft law*, por su falta de coercibilidad (profundizaremos este punto en el párrafo siguiente).

Dentro de los mecanismos voluntarios encontramos los Códigos de Conducta de algunas empresas multinacionales que exigen la prohibición del uso de la mano de obra infantil, la condenación de la discriminación, hostigamiento y acoso del trabajador; el respeto a la libertad sindical y negociación colectiva; el cumplimiento de las normas sobre salario mínimo, seguridad e higiene en el trabajo; descanso semanal y limitación de horas extras (Albuquerque, 2001: 270).

Con todo, existen acusaciones fundadas acerca del carácter propagandístico de estos códigos de conducta y su falta de eficacia (www.cleanclothes.org/codes.htm) (www.itglwf.org/focus.asp?Issue=codes&Language=ES).

Los códigos de conducta pueden ser adoptados además por organismos internacionales en cuanto lineamientos que debieran ser seguidos por las empresas transnacionales y por los gobiernos destinatarios de la inversión extranjera. Por ejemplo, están las Directrices para las Inversiones Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, adoptadas el 29 de noviembre de 1972.

Cabe mencionar también la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, de 1977, en materia de política general, empleo (promoción del empleo, igualdad de oportunidades y de trato, seguridad en el empleo y formación), condiciones de trabajo y de vida (salarios, prestaciones y condiciones de trabajo, y de seguridad e higiene), relaciones de trabajo (libertad sindical, derecho de sindicación y negociación colectiva), consultas y examen de reclamaciones.

También son de interés las directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) en materia de inversión internacional y empresas multinacionales (www.oecd.org), específicamente en lo relativo al empleo y relaciones profesionales (punto IV del anexo 1 de la declaración).

En consecuencia, es posible distinguir entre código de conducta interno y externo (Perulli, 1999: 264). Los internos son adoptados por las propias empresas transnacionales con el fin de adoptar reglas para sus dependientes, accionistas, clientes, proveedores y subcontratistas. El código de conducta externo es estatuido por instancias externas a la empresa, aunque se dirigen a las transnacionales, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT o las directrices de la OCDE (Perulli, 1999: 264).

Además, encontramos códigos sociales acordados entre los representantes de las empresas transnacionales y los organismos representantes de los trabajadores o consumidores, los cuales pueden ser, además, de carácter regional, como por ejemplo el pactado por la Organización Europea de Textiles y Ropa (EURATEX) y la Federación Sindical de Textiles, Ropa y Cuero (ETUF:TCL), reconociendo los derechos fundamentales en el trabajo, específicamente los promovidos por la OIT (www.itglwf.org/doc/euratex.doc).

Otro mecanismo es el denominado etiquetado social, consiste en el uso de distintivos (marcas, sellos, leyendas, etiquetas o certificaciones) que sirven para reconocer los productos de empresas que respetan determinados derechos laborales (Ermida, 2001: 301).

Por su parte, los denominados fondos solidarios o éticos de inversión o inversiones solidariamente responsables, consisten en instituciones que administran fondos en base al compromiso de orientarlas tanto a rentabilidad propiamente tal como a rentabilidad social, por medio, entre otros casos, de respeto de derechos de los trabajadores (Ermida, 2001: 301).

Otras iniciativas son, por ejemplo, los 9 principios del Pacto Global planteado por el Secretario General de las Naciones Unidas en enero de 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos, haciendo un llamado para que los líderes empresariales y las Naciones Unidas hicieran un pacto global de valores y principios compartidos. Dentro de estos 9 principios se encuentran cuatro de orden laboral: libertad sindical y negociación colectiva; eliminación del trabajo forzoso; abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación por empleo y ocupación (Ermida y Racciatti, 2003: 700).

7. Los tratados de libre comercio y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica

Los tratados de libre comercio no se abocan a los temas laborales, sino tangencialmente. El desarrollo de derechos laborales vinculados al comercio se ha dado más bien en el contexto de los acuerdos de integración regional como la Unión Europea y el MERCOSUR.

La Unión Europea ha desarrollado todo un derecho supranacional. Como precisó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Van Gend & Loos* (1963 y 1964), "la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales..." (Borchardt, 2000: 22). De hecho, se establece el principio de la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho interno. El derecho comunitario puede ser primario (los tratados constitutivos) o secundario o derivado (actos emanados de las respectivas instituciones comunitarias), siendo directamente aplicable con ciertos límites en los ordenamientos internos de los estados miembros, teniendo como destinatarios a los estados y a las personas físicas y jurídicas (Rocella y Treu, 1995: 59 y 60).

Por su parte, el MERCOSUR también ha desarrollado una dimensión social importante, adoptando una Declaración Sociolaboral en 1998, sin perjuicio de necesitar aún perfeccionamientos importantes, con la finalidad, en palabras de Oscar Ermida, de superar su "déficit democrático" reflejado en el papel secundario, dependiente y no decisorio de sus órganos de decisión política y social (Ermida, 2004: 56).

Para los efectos de nuestro estudio, dejaremos de lado estos sistemas más desarrollados y nos centraremos en los tratados de libre comercio y en las cláusulas sociales.

Los tratados de libre comercio constituyen acuerdos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales se establecen normas para liberalizar el comercio entre uno o más países, regulando esta actividad y contemplando límites y exclusiones según el caso. Tratan materias de diversa índole, por ejemplo, sobre administración aduanera, libre competencia, aranceles, inversiones, servicios financieros, etc. Todos estos contenidos son de orden material.

Complementariamente, los tratados de libre comercio contienen normas procedimentales o adjetivas relativas a la administración del tratado, procedimientos de reclamos y consultas, solución de controversias, sanciones, etc.



Los tratados de libre comercio pueden no contemplar normas laborales, o contener preceptos de cooperación laboral o estatuir directamente normas o mínimos laborales. En este último caso nos encontramos con las denominadas cláusulas sociales.

Las cláusulas sociales han sido definidas por Oscar Ermida como “una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y evaluar y hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aun la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo” (Ermida, 2001: 297).

En contra de las cláusulas sociales se ha dicho que constituyen medidas de proteccionismo encubierto frente a los países subdesarrollados, que conforman una intromisión en los asuntos internos de cada país, y que muchos de los países que las fomentan no han ratificado los Convenios de la OIT más importantes y mantienen relaciones con países que violentan abiertamente los derechos de las personas (Saco, 2001: 328 y 329).

A favor, se ha destacado que fomentan el respeto de los derechos humanos por sobre otras consideraciones comerciales, de costos o competitividad (Ermida, 2001: 298).

La eficacia de las cláusulas sociales puede depender de diversas alternativas, a saber, por medio de la aplicación de los principios del derecho internacional, como la cláusula *rebus sic stantibus* o el principio *inadimplenti non est adimplendum* (Convención de Viena de Derecho de los Tratados, arts. 62 y 60, respectivamente); o concediendo preferencias arancelarias a los países que respeten un determinado estándar (como el caso del sistema de Preferencia Generalizado de la UE); o negando o limitando la importación de productos de países, industrias o empresas que infrinjan los estándares, o por medio de la ejecución de sanciones comerciales (Perulli, 1999: 24 y 25). Las cláusulas sociales previenen generalmente esta última forma de sanción.

En el caso chileno, nuestro país ha firmado numerosos tratados de libre comercio, como, por ejemplo, con México, Canadá, Corea, Centroamérica, Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Unión Europea y Estados Unidos de Norteamérica (TLC), además de otros numerosos acuerdos comerciales de diversa índole.

Estos acuerdos tienen normas de cooperación laboral y, en el caso del TLC con Estados Unidos de Norteamérica, encontramos en su Capítulo Dieciocho normas laborales que conforman una suerte de Cláusula Social.

En este Capítulo Dieciocho del TLC podemos distinguir, en síntesis, los siguientes tipos de preceptos desde una perspectiva laboral:

- a) Compromisos laborales.
- b) Obligaciones laborales.
- c) Cooperación.
- d) Procedimiento.

a) Compromisos laborales: Nos referimos a una serie de preceptos que comprometen a cada Parte en la consagración y cumplimiento de determinados estándares laborales. Con todo, si bien esta preceptiva podrá originar un mecanismo de consultas cooperativas, no se podrá aplicar el mecanismo de solución de controversias del artículo 22 del tratado. Por tanto, la coerción de estos preceptos es relativa y queda sujeta a mecanismos no contenciosos.

En el tratado, cada Parte reafirma sus obligaciones como miembro de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (18.1).

Las Partes se comprometen a no dejar sin efecto o derogar la legislación interna, no ofrecer derogarla o dejar sin efecto los derechos laborales internacionalmente reconocidos para incentivar el comercio o la inversión con la otra parte (18.2.2). Esta normativa consagra una "cláusula de irreductibilidad" en el sentido de que prohíbe rebajar estándares laborales para incentivar el comercio o la inversión con la contraparte.

Cabe recordar que la Constitución de la OIT (art. 19.8) también estatuye una suerte de "cláusula de irreductibilidad" relativa, al disponer que en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación. En consecuencia, no podrá entenderse que la normativa de la OIT tendrá como efecto la disminución de los derechos laborales de un país determinado. No obstante, por decisión soberana de dicho Estado podrían rebajarse los estándares laborales hasta el nivel sugerido por los convenios y recomendaciones OIT, por ello esta cláusula es de alcance relativo.

En el derecho de la Unión Europea las "cláusulas de irreductibilidad" han conformado un principio propio del derecho comunitario (Dondi, 2004: 559 y

ss., Garofalo, 2004: 569 y ss.), distinguiéndose, a lo menos, dos tipos: aquellas que estatuyen que la actuación del derecho comunitario no puede justificar la reducción de los estándares laborales de un país determinado; de aquellas que contemplan la posibilidad de revisión de dichos estándares según la evolución de las circunstancias, siempre y cuando se respeten los requisitos mínimos previstos en la directiva correspondiente (Carabelli y Leccese, 2004: 542).

La "cláusula de irreductibilidad" del TLC (18.2.2) también es relativa, pero de mayor alcance, ya que prohíbe la disminución de estándares siempre y cuando dicha reducción obedezca a la intención de incentivar el comercio o la inversión.

Los vocablos legislación interna se refieren a las leyes o regulaciones o disposiciones de cada Parte que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos (18.8):

- Derecho de asociación.
- Derecho de organizarse y negociar colectivamente.
- Prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio.
- Una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.
- Condiciones aceptables de trabajo respecto de salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

El TLC precisa que, en materia de salarios mínimos, la obligación comprende la aplicación efectiva del salario mínimo que se aplique.

Además, se garantiza el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso en materia laboral (18.3).

Llama la atención la carencia a una referencia expresa al principio de no discriminación al definir el vocablo legislación interna (18.8). Con todo, en el artículo 18.1 cada Parte reafirma sus obligaciones como miembro de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, por lo que deberá entenderse incluida la no discriminación dentro de la legislación interna (López, 2004: 17 y 18).

b) Obligaciones laborales: Existe una obligación de cumplimiento que, en determinados casos (18.2.1.a), puede hacerse efectiva por medio del mecanismo de solución de controversias del artículo 22, una vez que se haya intentado el mecanismo de consultas cooperativas (18.6).

En efecto, cada Parte se obliga a no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes (18.2.1 a).

Lo anterior es sin perjuicio de cursos de acción en base a un ejercicio razonable de discrecionalidad o de decisiones adoptadas de buena fe en cuanto a la asignación de recursos (18.2.1 b).

c) Cooperación: Institución de órganos consultivos y procedimientos de cooperación (18.4, 18.5 y anexo 18.5):

d) Procedimiento: Mecanismos de consulta y arbitraje.

El TLC estatuye un sistema de consultas cooperativas entre las Partes respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo Dieciocho (18.6).

Las Partes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria y podrán requerir la asesoría o asistencia que estimen apropiada. Si no se llega a acuerdo, cualquier Parte puede solicitar que se convoque al Consejo de Asuntos Laborales (18.4) para que examine el asunto. El Consejo procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación (18.6.5).

Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el artículo 18.2.1.a y las Partes no han podido resolverlo dentro de los 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consulta cooperativa, la Parte requirente podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 22.4, o de una reunión de la Comisión de buenos oficios, conciliación y mediación del artículo 22.5 (22.5.2) y, según lo dispuesto en el Capítulo Veintidós, sobre solución de controversias, recurrir en lo sucesivo a otras disposiciones de ese capítulo.

El mecanismo de solución de controversias del tratado sólo será aplicable al caso del artículo 18.2.1.a, o sea, referido a la obligación de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes (18.6.7).

Dentro del mecanismo de solución de controversias, para efectos de la constitución del grupo arbitral (22.9), serán utilizados los árbitros laborales establecidos al tenor del artículo 18.7.

El Capítulo Veintidós tiene normas especiales (22.16) respecto de la obligación de fiscalización de la legislación laboral (18.2.1.a) cuando, después del informe final del grupo arbitral, las Partes no llegan a acuerdo sobre una solución dentro de los 45 días siguientes a la recepción del mismo, o han convenido una solución al tenor del artículo 22.14 pero la Parte reclamante considera que la contraparte no ha cumplido con los términos del acuerdo. En estos casos, el reclamante podrá solicitar que se reúna nuevamente el grupo arbitral para efectos de imponer una contribución monetaria anual a la contraparte, cuyo monto no superará los 15 millones de dólares anuales de Estados Unidos, reajustados según la inflación en la forma que se indica en el Anexo 22.16.

Si no se cumple con el pago de la referida contribución, se podrán adoptar otras acciones apropiadas para cobrarla o garantizar su pago, como, por ejemplo, suspender los beneficios arancelarios de conformidad con el Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución (22.16).

Ninguna Parte podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra es incompatible con el tratado (22.20).

Debemos señalar que esta obligación de fiscalización de la legislación laboral (18.2.1.a) y su mecanismo de consulta, buenos oficios, arbitraje y, en definitiva, de contribución monetaria no mayor de 15 millones de dólares de Estados Unidos, es una forma incipiente de cláusula social, donde el no pago de la referida contribución puede implicar la implementación de "acciones apropiadas de cobro", tales como la suspensión de beneficios arancelarios del tratado.

En el TLC no se contempla con la misma fuerza a lo laboral (y también lo ambiental) en relación a lo comercial, donde es aplicable el artículo 22.15 sobre incumplimiento y suspensión de beneficios. No obstante, constituye un paso importante ya que se consideran sanciones por el incumplimiento de la obligación de fiscalización.

En el TLC las partes no buscaron una armonización u homologación normativa, sino que respetando las legislaciones respectivas ambos Estados se comprometieron a aplicarlas efectivamente, previniendo de esta forma la competencia desleal (López, 2005: 74).

Debemos preguntarnos por el alcance de las normas que hemos clasificado como meros compromisos en el tratado, que si bien pueden originar consultas cooperativas, no otorgan derecho a aplicar el mecanismo de solución de controversias del artículo 22 del TLC. Este tipo de preceptiva es lo que en derecho

comparado se conoce como "*soft law*" (*atti quasi-giuridici* en el derecho italiano y *droit mou* en el francés).

La expresión *soft law* alude a aquellos actos y documentos que, teniendo algunos efectos jurídicos, están privados de eficacia obligatoria, por ejemplo: las recomendaciones, declaraciones de principios y acuerdos no vinculantes. Esta terminología fue acuñada por el jurista británico Lord McNair a principios del siglo XX (Distefano, 2003: 18).

El *soft law* implica principios y estándares a los cuales se recurre para regular las relaciones internacionales, y que se encuentran a medio camino entre el derecho y las normas sociales (Distefano, 2003: 18).

Las declaraciones de principios, recomendaciones, preámbulos, acuerdos no vinculantes, orientaciones, buenas prácticas, estándares internacionales, códigos de conducta, etc., constituyen tipos de *soft law*.

El *soft law* ha cumplido un rol esencial en la formación de las normas generales y en la elaboración de estándares uniformes, por ejemplo en materia de derechos humanos, constituyendo una modalidad fluida y flexible frente a las limitaciones existentes cuando se requiere adoptar una normativa de aplicación universal entre los distintos países. Por ello es posible caracterizarlo como un ordenamiento de normatividad gradual, ya que indica un lineamiento a seguir en forma gradual o escalonada (Pastore, 2003: 5, 6 y 12).

Además, se ha enfatizado que el *soft law* se presenta como un instrumento alternativo al *hard law* (derecho obligatorio tradicional), por el riesgo de que las normas vinculantes no sean respetadas y aplicadas; o porque el objetivo a regular aún no está claramente definido; o porque no existe el suficiente consenso entre las partes interesadas (Bano, 2003: 52).

Desde otro punto de vista, el *soft law* se ha consolidado como una técnica complementaria del *hard law*, por ejemplo, en el derecho comunitario europeo, facilitando la armonización gradual de las legislaciones de los distintos países. Por otro lado, es posible verlo como un renuncio de los Estados a la idea de llegar a tener una legislación común en materias esenciales.

En el caso del TLC los compromisos asumidos por Chile y Estados Unidos no constituyen en sí obligaciones cuyo incumplimiento pueda llegar a iniciar el mecanismo de solución de controversias, lo que las ubica dentro de la categoría de *soft law*. No obstante, no debe menospreciarse su eventual eficacia en el ámbito de la interpretación del tratado, así como en su cumplimiento de buena fe.

Esta falta de eficacia incluso ha fundado opiniones doctrinarias en el país del Norte, en el sentido de que el TLC acordado entre Chile y Estados Unidos no cumple con los objetivos laborales planteados por el Congreso Nacional de Estados Unidos para dicha negociación en la Bipartisan Trade Promotion Authority Act del año 2002 (Martin, 2004: 212 y 213).

Respecto de los compromisos laborales, referidos al artículo 18.2.1.a del tratado, la obligación de aplicar las propias leyes laborales constituye una cláusula social que puede desencadenar el mecanismo de solución de controversias que ya hemos descrito (22.16).

Este tipo de cláusula de aplicabilidad que no exige homologación de estándares laborales, puede interpretarse como una "cláusula de intangibilidad" de los "altos o bajos" estándares de cada contratante, lo cual perjudica a los trabajadores del país menos desarrollado.

Por lo anterior se ha puesto de relieve el carácter ambivalente de la cláusula social, que vela porque no haya dumping social y, por otra parte, puede implicar la utilización de lo social como un disfraz perverso de lo comercial (De Buen, citado por Córdova, 2001: 282).

8. Conclusiones

El desarrollo del derecho internacional del trabajo ha sido largo y continuado desde el siglo XIX.

La globalización y los nuevos procesos de integración imponen novedosos desafíos para la tutela de los trabajadores.

Las cláusulas sociales surgen dentro del contexto del comercio internacional como una forma de tutela del trabajador vinculada a este último. De hecho, en palabras de Oscar Ermida, pueden ser definidas como "una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y evaluar y hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aun la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo" (Ermida, 2001: 297).

Con todo, resulta dudosa en el caso chileno del Tratado de Libre Comercio la operatividad de la referida cláusula (art. 18), considerando la amplitud de sus términos así como los requisitos que se exigen para la procedencia de la solución de controversias.

El tratado impone una obligación de cumplimiento que, en determinados casos, puede hacerse efectiva por medio del mecanismo de solución de controversias del Capítulo Veintidós, una vez que se haya intentado el mecanismo de consultas cooperativas.

Como vimos, se limita a la fiscalización del cumplimiento de la legislación existente y requiere que su incumplimiento afecte el comercio entre las partes. Además, deja abierta una válvula de escape, en el sentido de que lo anterior es sin perjuicio de cursos de acción en base a un ejercicio razonable de discrecionalidad o de decisiones adoptadas de buena fe en cuanto a la asignación de recursos.

Además, el Capítulo Veintidós del tratado tiene "normas especiales" respecto de la obligación de fiscalización de la legislación laboral, estipulando que, en definitiva, la Parte reclamante podrá solicitar que se reúna nuevamente el grupo arbitral para efectos de imponer una contribución monetaria anual a la contraparte, cuyo monto no superará los 15 millones de dólares anuales de Estados Unidos, reajustados según la inflación en la forma que se indica en el Anexo respectivo. Si la Parte no cumple con el pago de la referida contribución, se podrán adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o garantizar su pago.

En consecuencia, en el TLC no se contempla la misma fuerza a lo laboral en relación a lo comercial.

Sin embargo, estimamos que constituye un paso importante, ya que se consideran sanciones por el incumplimiento de la obligación de fiscalización.

Es muy probable que, en la práctica, este tipo de cláusulas no tenga efecto alguno en los estándares laborales de los contratantes. Desde esta perspectiva, un sistema más elaborado, como el de la Unión Europea o, en forma incipiente, el del MERCOSUR, asegura una mayor eficacia de los derechos laborales de los trabajadores.

Se hace urgente que los gobiernos y fuerzas sociales se unan para propender por una globalización más justa para los trabajadores, con beneficios para todos, que no profundice los problemas de la Nueva Cuestión Social que opera en forma planetaria. Debemos suponer que los conflictos a futuro también serán globales y sus consecuencias pueden ser insospechadas para el planeta. Por tanto, si las consideraciones éticas no son suficientes, existen consideraciones prácticas que fundamentan una tutela más eficiente de los trabajadores.

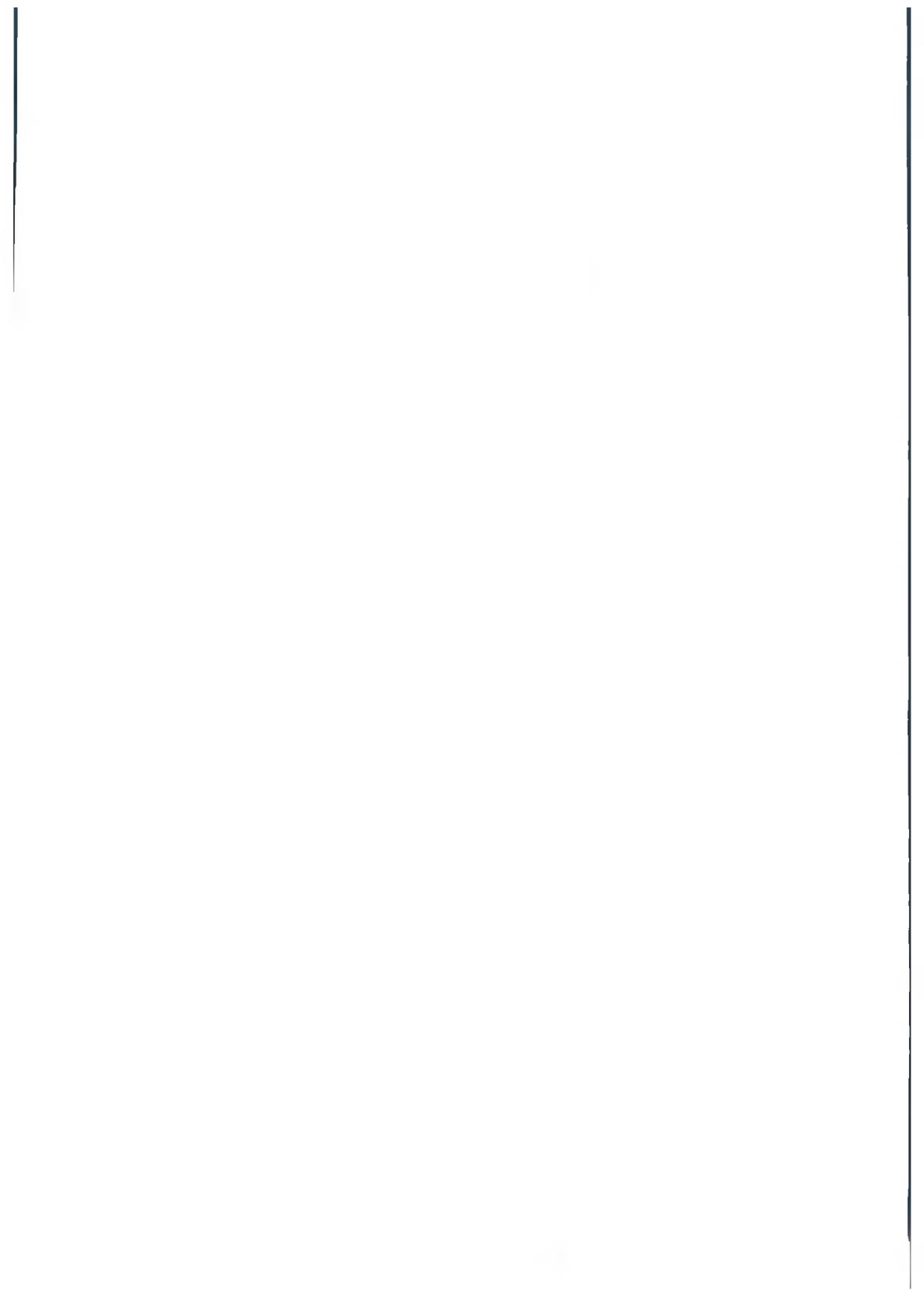
Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian (1997), "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *CONTEXTOS Revista Crítica de Derecho Social*, Buenos Aires, N° 1.
- Alburquerque, Rafael (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Babace, Héctor (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Bano, Fabrizio, "Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Borchardt, Klaus-Dieter (2000), *El ABC del Derecho Comunitario*, 5ª edición, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. www.europa.eu.int.
- Carabelli, Umberto, y Leccese, Vito (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.
- Castello, Alejandro (2001), "Instrumentos para la Construcción de la Dimensión Social en el Comercio Internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Castells, Manuel (2001), "Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Córdova, Efrén (2001), "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Distefano Marcella (2003), "Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Dondi, Germano (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.

- Ermida Uriarte, Oscar (2004), *La Dimensión Social del Mercosur*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, Oscar, y Racciatti, Octavio Carlos (2003), *Derecho Internacional del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, Oscar (2001), "Derechos Laborales y Comercio Internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Garofalo, Luciano (2004), "L'Interpretazione delle Clausole di Non Regresso", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 103, año XXVI, 3.
- López, Diego (2005), "La eficacia de las cláusulas laborales del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos", *Revista Laboral Chilena*, N° 135, abril 2005.
- López, Diego (2004), *Los Derechos Laborales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos*, Santiago, Oxfam.
- Mantero de San Vicente, Osvaldo (1996), *Derecho del Trabajo en los países del Mercosur*, Un estudio de derecho comparado, primera parte, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Martin, Stacie E. (2004), "Labor Obligations in the U.S.-Chile Free Trade Agreement", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volumen 25, N° 2.
- Mascaro Nascimento, Amauri (1999), *Teoría General del Derecho del Trabajo*, San Pablo, LTr.
- Mayorga Lorca, Roberto (1990), *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Medina, Cecilia (1996), "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, serie publicaciones especiales N° 6.
- Montt Balmaceda, Manuel (1998), *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*, *La OIT*, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Pastore, Baldassare (2003), "Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti", *Lavoro e Diritto*, Bolonia, Il Mulino, N° 1.
- Pérez Luño, Antonio (1995), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos.
- Perulli, Adalberto (1999), *Diritto del Lavoro e Globalizzazione*, Milán, CEDAM.
- Por una Globalización Justa, crear oportunidades para todos* (2004), Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo.
- Potobsky, Gerardo von, y Bartolomei de la Cruz, Héctor G. (2002), *La Organización Internacional del Trabajo*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea.

- Racciatti, Octavio Carlos (1995), "El tratado internacional como fuente del derecho del trabajo", en *Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Rocella, Massimo, y Treu, Tiziano (1995), *Diritto del Lavoro Della Comunità Europea*, 2ª edición, Papua, Cedam.
- Saco, Raúl (2001), "Cláusulas Sociales en los Tratados Internacionales de Comercio", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Servais, Jean-Michel (2001), *Elementos de Direito Internacional e Comparado do Trabalho*, San Pablo, LTR.
- Valticos, Nicolas (1983), *Droit International du Travail*, Droit du Travail Publié sous la direction de G.H. Camerlynck, tomo 8º, segunda edición, París, Dalloz.
- Türk, Danilo (1992), "Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos, en *Contextos Revista Crítica de Derecho Social*, 2, Editores del Puerto, 1998.





Carl Schmitt. La Agonía del *Ius Publicum Europeum*

José Ignacio Vásquez Márquez

Magister en Ciencia Política

Profesor de Derecho Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El presente trabajo se inspira en el recuerdo de Carl Schmitt, considerado clásico moderno del pensamiento jurídico y político, cuyas influyentes ideas traspasaron las fronteras de su patria hace muchas décadas, para ser analizado con gran interés y también desconfianza por estudiosos de diversas latitudes y posiciones y cuya recepción en nuestro país se viene verificando lentamente, desde algunos años atrás, después de su muerte hace 20 años. Como contribución a esto último, el presente trabajo se propone difundir el pensamiento jurídico de Schmitt. Desde la perspectiva del jurista, en estas páginas se hará una breve semblanza personal, su trascendencia como pensador, su obra jurídica, describiendo sus principales trabajos en esta disciplina, para concluir explicando el doble alcance del término agonía, en relación a esa gran creación política moderna, el Estado, *Deus ex machina*, fundamento del *Ius Publicum Europeum*. El desarrollo del Estado de Derecho bajo el dominio del liberalismo y el positivismo jurídico será objeto de un análisis crítico a lo largo de toda su obra, pues, nunca dejó de comprender la realidad a la luz de la situación política, como condición de aquél.

1. Breve biografía y semblanza

Un 7 de abril de 1985, es decir, hace algo más de 20 años, Carl Schmitt fallecía en su ciudad natal de Plettenberg, Alemania, a la edad de 97 años.

Ha sido reconocido como *"el más joven de los clásicos del pensamiento político"*.¹ También se definió como *"el último defensor consciente del Ius Publicum Europeum, el último en enseñarlo y en hacer investigaciones sobre este tema en un sentido existencial..."*.²

El año 1910 obtiene el doctorado en derecho con *"summa cum laude"*. A través de un número importante de escritos y ensayos alcanzará rápidamente un reconocimiento en el mundo académico. Muchas de esas obras son hoy día referencia obligada para el estudio del derecho, en especial del derecho público y de lo político, a las cuales nos referiremos parcialmente más adelante.

Su labor como profesor universitario se inicia en 1921, entre 1922 a 1928 ejerce en la Universidad de Bonn y, desde este último año, en Berlín, en la Escuela Superior de Comercio. Esta actividad lo pondrá en el centro de la vida política y académica del momento en Alemania, transformándose en uno de los más brillantes catedráticos de la época. Nada le hará presagiar que las circunstancias políticas de Alemania en los años venideros, con la asunción de Hitler al poder en 1933, cambiarían ese camino de éxito y reconocimiento.

Schmitt llegará a ser un filósofo político y del derecho que resuena al mismo nivel que Rudolf Smend, Herman Heller y Hans Kelsen. Con éste tendría una intensa polémica cuyos ecos tienen vigencia hasta hoy. Ambos rivalizaron en torno al positivismo o normativismo y el decisionismo, así como también sobre la existencia de la institución de los tribunales constitucionales. Lo cierto es que más allá de estos temas puntuales, se revela en esta rivalidad una profunda diferencia entre una visión purista y neutra y una existencial y realista del Derecho y del Estado.

Junto a lo académico, destacará como jurista, especialmente como asesor jurídico del régimen presidencialista de Hindenburg, en la última época de la República de Weimar. Su influyente participación en lo jurídico-político, durante la vigencia de la Constitución de 1919, concita la discusión sobre su real influencia en la crisis del sistema y en el advenimiento del nazismo. Por ello, algunos lo han calificado como el jurista oficial del régimen de Hitler e incluso como *"el profeta intelectual del nazismo"*. Esta posición de Schmitt lo pondrá

¹ Bernard Wilms, *"Carl Schmitt- jüngster Klassiker des Politischen Denkens?"*, en *Complexio Oppositorum über Carl Schmitt*, Helmut Quaritsch (editor), Dunker und Humblot, 1988, págs. 577 y sgtes.

² Carl Schmitt, *Ex captivitate Salus*, Struhart & Cía. pág. 71.

frente a sus críticos en situación de ser calificado como el *fossoyeur* (enterrador) del régimen de Weimar, aunque se desconozca muchas veces su postura ante la eventual asunción de Hitler en enero de 1933.³

Sin embargo, la mayoría de los estudiosos estiman que esto se sobredimensiona en comparación al rol de los ideólogos del mismo, como Rosenberg, Benn o Goebels y otros, y, además, se ignora que su paso por el NSDAP fue fugaz, entre 1933 y 1936, así como las verdaderas causas de su alejamiento.⁴

A pesar de lo anterior, luego de la guerra será alejado definitivamente y hasta el final de sus días de toda actividad docente universitaria. Entonces, se recluirá en su pueblo natal, dedicándose a ejercer como un *privatgelehrter* (estudioso privado), hasta donde concurrirán frecuentemente a visitarlo y a intercambiar ideas, intelectuales de los más variados sectores.

Continuará la producción de una sugerente obra centrada en el derecho y las relaciones internacionales, la anticipación del actual proceso de globalización, imponiendo conceptos y visiones que en la actualidad están presentes en la mayoría de los más destacados internacionalistas.

³ Gonzalo Fernández de la Mora cita una declaración de Schmitt al periódico *Täglicher Rundschau*, de 19 de julio de 1932, seis meses antes de la llegada al poder de Hitler, en el cual señalaba: "quienes faciliten la victoria a los nacionalsocialistas actúan demencialmente" ("*Schmitt y la democracia*", en Estudios sobre Carl Schmitt, Dalmacio Negro Pavón (editor), Fundación Canovas del Castillo, 1996, pág. 122).

⁴ Schmitt demuestra una contradictoria posición ante el nazismo, calificada de oportunista u *occasionalismo*, como denominaba él al romanticismo político. Por un lado, están sus advertencias sobre una victoria nazi, democráticamente, el análisis sobre la responsabilidad de la burocracia germana, en especial la de los ministerios, que no solo no se vio amenazada en ese régimen, sino, además, simpatizó con él, sintiéndose protegida tanto en sus privilegios y poder, como de una eventual guerra civil. Schmitt recuerda que "lo decisivo fueron las solemnes declaraciones de legalidad... El problema de la legalidad aparecía ya entonces como la clave del problema del poder estatal en Alemania. De ahí que en el problema de la legalidad se encontrara la respuesta adecuada a nuestra pregunta de por qué la burocracia alemana siguió a Hitler... Porque la subida al poder no fue ilegal a los ojos de la burocracia... Tampoco lo fue para la gran mayoría del pueblo alemán, y menos aún para los gobiernos extranjeros, que continuaron sus relaciones diplomáticas, sin considerar necesario un nuevo reconocimiento jurídico internacional, como habría sido preciso en caso de ilegalidad. Tampoco había ningún contragobierno frente a Hitler. Tal contragobierno no se instauró ni en suelo alemán ni en el exilio... La sentencia del tribunal militar internacional de Nuremberg de 1 de octubre de 1947 declara que "en 1934 todo el poder estaba en manos de Hitler". Para nuestro problema, este párrafo tiene el mayor alcance. Pues con ello el poder de Hitler para toda representación positiva de la legalidad era mucho más que legal, era también la fuente de toda legalidad jurídica positiva" ("*El problema de la legalidad*", anexo a *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Aguilar, 1970, págs. 160 a 162). Este texto da cuenta del ambiente de aceptación de los alemanes a un régimen de evidente carácter totalitario, pero que reconocía legitimidad a lo que apareciera como orden legal. La contradicción de Schmitt no fue una excepción en el pueblo alemán, sino la regla general. Incluso puede señalarse que se enfrentó a esa realidad más temprano que la mayoría.

Por otro lado, cuatro meses después de la asunción de Hitler al poder, Schmitt se inscribe en el Partido Nacional Socialista, siendo designado en destacados cargos como jurista y académico. A pesar de estos iniciales halagos, las buenas relaciones no durarían mucho tiempo y pronto sería criticado desde sectores más ortodoxos del Partido acusándolo por causas doctrinarias y por mantener amigos judíos y atacado en la publicación de las SS. Ante la presión y amenaza de esos sectores, a fines de 1936 Schmitt renuncia a todos los cargos políticos, manteniendo sólo su cátedra en la Universidad de Berlín hasta fines de la guerra.

2. Influencia de Schmitt

2.1. La influencia del autor en el ámbito intelectual y universitario traspasa las fronteras de su patria a pesar del ostracismo al que se le sometió luego de la 2ª Guerra Mundial hasta su muerte.

Destacando la similitud con la existencia de un hegelianismo⁵ de izquierda y otro de derecha, la realización de un seminario sobre la obra de Schmitt en 1986 en Alemania, un año después de su muerte, motivaría al politólogo alemán Armin Mohler⁶ a escribir un artículo con el título de "*Schmittianos de izquierda, schmittianos de derecha y schmittianos del establishment*". Las diversas tendencias de los participantes en el seminario daban cuenta de la influencia transversal que provocaba el pensamiento de Schmitt.

En todo caso, el anterior evento no sería el primero que tendría lugar para analizar el pensamiento y obra de Carl Schmitt, pues el año 1980 en Washington, todavía en vida de éste, ya se había realizado un seminario con estudiosos de su obra, esta vez, bajo los auspicios de la American Political Science Association y con el significativo título de "*Carl Schmitt, el equivalente moderno de Hobbes*".

En 1981, en Venecia, se reunirían algunos de los más importantes intelectuales de la izquierda italiana –Massimo Cacciari, Giacomo Marramao y Pier Paolo Portinaro– en un coloquio denominado "*La Política oltre lo Stato*"⁷ (La política más allá del Estado), centrado en el pensamiento de Schmitt y su análisis del sistema democrático liberal para buscar argumentos contra el Estado "*burgués*", que aquélla tanto criticaba en esa época.⁸

2.2. Mencionar a Schmitt actualmente, en nuestro medio jurídico nacional, puede evocar poco, algo o mucho, para muchos, algunos o pocos. Para muchos, será simplemente un jurista alemán más, mientras que para otros, será un jurista del que habrán leído con seguridad poco, o tendrán alguna referencia de aquél vinculado al nacionalsocialismo.

Para otro sector, ciertamente bastante más escaso, en el que existen seguidores, detractores y críticos, Schmitt es un destacado pensador del derecho y de lo político, polémico por sus posturas y actuaciones.

⁵ Con este término se designan a las diversas escuelas filosóficas o corrientes contrapuestas que aparecen bajo la influencia de la filosofía de G.F. Hegel.

⁶ Armin Mohler, *Links-Schmittisten, Rechts-Schmittisten und Establishment-Schmittisten*, artículo aparecido en *Criticón* N° 98 de noviembre-diciembre de 1986, págs. 265 a 267. También traducido como *Schmittistes de Droite, Schmittistes de Gauche et Schmittistes Etablis*, en *Nouvelle Ecole*, N° 44, Primavera de 1987, París, págs. 63 a 66.

⁷ Publicado como "*La Política oltre lo Stato*", Arsenale, Venecia, 1981.

⁸ Ver José Ignacio Vásquez Márquez, "*La izquierda mira hacia Carl Schmitt*", en revista *Ciudad de los Césares* N° 68, 2004.

La escasa recepción de la obra de Carl Schmitt en Chile –a diferencia de lo que ha ocurrido en Argentina–, hasta los últimos años, se comprueba en su poca influencia y conocimiento, tanto en el desarrollo de la ciencia política como en el de la ciencia jurídica del país. Ello puede explicarse por la adhesión mayoritaria al constitucionalismo clásico, así como por el fuerte predominio del positivismo jurídico desde fines del siglo XIX. Sin embargo, la mayoría de los textos constitucionales chilenos no encuentran sus orígenes en un normativismo puro, sino, por el contrario, en un evidente decisionismo producto de crisis y estados de excepción.

Sin perjuicio de lo anterior, en el siglo recién pasado ha existido alguna influencia o mayor atención de su obra, especialmente en pensadores conservadores chilenos. También, en el ámbito de la ciencia política y jurídica nacional y, en especial, en el derecho constitucional, la obra de Schmitt ha sido recepcionada, aunque de manera más restringida. El constitucionalista Guillermo Izquierdo Araya conoce tempranamente algunas de sus obras, como *Teoría de la Constitución* o *Defensa de la Constitución*.

Sin embargo, desde hace algo más de una década, la obra y las tesis de Schmitt se divulgan y discuten crecientemente en Chile, sirviendo de base para la producción de algunos interesantes estudios y referencias de notas. Es el caso del historiador del derecho Bernardino Bravo Lira, que en algunas de sus obras incorpora categorías schmittianas, como también la obra de Renato Cristi sobre el pensamiento conservador y la supuesta influencia en Jaime Guzmán; también pueden señalarse los más recientes trabajos del filósofo Luis Oro Tapia y del constitucionalista Francisco Zúñiga Urbina.⁹

3. Recordar a Schmitt ¿es pensar en un clásico?

La influencia de la obra schmittiana en los medios académicos occidentales, el creciente interés en su estudio, la vigencia de las interrogantes que formulara Schmitt en materia política y jurídica, tales como: qué es lo político, quién es soberano, qué es el Estado; qué es la democracia, qué es una Constitución, cómo pensar el derecho, qué es la legitimidad y la legalidad, quien defiende la Constitución, todas ellas autorizan a afirmar que se trata de la obra de un clásico. Así lo han calificado, por lo demás, diversos pensadores.

Para identificar a un autor como un *clásico*, y en especial calificar a Schmitt como tal, Willms explica que es necesario entender la relación entre la historia

⁹ José Ignacio Vásquez Márquez, *La influencia de Carl Schmitt en Chile*, en revista *Empresas Políticas*, N° 4, Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, 2004, págs. 167 y sgtes. En este artículo se desvirtúa la forzada tesis de Cristi, en el ensayo "El pensamiento político de Jaime Guzmán", sobre la supuesta influencia ideológica de Schmitt en aquél.

de las ideas y sus autores; cuando se analiza la historia surgen nombres, autores, que sirven para comprenderla, algo así como un "*hilo de Ariadna para su época*", según aquél. Los textos y los conceptos de un clásico motivan acciones y producen efectos, es decir, generan una influencia, de modo que sus huellas pueden ser reconocidas en el obrar práctico de la historia misma. Un clásico de las ideas políticas es un autor sin el cual es imposible pensar la historia, no se le puede omitir, pues ello impide explicarla o interpretarla.¹⁰

Cuando un autor o un intelectual se transforma en referencia obligada, ya sea respecto de su obra o su persona o, bien sea por la utilización de sus conceptos o categorías en el análisis de las ciencias jurídica o política, cabe afirmar con certeza que nos encontramos ante un clásico del derecho o la politología.

Como se ha señalado anteriormente, diversos autores ven en Schmitt a un clásico. Beneyto, por ejemplo, da dos razones: en primer lugar, porque recoge, asimila e integra los conceptos y las cuestiones esenciales planteadas por gran parte del pensamiento político de la modernidad, lo que hace que la interpretación de su análisis y de su pensamiento sea siempre plural; y en segundo lugar, porque refleja tanto en su pensamiento como en su persona las contradicciones más íntimas de este siglo y lo que este siglo ha significado en la historia de las ideas políticas.¹¹

El politólogo italiano Gianfranco Miglio, poco después de la muerte de Schmitt, lo calificaba como *L'ultimo dei classici*, "*pues prácticamente cada uno de sus conceptos es una mina para nuevas investigaciones, nuevas hipótesis y nuevas aventuras intelectuales*".

Pablo Lucas Verdú concluye que Schmitt "*es un clásico: maduro y sugeridor. Fascinante... La consulta de gran parte de sus escritos parece obligada, porque los clásicos están presentes*".¹² Al referirse a la supuesta peligrosidad de su pensamiento, que se le ha imputado por lo categórico de sus ideas o por el protagonismo intelectual en períodos históricos conflictivos y de radical antagonismo, explica que "*ella está presente en sus trabajos, quiero decir que pocas veces se encuentra un pensador que suscite oposición entre sus coetáneos y los posteriores... Mientras Kelsen alardeó de neutralidad científica frente a los liberales, católicos y comunistas, prueba según él de la teoría pura del derecho era la objetividad e imparcialidad supremas, Schmitt, en cambio, se despreocupó de los ataques a su doctrina... Si la izquierda italiana se ha interesado por sus teorías*

¹⁰ Bernard Wilms, op. cit., pág. 582.

¹¹ José María Beneyto, "*Carl Schmitt como paradigma de la crisis de la modernidad*", en Carl Schmitt Studien (Coloquio de Pamplona en 1996), Edizioni Settimo Sigilo, Roma, 2000, pág. 153.

¹² Pablo Lucas Verdú, *Otra vez Carl Schmitt*, en Carl Schmitt Studien (Coloquio de Pamplona en 1996), Edizioni Settimo Sigilo, Roma, 2000, pág. 125.

e interpretaciones pro domo sua; si los anglosajones reproducen y aumentan sus trabajos..., la sedicente "peligrosidad" schmittiana parece desaparecer".¹³

Solo para ilustrar algo más, acerca del reconocimiento de intelectuales alejados ideológicamente de Schmitt, es interesante citar lo que han manifestado, por ejemplo, un Raymond Aron, de fe liberal: pertenece a *"la gran escuela de los sabios alemanes que van más allá de su especialidad, que abarcan todos los problemas de la sociedad política y a los que se puede llamar filósofos"*, o Norberto Bobbio, de centro izquierda, que conoció a Schmitt en los años 30, expresó, posteriormente, *"Schmitt es uno de los grandes pensadores de este siglo"*,¹⁴ sin desdeñarse jamás.

Se ha dicho que la prueba más fuerte del clasicismo de Schmitt está en la metamorfosis que sufre su obra al contacto con estudiosos católicos, conservadores, marxistas, liberales, demócratas, autoritarios, neoderechistas o neoizquierdistas, pues aparece ya como *"campeón de una democracia capaz de defenderse"*, como *"campeón de la reacción ultramontana"* o aun, como *"campeón de la revolución de derecha o de izquierda"*.¹⁵

No cabe duda que los problemas que se plantean en la obra de Schmitt son muchos y no todos quedan absolutamente resueltos. Pero en general, tras de ella se revela una enorme capacidad de interrogar la realidad a la que se enfrenta, iluminando e interpretando las realidades del derecho y lo político en términos tan sorprendentemente actuales que sus respuestas no pierden vigencia.

4. Visión general del pensamiento y la obra schmittiana

El pensamiento de Schmitt se presenta asociado a los problemas y desafíos de su época, especialmente centrado en el desarrollo de la modernidad, el liberalismo y el Estado de Derecho liberal, resaltando sus contradicciones internas. Realiza de esta forma una verdadera crítica inmanente a aquélla.

El método por el cual Schmitt analiza esa realidad política, jurídica, económica, social y cultural en general, y a la totalidad del sistema imperante, se funda en categorías contrapuestas –principios, valores, instituciones–, utilizadas como verdaderos instrumentos dialécticos para desentrañar las contradicciones del mismo, las reales intenciones de ideologías en apariencia antipolíticas, como el

¹³ Op. cit., pág. 123.

¹⁴ Alain de Benoist, en *Carl Schmitt et les sagouins. L'ahurissante campagne de diffamation*, publicado en la revista *Elements* N° 110 de octubre de 2003.

¹⁵ Günther Mascke, *Carl Schmitt: Fossoyeur, Kronjurist ou Dernier Clasique?*, en *Nouvelle Ecole* N° 44, 1987, pág. 57.

liberalismo, y el verdadero sentido de esos conceptos. Es preciso advertir que su pensamiento no se agota sólo en la crítica destructora del liberalismo y la modernidad, sino, como han hecho notar muchos, entre los que se cuentan los calificados de *schmittianos del stablishment*, sirve para prevenir los riesgos o contradicciones que el propio sistema, por su idealismo, no advierte.

En relación con el derecho, efectuará un análisis dirigido a superar el positivismo dominante, permitiendo a su vez comprender, por ejemplo, el fenómeno constitucional o el estatal a partir de sus aspectos políticos, sociológicos o históricos.

Sobre el particular, ha resaltado el constitucionalista Manuel García Pelayo lo siguiente: *"Dentro del marco de la ciencia jurídica alemana al que acabamos de aludir, cabe percibir en el pensamiento de Carl Schmitt una sólida formación sociológica subyacente a su pensamiento, en la que son perceptibles, a mi juicio, las huellas de Marx y de Max Weber, lo que quizás sea uno de los motivos que dan a sus escritos un sentido de la realidad efectiva de las cosas no siempre presente en sus contemporáneos. Por otra parte, su extensa y profunda cultura histórica le permite percibir esos momentos epocales donde comienza algo nuevo, sea un orden, una institución o una perspectiva. Sus conocimientos de la historia de las ideas jurídicas y políticas, interpretadas desde y para el presente, le permiten encontrar puntos claves para la interpretación de los grandes conceptos políticos o, a veces, para mostrar el décalage entre el sentido originario de un concepto y su sentido en el presente o, eventualmente, su cambio de funcionalidad"*.¹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, más allá de los límites de una vocación esencialmente jurídica, Schmitt se esforzará por comprender en su integridad la situación de su tiempo y someterla a un análisis crítico, a una verdadera *deconstrucción*.¹⁷ Con tal fin, realizará una exhaustiva labor investigadora, de carácter interdisciplinaria (derecho, política, historia, teología), cuya reconocida profundidad y lucidez, no exenta de contradicciones, lo llevará a ponerse en un lugar destacado de la ciencia política y jurídica.

La formación de conceptos o categorías contrapuestas o dicotómicas en esa actividad de investigación es característica en Schmitt y se manifiesta siempre

¹⁶ Manuel García Pelayo, en Prólogo a *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt, pág. 374.

¹⁷ Carlo Galli, *Genealogía della política. Carl Schmitt e la crisis del pensiero politico moderno*, Il Mulino, 1996. Por *deconstrucción* se entiende un método de cierto modo dialéctico, usado normalmente en el leguaje escrito, como es el caso de Jacques Derridá, que se propone la disolución de realidades y el discurso racional. Respecto de Schmitt, tal concepto pretende hacer referencia a su pensamiento disolvente del sistema liberal a través de la contraposición dialéctica de categorías políticas o jurídicas. Sin embargo, cabe señalar que en el método dialéctico, como en la deconstrucción, a ésta le sigue una construcción, como en la primera debe suponerse una tesis, una antítesis y una síntesis, procesos que en Schmitt no se perfilan claramente, pues no hay un discurso propositivo de alguna nueva realidad.

en sentido polémico, pues aparecen condicionados por la situación cultural o espiritual, su significado histórico y por las ideologías dominantes. Las categorías schmittianas surgen de un contraste con la realidad política interna o externa.

En una visión crítica de Schmitt, Gómez Orfanel ha señalado que los trabajos de Schmitt *“estaban determinados por la voluntad de decisión científica y caracterizados por su tendencia a las fórmulas alternativas (Entweder-oder sea...o sea) y por su intención de formar un sistema por medio de contraposiciones, aunque tal objetivo parecería difícil en un espíritu tan asistemático como Schmitt, aplicado a descubrir cada vez nuevas antinomias, lo cual dificulta los intentos de obtener una visión global de su obra”*.¹⁸

El mismo autor anterior recurre a la cita de Jürgen Fijalkowski para resumir la obra de Schmitt: *“La profunda antítesis que se muestra en la crítica y en la teoría de Carl Schmitt, y desde la que éste crea aquellos contrastes con los que elabora su singular interpretación de la situación política de la época, es la antítesis entre Ilustración y Contrarrevolución. Esta antítesis se repite una y otra vez en las contraposiciones de Estado de Derecho y consecuente forma política..., anarquía y autoridad, moral humanitaria y política que distingue entre amigo y enemigo, legalidad sin sustancia y legitimidad existencial, positivismo vacío y orden concreto...”*.¹⁹

Basándonos en parte en la clasificación de las categorías jurídicas y políticas schmittianas que Gómez Orfanel²⁰ ha elaborado en su tesis, hemos tratado por nuestra parte de completarlas, a partir de la revisión de la obra de Schmitt. Ellas son las siguientes:

Amigo	Enemigo
Decisionismo	Normativismo
Ordinalismo	Normativismo
Tierra	Mar
Grandes espacios	Universalismo
Estado político	Estado de Derecho
Normalidad	Excepción
Legitimidad	Legalidad
Política	Hegemonía y neutralización.
Conflicto	Consenso
Estado Administrativo	Estado Legislativo
Democracia	Liberalismo

¹⁸ German Gómez Orfanel, *Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, págs. 30 y 31.

¹⁹ Op. cit., pág. 31, se refiere al libro de Fijalkowski, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la filosofía política de Carl Schmitt*, Editorial Tecnos 1996, pág. 342.

²⁰ Op. cit., pág. 32.

Identidad política del pueblo	Representación
Orden concreto	Caos, desorden
Cultura y espíritu	Economicismo y tecnicismo
Diversidad	Uniformidad
Potestas directas	Potestas indirectas
Paz	Guerra
Constitución absoluta	Constitución relativa
Constitución real y positiva	Constitución ideal
Dictadura soberana	Dictadura comisaria
Público	Privado
Mando	Obediencia

La obra de Schmitt, en general, revela su gran capacidad de interrogar o interpelar en términos categóricos la realidad a la que se enfrenta, iluminando e interpretando el derecho y la política, de manera siempre vigente.

Su obra es numerosa y polémica. Algunos autores la dividen desde un punto de vista cronológico, como es el caso de Fernández de la Mora, quien expresa que *"cada una de las cuales tiene unidad conceptual propia sin que exista contradicción entre ellas: a) crítica del Estado demoliberal parlamentario y partitocrático, de 1920 a 1932; b) construcción de un modelo político sobre el "principio del liderazgo", desde 1933 hasta 1942; y c) análisis del ordenamiento jurídico internacional, de 1942 en adelante"*²¹. Para otros, la obra de aquél se distingue por analizar el derecho, lo político y el orden político internacional.

5. Schmitt y su obra jurídica

Desde sus primeros escritos, la obra de Schmitt se encuentra inspirada por una visión de análisis fenomenológico de la modernidad y de sus criaturas, no en un sentido coyuntural, sino a través de una filosofía del derecho y lo político y de la ciencia jurídica y política.

Aunque se le reconoce como un agudo y sedicente filósofo político, como ya hemos visto, el clásico moderno de este fenómeno, esta actividad la ha ejercido siempre a partir de reflexiones jurídicas, sobre el derecho mismo o sus instituciones y principios, por ejemplo, la comprensión del acto de la toma de la tierra –*Nomos*– como hecho jurídico originario y luego extraer sus consecuencias políticas. Esta disposición principal de estudio y comprensión del fenómeno del derecho lo lleva a afirmar respecto de sí mismo, que *"Me siento ciento por ciento jurista y nada más. Y no quiero ser otro"*.²²

²¹ Gonzalo Fernández de la Mora, op. cit., pág. 112.

²² Entrevista *Un jurista ante sí mismo*, en *Quaderni costituzionali* N° III (1983), pág. 34.



Comprende que el mundo que le ha tocado vivir se encuentra en crisis. Entre otras de sus manifestaciones, percibe el fin de la estatalidad, comenzado a producirse un cambio en las relaciones internacionales, que afectan al derecho público y lo político en general.

En relación a la ciencia jurídica, Schmitt aparece fuertemente crítico del normativismo o positivismo jurídico que se manifiesta políticamente como Estado de Derecho, sin entrar a confrontarlo en el contexto de la querrela del iusnaturalismo racionalista y el derecho natural de raíz aristotélico-tomista.

Schmitt es un pensador realista y, por tanto, comprende perfectamente que el derecho es una manifestación de la estructura del poder que se encuentra en íntima asociación con el fenómeno de lo político y en el contexto de la modernidad y del Estado moderno, *"la máxima creación del racionalismo europeo"*, como lo llegara a calificar.

Cabe recordar que Schmitt es autor de un libro clásico en el estudio de lo político, titulado *El Concepto de lo Político*. En éste logra penetrar en la esencia de ese fenómeno, estableciendo los principios que le otorgan su propia autonomía, desligándola de la moral, la religión o la economía. Lo político se concibe en la relación existencial del amigo y el enemigo (*amicus y hostis*). Sigue de esta forma el sendero del realismo político a través de dos de sus más admirados pensadores de lo político: Maquiavelo y Hobbes.

Por lo anterior, la obra y el pensamiento jurídico de Schmitt se desenvuelven en los ámbitos del derecho público, con especial énfasis en el derecho constitucional y el derecho internacional.

5.1. Ley y Sentencia. Una investigación sobre la praxis del derecho (1912).²³

Esta es su primera obra jurídica, luego de su tesis de doctorado, en la cual ya es posible descubrir las inquietudes sobre la aplicación por el juez de un derecho en sentido estrictamente positivista. En ella se anticipa su posterior distinción entre las formas de pensamiento jurídico, el normativismo, el decisionismo y el ordinalismo, donde también se encuentra envuelta una cuestión política, acerca de quién decide soberanamente.

De esta forma, Schmitt ha comenzado a desarrollar su propósito de demostrar las debilidades del propio Estado de Derecho liberal decimonónico, fundado según aquél en un legalismo muchas veces vacío y ajeno a la realidad. También aquí comienzan a manifestarse las ideas con las que se confrontará al normativismo.

²³ Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Ley y Sentencia), 2ª edición, Beck, 1969.

Probablemente influido por la clasificación de las formas de legitimación de la obediencia establecidas por su antiguo maestro, el sociólogo Max Weber, insatisfecho por ese positivismo en boga, busca *“un criterio que permita reflejar adecuadamente las verdaderas razones por las cuales una decisión judicial es tomada por válida o correcta”*.²⁴ Así Schmitt se hace en la obra la pregunta *“¿Cuándo es correcta o justa una decisión de justicia?”*²⁵ e inicia una investigación para dar una respuesta.

En esta investigación comienza rechazando el criterio legalista, en virtud del cual debe asumirse sin más que *“una decisión judicial cualquiera es considerada correcta por los operadores jurídicos porque su contenido efectivamente ha sido inferido de una ley o conjunto de leyes (u otras normas jurídico-positivas de carácter general)”*.²⁶ Es decir, para nuestro autor no puede pensarse tan simplemente que el juez es la *“boca que pronuncia las palabras de la ley”* o que a éste no le corresponde interpretar la norma al resolver el caso particular. Tampoco considera aceptable la teoría que considere como justo lo resuelto de acuerdo a las circunstancias o a la época.

Concluye, en fin, que *“una decisión judicial es hoy, por lo tanto, correcta si se admite que otro juez habría decidido del mismo modo. “Otro juez” significa aquí el tipo empírico del jurista moderno experto en derecho...” el otro juez es en todo caso el juez normal formado jurídicamente... no como la indicación de un tipo ideal”*.²⁷ Es decir, es justa una resolución si otro juez de la misma naturaleza hubiese decidido de igual forma y ello ocurre en el proceso mismo, no por aplicación de una norma abstracta.

Para Campderrich, lo anterior significa que *“la comunidad de juristas reconoce como válidas aquellas decisiones judiciales que han sido adoptadas y justificadas conforme a los principios, representaciones simbólicas, modus operandi y tradiciones que informan la práctica judicial”*.²⁸ Agrega más adelante el mismo autor que *“la relación que Schmitt establece en Ley y Sentencia entre normas jurídico-positivas aplicables a casos concretos y decisión judicial es indicativa de un modo de pensar la relación entre normalidad, entendida como el conjunto de las reglas del juego, hábitos o regularidades en que se estructuran todas y cada una de las esferas de la vida social, y la normatividad —el ordenamiento jurídico en sentido positivista—...”*.²⁹

²⁴ Ramón Campderrich, *La palabra de Behemoth, Derecho, Política y Orden Internacional en la obra de Carl Schmitt*, Editorial Trotta, 2005, pág. 26.

²⁵ Carl Schmitt, op. cit., pág. 1.

²⁶ Campderrich, op. cit., pág. 27.

²⁷ Carl Schmitt, op. cit., pág. 100.

²⁸ Campderrich, op. cit., pág. 27.

²⁹ Campderrich, op. cit., pág. 28.

En fin, se estima que es necesario buscar una explicación interna en la práctica jurídica, por ser una actividad autónoma, lo que implica que el derecho y su contenido de justicia se determinan jurisprudencialmente. Se señala que *“la práctica jurídica debe decidir por sí misma lo que es justo, lo que equivale a decir que ella es su propia medida. Por consiguiente, la práctica es el criterio de su rectitud. La praxis se justifica a sí misma—escribe Schmitt—. La justicia determinada de esta forma no es absoluta, tampoco es lo que los juristas consideran como tal en promedio, pero es la que hay que contemplar como justa a la luz de las consideraciones metódicas”*.³⁰

La práctica jurídica es la jurisprudencia y el hecho que se resuelva un caso concreto dentro del procedimiento no implica que ocurra por simple operación de interpretación de la ley y que un juez decida de manera absolutamente aislada, el juez solo frente a la norma. La resolución obedece a la *praxis*, es decir, al criterio jurisprudencial, lo que implica una decisión en el contexto de un orden concreto, que, como veremos más adelante, constituirá la forma de pensar jurídico que adoptará Schmitt luego de madurar la sistematización de los modos del pensar el derecho.

Hay en esta formulación un criterio similar al que años después utilizaría para definir la categoría de lo político, otorgándole su propia autonomía como manifestación existencial y cultural. Así el derecho se define por la categoría de lo justo y la justicia por la prudencia.

5.2. Teoría de la Constitución (1928). Entre el anterior trabajo y esta obra se sucedieron varias otras, sin embargo en el ámbito del derecho constitucional ha pasado a ser referencia destacada. Ella no es el típico tratado de derecho constitucional donde se comparan y comentan las características de los diversos textos constitucionales de distintas naciones o los regímenes políticos o las formas de Estado o de gobierno. En realidad no es la obra de derecho político que trae al conocimiento de los estudiosos del derecho conceptos e instituciones, de manera funcional a un determinado sistema político. El propio autor advierte en su prólogo que *“no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema”*.³¹ En el ámbito del derecho constitucional, sin duda es un referente o un hito en el desarrollo de su pensamiento.

Teoría de la Constitución es un texto de análisis del constitucionalismo, por el cual demuestra las contradicciones del Estado de Derecho liberal y del propio

³⁰ Carl Schmitt, op. cit., pág. 100.

³¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1992, pág. 21.

liberalismo político. A través de él, continúa con su estudio acerca del concepto jurídico-político de la decisión soberana, que se enmarca en la precisión de las formas del pensamiento jurídico.

La obra comienza con una discusión acerca del concepto mismo de Constitución, estableciendo cuatro sentidos diversos. El mismo Schmitt aclara al principio que hay una acepción general que se refiere a que *"cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier asociación, se encuentra de alguna manera en una "constitución"*³² y todo lo imaginable puede tener una *"constitución"*. Esta afirmación presupone la intuición que más tarde la sistematizará en el trabajo sobre las formas del pensar jurídico del orden concreto.

La acepción que discute Schmitt es aquella más restringida, jurídico-política, que puede ser real o ideal. La primera, referida a la constitución del Estado, *"la unidad política del pueblo"* y a la que dedica más explicación. La concepción ideal es la que corresponde a los diversos postulados políticos, entre los cuales resalta la del Estado de Derecho liberal. En la obra, se concentra principalmente en esta concepción de Constitución y lo hace a lo largo de la misma. Su finalidad, como se ha señalado anteriormente, es desentrañar las contradicciones del liberalismo político. Así caracteriza a la Constitución liberal por ser solo un sistema de garantías de la libertad burguesa.

El concepto absoluto de Constitución lo comprende como un todo unitario, como *la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente*³³ puede tener tres sentidos:

A) Como la situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. Es el concepto griego de *politeia*, utilizado por ejemplo por Aristóteles. Para él, la Constitución significa su *"vida concreta y su existencia individual"*,³⁴ la situación presente, no el simple conjunto de normas según las que se ordena y funciona una unidad política.

B) Como *"una manera especial de ordenación política y social... la forma especial de dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él..."*.³⁵ Este significado se relaciona con el término *status*, que puede ser monarquía, aristocracia o democracia, formas de gobierno o de dominación. Se explica aquí que el *"Estado es una Constitución"*.

C) La tercera acepción no es un significado estático, sino un devenir, un con-

³² Op. cit., pág. 29.

³³ Op. cit., pág. 30.

³⁴ Op. cit., pág. 30.

³⁵ Op. cit., pág. 30.

cepto dinámico de la unidad política, entendida como un ser y existir, una concepción orgánica, un concepto más sociológico. Se podría decir, recurriendo a Renan, que es un *plebiscito cotidiano*. Schmitt dice al respecto: *"de los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política –integrarse–, según la expresión de Rodolfo Smend"*.³⁶

También entiende Constitución en sentido absoluto, pero ahora como *un sistema de normas supremas y últimas*.³⁷ Es un concepto normativo, como ordenación jurídica que tiene por base la norma fundamental, un conjunto cerrado de normas. Hay también, en este caso, identificación entre Estado y Constitución, pero no en sentido existencial de un ser, sino como norma de normas. Se puede decir que se trata de la existencia de un deber ser concreto. Afirma que una Constitución es válida cuando emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad.

El concepto relativo de Constitución consiste en la designación de la norma fundamental de un país en particular, escrita y elaborada de acuerdo a procedimientos especiales de reforma.³⁸

Luego se describe el concepto positivo de Constitución, entendiéndola como *decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política*.³⁹ Emana del poder constituyente que asume en un momento determinado la totalidad de la representación de la unidad política de un pueblo o una nación. Es el momento de la decisión soberana. De esta forma, la Constitución *"contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por el cual se pronuncia o decide la unidad política... Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, con la voluntad de dar una Constitución"*.⁴⁰

Este hecho permite probar a Schmitt que el derecho o la norma jurídica nace de una decisión y no de otra norma jurídica, desvirtuando el positivismo o normativismo puro. Así, afirma que en *"toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica"*.⁴¹

El ordenamiento jurídico en general deriva de la decisión soberana que da forma

³⁶ Op. cit., pág. 31. Sobre Rudolf Smend y la época, ver Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Editorial Tecnos, 1987.

³⁷ Op. cit., pág. 33.

³⁸ Op. cit., págs. 37 y sgtes.

³⁹ Op. cit., pág. 45.

⁴⁰ Op. cit., pág. 46.

⁴¹ Op. cit., pág. 47.

y existencia a la unidad política, como un todo. Conviene recordar la famosa definición de soberano que consagra en *Teología Política* como “quien decide en el estado de excepción”. La norma no decide, sino que es producto de una decisión. Más adelante agrega Schmitt que “de las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”.⁴²

De este modo, Schmitt verifica, al igual que en *Ley y Sentencia*, que el derecho no nace por mera aplicación de normas de manera mecánica, sino por una decisión de autoridad. Como en el caso judicial, por la praxis de los jueces, la norma constitucional por decisión política. Señala aquél que “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser”.⁴³

En la obra se concentra, también, en analizar diversas nociones jurídico-políticas, como los derechos fundamentales, haciendo una distinción con las garantías institucionales. Luego acomete el trabajo de estudiar el principio de la división de poderes en la moderna Constitución, uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, advirtiendo que la mayoría de las Constituciones en ese sentido son de carácter mixto.

En su cometido de establecer no sólo la naturaleza decisionista del acto constituyente, con el fin de demostrar el carácter político del denominado *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, también desentraña el elemento político de la Constitución moderna y desvirtúa su pretendido sentido jurídico puro con el que se ha intentado neutralizarla de todo carácter político o de otra naturaleza.

De este modo, aclara, que si el pueblo en su existencia concreta como unidad política, es el portador del poder constituyente, entonces la Constitución democrática se basa en un principio esencialmente político que es el de la igualdad, de la homogeneidad de ese sujeto. Para Schmitt, el liberalismo en cambio no lograría esto último, pues ambas ideologías serían contradictorias, por basarse en principios distintos, la libertad y la igualdad.

5.3. La Defensa o el Guardián de la Constitución (1931). Este texto no sólo es el resultado de un debate o controversia jurídica entre Schmitt y Hans Kelsen en torno a la forma en que la Constitución de Weimar debía ser protegida, sino el reflejo de una controversia más amplia que se desarrolla en la época, sobre el régimen constitucional y la forma de pensar el derecho, ámbitos en los cuales los dos juristas mantendrían posiciones divergentes.

⁴² Op. cit., pág. 94.

⁴³ Op. cit., pág. 94

Kelsen ya había escrito su *Teoría Pura del Derecho* y participado en la elaboración de la Constitución austríaca de 1920, que establecía un Tribunal Constitucional encargado de velar por los excesos de los tradicionales poderes políticos. Schmitt, que venía desarrollando su pensamiento jurídico en evidente contraposición a la doctrina kelseniana del positivismo puro, y ante la discusión general de la época, acerca de la introducción del control difuso de constitucionalidad de las leyes, se manifestó contrario a que un órgano jurisdiccional se transformara en el "defensor de la Constitución". Propone entonces que esa atribución la ejerza el Presidente del Reich, evidentemente inspirado en el decisionismo y la idea de la decisión soberana. Frente a esta tesis expuesta en la obra que aquí se describe, Kelsen no esperará en darle respuesta a través de un breve trabajo.⁴⁴

Como se podrá apreciar, en esta disputa, los dos clásicos del derecho confrontarán dos visiones divergentes sobre el sentido y valor de la democracia y el Estado de Derecho liberales.

Schmitt advierte sobre el idealismo que sostiene la necesidad de una normalidad para la eficacia de la normatividad, ya sostenida en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen. Para éste, el ordenamiento jurídico sólo podía desenvolverse entre las normas y los procedimientos estrictamente jurídicos que cada poder del Estado asume de modo inalterable. Sin embargo, para Schmitt, el conflicto de constitucionalidad es una excepción a la normalidad del ordenamiento jurídico, donde lo que está en peligro es la Constitución, es decir, el *modo y forma de existencia de la unidad política*. Este último estima que la situación no puede resolverse por un órgano que politice la justicia, en el contexto de un Estado de partidos, sino por una autoridad superior que represente a esa unidad política. La defensa de la Constitución es para Schmitt una función política y no jurisdiccional.

El asunto no es tan simple como señalar que la discusión pueda estar actualmente superada por un órgano que subordina al resto de los poderes en el ejercicio de un control de supremacía constitucional de las normas legales. Todavía pueden surgir los riesgos que Schmitt advertía en su época, como la posibilidad que se trate de vigilar y controlar a los propios controladores, eventualmente disminuida por distintos medios y presiones o como consecuencia de una integración de miembros designados por cuoteo partidista. Ante este riesgo, Schmitt advertía que el Tribunal Constitucional podría perder legitimidad, especialmente en un régimen parlamentarista.

En fin, pasa revista inicial a las distintas formas de defensa de la Constitución,

⁴⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, 1995.

como el control difuso y general de los tribunales ordinarios de justicia. También analiza la jurisdicción política y constitucional como expresión de la tendencia a transformar la Constitución en un contrato, dejando de considerar al Estado como una unidad homogénea, resolviéndose los conflictos por compromisos entre parte interesadas, con el riesgo de que *"la Constitución cesaría de ser tratada como fallo político de la Nación entera y unificada; los llamados órganos del Estado, es decir, los titulares de las atribuciones del poder político, podrían considerar sus atribuciones y competencias como derechos subjetivos ejercitados en nombre de las organizaciones sociales, como mandatarios de las cuales se han convertido en Órganos del Estado, reclamando en caso necesario, incluso por vía procesal, contra las organizaciones que les son hostiles"*.⁴⁵

Concluye luego de ese análisis de las formas de justicia constitucional, con una reafirmación de su posición, ya expresada en *Teoría de la Constitución*, a favor del Estado Constitucional democrático, al señalar que si la Constitución de Weimar *"es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente"*,⁴⁶ la defensa de la Constitución no puede resolverse mediante una *"ficticia judicialidad"*.

Su propuesta evidentemente autoritaria y crítica del Estado de partidos era la de dotar al Presidente de la función de "guardián de la Constitución", pues éste ha sido elegido por el pueblo entero *"y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una "apelación al pueblo"*.⁴⁷ Así, entonces, Schmitt, recordando el concepto de *pouvoir neutre*⁴⁸ de Benjamín Constant, postula que sea el Presidente del Reich ese "Guardián de la Constitución", por ser una institución neutralizadora de los partidos y de los grupos sociales y económicos del poder, que garantizaría la unidad política del pueblo, es decir, del Estado democrático.

Si bien es cierto que en un primer momento propugnará la idea de este *tercero superior*, es decir, una instancia capaz de aunar las voluntades de los distintos grupos en pugna y de decidir y garantizar el orden constitucional, posteriormente, sin embargo, Schmitt elaborará una forma más autoritaria de intervención del Presidente, facultándolo para dictar normas con fuerza de ley de carácter económico-financiero cuando el Parlamento haya sido disuelto.

Con el fin de buscar una fórmula jurídico-política que permita superar la crisis económica y social de Alemania, se hará manifiesta su crítica al parlamentarismo.

⁴⁵ Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, pág. 124.

⁴⁶ Op. cit., pág. 124.

⁴⁷ Op. cit., pág. 250.

⁴⁸ Op. cit., pág. 213 y sgtes.

mo y al liberalismo y su adhesión o, más exactamente, su justificación teórica del sistema presidencialista. Su postura será favorable a otorgarle facultades extraordinarias al Presidente del Reich y no dejar sujeto al Ejecutivo a responsabilidad ante el Parlamento. De esta forma recibirá la confianza de los gobiernos conservadores que requerirán sus pronunciamientos jurídico-políticos. Esta postura lo hará acreedor del calificativo de "*Kronjurist*", jurista oficial del Reich. Su posterior adhesión pasajera al régimen de Hitler, como ya se ha señalado, también permitirá sindicarlo como teórico y jurista del nazismo.

5.4. Legalidad y legitimidad (1932). Este texto se ha considerado como una crítica y desvalorización desde una perspectiva eminentemente jurídica o de derecho –a partir de los conceptos de ley y legalidad–, al denominado Estado legislativo, propio del parlamentarismo y al liberalismo político. Es la ya conocida controversia schmittiana entre normativismo y decisionismo, formulada esta vez bajo los conceptos de legalidad y legitimidad.

Como se ha apuntado anteriormente, ante la crisis del parlamentarismo en la República de Weimar, hará un intento intelectual por encauzar el régimen constitucional hacia una forma presidencial autoritaria. Como una "*última chance de la Constitución de Weimar*",⁴⁹ recurre con tal fin en este trabajo a contrastar esa forma de Estado con la de los Estados administrativo, gubernativo y judicial. En algunas de estas formas, Schmitt ve todavía la posibilidad de una expresión real de decisión soberana, que logre dar forma a la unidad política en crisis, legitimándola nuevamente. Pretende así revitalizar el ser frente al deber ser, la unidad política actuante, la Constitución positiva frente a la Constitución ideal, la norma vacía sin voluntad frente a la decisión soberana restaurándose el orden concreto.

Schmitt hace presente que esta forma o expresión del Estado legislativo parlamentario se funda en el positivismo jurídico, por lo que resulta ser solo un conjunto de normas generales e impersonales, donde "*imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades*".⁵⁰ Extraña en ella un poder soberano, capaz de dar legitimidad política al régimen, legitimidad a la relación de mando y obediencia.

En su evidente crítica al producto del Estado de Derecho liberal burgués, el parlamentarismo, donde se entroniza lo que caricaturizaba Donoso Cortés como "*la clase discutidora*", Schmitt manifiesta que en él "*las leyes las hace una instancia legislativa que no ejerce el poder soberano y que ni siquiera hace valer ni aplica por sí sus propias leyes, sino que tan solo elabora las normas vigentes en cuyo nombre y bajo cuyo sometimiento deben ejercer el poder estatal las autorida-*

⁴⁹ Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Aguilar, 1971, en Introducción, pág. ix

⁵⁰ Op. cit., pág. 4.

⁵¹ Op. cit., pág. 5.

des encargadas de la aplicación de la ley".⁵¹ Para Schmitt esa forma legalista de Estado, en el que se produce una identidad o una subordinación de lo político al ordenamiento jurídico, "*alienta una metafísica que identifica las leyes naturales con la legalidad normativa*".⁵²

Finalmente, en la última parte del trabajo, Schmitt se dedica a analizar las formas de legislación extraordinaria –*ratione materiae ratione suprematatis y ratione necessitatis*–⁵³, es decir, aquellas que no actúan de acuerdo a las reglas de mayoría parlamentaria, y que pueden poner en riesgo el mismo sistema de legalidad del Estado legislativo.

Poco se dice, en todo caso, que Schmitt quiso advertir en esta obra el riesgo de que por vía parlamentaria y a través de un Tribunal Constitucional controlado por el Legislativo, transformado éste a la vez en gobierno parlamentario e inspirados en un fuerte positivismo, se pudiese llegar a modificar la Constitución hasta su esencia, terminando por destruirla. Lo que precisamente ocurrió, a partir de enero de 1933.

5.5. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica (1934). Este pequeño trabajo de Schmitt es la culminación de su larga reflexión, que iniciara con *Ley y Sentencia*, acerca del modo de entender la ciencia jurídica y el derecho mismo.

Lo interesante de su contenido, además de la sistematización en tres teorías explicativas del derecho, conocidas como normativismo, decisionismo y ordinalismo, es descubrir su adhesión a este último modo de pensar jurídico, que desarrollará en distintos textos desde aquel momento en adelante. Por aquella época, la distinción y contraposición entre normativismo y decisionismo era la única dicotomía que aparecía en los análisis schmittianos.

Su controversia con el positivismo kelseniano de la *Teoría Pura del Derecho*, se traducía regularmente, como hemos visto, en la posición a favor del decisionismo. Pero en esta sistematización definitiva del derecho aparece una nueva teoría que denominará ordinalismo (*konkretes Ordnungsdenken* o pensamiento de orden concreto). En realidad, esta nueva forma de pensamiento de la ciencia jurídica que introduce en este ensayo se encuentra vinculada a su posición decisionista como una moderación y a la vez maduración de la misma.

Para aquél, la pura decisión diluiría el derecho, si no se plasmara en un orden.

⁵² Carl Schmitt, *Teología Política*, Struhart & Cía., 1998, pág. 60.

⁵³ Op. cit., págs. 106 y sgtes.

Es éste lo que queda finalmente y a su vez inspira todo sistema jurídico. La decisión requiere o depende de un orden, bien sea como aspiración al establecimiento de uno nuevo, bien sea porque emana de un orden establecido. Así el ordinalismo es una especie de teoría de las instituciones, en que se concibe el derecho como realización concreta espacio-temporal.

Al inicio de este trabajo, Schmitt orienta al lector, señalando que *“todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos”*.⁵⁴ Esto significa que no pretende contraponer derecho y norma, decisión y orden, sino hacer una distinción entre los distintos tipos de pensamiento, cada uno de los cuales pretende haber desentrañado su esencia y tener carácter universal.

Se ha explicado que *“el orden concreto no equivale al sistema de reglas, sino que es más que él: constituye el presupuesto de las reglas, cuya vida depende de la evolución del orden global y sus instituciones. El conjunto de reglas no es pues aquí un sistema (concepto mecanicista), sino una forma (concepto organicista) del orden concreto, igual que cada regla es la forma de la institución correspondiente. Por eso el orden concreto es orden dinámico”*.⁵⁵

Por otro lado, Schmitt no se tiente a intervenir en la querrela del derecho natural o el iusnaturalismo racionalista, tomando partido de alguna de tales posturas, a lo sumo los reconduce a ambos a su renovado esquema de pensamiento, para caracterizarlos de acuerdo a sus teorías. Ello es demostración de una visión más realista del derecho, alejada de posiciones que ya a esas alturas son ideologías en crisis o en trance de perder vigencia.

Aquí en esta obra, Schmitt se confronta de paso con Kelsen, en el plano de la teoría del derecho, al analizar la forma de pensamiento normativista. Recordemos que ya en *El Guardián de la Constitución* lo había hecho respecto de la justicia constitucional. En esta oportunidad, Schmitt hace presente las contradicciones del normativismo, en especial su idealismo, en cuanto supone el cumplimiento de la norma de manera espontánea simplemente porque ella así lo ordena, sin considerar que para su eficacia requiere de un estado de normalidad permanente y que la realidad puede cambiar. La normatividad exige normalidad para su plena vigencia. El normativismo, como pensamiento jurídico, presenta la debilidad de no considerar la situación o el estado de excepción como contingencia.

⁵⁴ Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos, 1996, pág. 5.

⁵⁵ Dalmacio Negro Pavón, *Orden y Derecho en Carl Schmitt*, en Estudios sobre Carl Schmitt, Fundación Canovas del Castillo, 1996, pág. 361.

5.6. El Nomos de la Tierra (1950). Como se ha indicado antes, hacia los años 40, Schmitt cambiaría su interés por el análisis del Estado y el derecho constitucional, orientándose hacia el estudio del derecho y la política de las relaciones internacionales.

Luego de varios ensayos y trabajos sobre estos últimos temas, escribe una de las obras más originales y visionarias sobre la historia del derecho, la propiedad, el derecho de gentes e internacional, el proceso de apropiación del mundo o toma global de la Tierra y el destino del Estado moderno, titulado *"El Nuevo Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europeum"*.⁵⁶

Además de ser un estudio histórico, su lectura en la actualidad resulta imprescindible para comprender el proceso de globalización que viene experimentando el mundo. Así se demuestra en la obra de los más importantes especialistas mundiales en derecho y relaciones internacionales.

En su estudio etimológico, Schmitt explica que el término Nomos es el sustantivo griego que designa lo tomado y viene del infinitivo *nemein*, palabra que significa tomar o coger. Traducido al castellano, su sentido se refiere al primer acto de *"un drama primordial"* de la existencia humana, de una o varias tomas de la tierra, luego de lo cual se produce el acto segundo, de repartir y, finalmente, nos encontramos con el último acto, el tercero, consistente en la producción y el aprovechamiento de la tierra.

Para Schmitt, este concepto, que se vincula necesariamente a la noción de tierra, condiciona y da origen también a los conceptos de derecho y la justicia, por ello dice aquél que *"la tierra es denominada la madre del derecho"*.⁵⁷ La toma de la tierra es un hecho jurídico histórico, el acto constitutivo y originario de todo derecho. De esta forma, agrega que *"la tierra está unida al derecho de manera triple. Lo contiene en sí misma como premio del trabajo (el cultivo produce la cosecha); lo revela en sí misma como límite firme (el suelo labrado hace visible las divisiones y los surcos, las reglas del cultivo), y lo lleva en sí misma como signo público del orden. El derecho es terrenal y vinculado a la tierra. Esto es lo que quiere decir el poeta cuando habla de la tierra omnijusta y dice: iustissima tellus"*.⁵⁸

Para explicar y probar su tesis sobre el origen del derecho en el segundo acto, de la partición o distribución de la tierra, cuando la toma ya se oculta en el tiempo, recurre al Levatán de Thomas Hobbes –a quien admira como uno de los teóricos realistas de lo político–, citando lo siguiente: *"La alimentación de*

⁵⁶ Editado por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

⁵⁷ Op. cit., pág. 15.

⁵⁸ Op. cit., pág. 16.

*una comunidad consiste en el suministro y la repartición de todo lo necesario para la vida; el derecho y la propiedad son consecuencia de esta repartición; esto se sabía desde antiguo y se llamó Nomos, es decir, "distribución" (distribution), y nosotros lo llamamos derecho (law) y conceptuamos como justicia (justice) el que con ocasión de esta distribución reciba cada cual lo suyo" (Parte II, del Commonwealth, cap. 24. De la alimentación y procreación de una Commonwealth).*⁵⁹

Explica también que el Nomos o toma de la tierra, que da origen primitivamente al derecho, lo hace históricamente en dos sentidos: hacia adentro de la comunidad que ocupa la tierra, constituyendo un primer orden jurídico y político, una unidad de asentamiento con propiedad pública y privada y, hacia fuera, en la conformación de una unidad política que se diferencia de las otras comunidades, ejerciendo dominio o soberanía sobre el espacio ocupado inicialmente o por conquista a otras comunidades. En este último caso se comprueba el hecho característico de lo político, la relación de amigos y enemigos, que revelara en su clásico ensayo *El Concepto de lo Político*.

Advierte Schmitt, en el texto que se analiza en esta parte, que aquel sentido primitivo de la palabra *Nomos*, como medición y base de las mediciones posteriores de la tierra, ha sido olvidado en el tiempo por la ciencia jurídica, pues derivó en el significado de Ley, que adquiere a partir de Platón, como regla, deber ser, convención ideal, pero vacía de contenido existencial y abstracta, cuya evolución se manifestará en el normativismo y el positivismo legal, es decir, un derecho como pura ley, como hipótesis alejada de la realidad y del Ser, entendiéndose de este modo la actual dicotomía entre *Nomos* y *Physis*.

En su sentido original, *Nomos* es apropiación y ordenación del espacio terrestre, fuente original del derecho y en especial de la propiedad y de todo derecho posterior. Vuelve una vez más, en esta ocasión, con su clásico realismo, a plantear la concepción jurídica del pensamiento ordinalista o de *orden concreto*, que delineaba en la anterior obra analizada, sobre sistematización de las formas de pensar el derecho. Así explica que *"de este radical title se derivan todas las relaciones ulteriores de posesión y propiedad: propiedad comunitaria o individual, formas de posesión y utilización según el derecho público o el privado, el derecho social y el derecho de gentes"*.⁶⁰

El *Nomos* implica un proceso de división del espacio, la toma de la tierra constituye entonces el acto fundador del derecho y constitutivo o constituyente de un orden jurídico, político y también económico. Schmitt planteará que este

⁵⁹ Carl Schmitt, *Apropiación, partición, apacentamiento. Un ensayo para fijar las cuestiones fundamentales de todo orden económico y social a partir del Nomos*, en Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político Universidad de Salamanca N° 2, enero-febrero 1955, pág. 5.

⁶⁰ *El Nomos de la Tierra*, pág. 23.

hecho originario, ordenador, es la primera Constitución, aquella originaria de todo pueblo. Así es como explica que *"la historia de todo pueblo que se ha hecho sedentario, de toda comunidad y de todo imperio se inicia, pues, en cualquier forma con el acto constitutivo de una toma de la tierra... La ocupación de tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá. Contiene así el orden inicial del espacio, el origen de toda ordenación concreta posterior y de todo derecho ulterior."*⁶¹

Afirma que sólo la tierra puede ser objeto de apropiación, partición y producción. En cambio, el mar, para nuestro autor, no sería susceptible de un Nomos, pues *"no conoce tal unidad evidente de espacio y derecho, de ordenación y asentamiento... es libre... Esto significa, según el Derecho de Gentes moderno, que el mar no es territorio estatal y que ha de estar abierto a todos de la misma manera para tres aspectos muy distintos de la actividad humana, o sea la pesca, la navegación pacífica y la beligerancia"*.⁶² Algo similar sucede con el espacio aéreo. Por estas características, el dominio político de carácter global se ejerce de manera más eficaz en éstos que en la tierra. Los imperios talasocráticos vencieron a los terrestres y, con toda seguridad, quien domine el espacio aéreo y las comunicaciones será o ya es más poderoso.

En esta obra, Schmitt plantea que a través de la historia, en todos los tiempos, la Tierra siempre ha estado dividida y ordenada, pudiendo distinguirse varios Nomos:

a) el primer Nomos corresponde a la llamada *era preglobal*, donde predominaba una visión mítica del mundo, *"pero no poseía ninguna experiencia científica en cuanto a la tierra en su totalidad. No existía la imaginación de un planeta que estuviera sometido a la medición y distribución humana y que fuera común a todos los hombres y pueblos. Faltaba toda conciencia global en este sentido, y por tanto también una meta política centrada sobre el planeta común. Tampoco podía existir un *Ius gentium* que abarcara la tierra y la humanidad..."*.⁶³

b) luego aparece la ordenación de la *Respublica Christiana*, donde surge el Derecho de Gentes medieval preestatal, con dos formas de gobierno: El imperio y el papado;

c) luego, con los descubrimientos y conquistas de nuevos mundos y territorios y, por otro lado, con el nacimiento de los modernos Estados que ponen término a las guerras de religión y centralizan el poder político, el Derecho de Gentes europeo interestatal constituye la nueva forma de apropiación y ordenación terrestres. Es el nacimiento del *Ius Publicum Europeaum*, la formación del moderno derecho internacional, y

⁶¹ Op. cit., pág. 23.

⁶² Op. cit., pág. 16.

⁶³ Op. cit., pág. 26.

d) finalmente, hacia fines del siglo XIX, el derecho de gentes interestatal será crecientemente desplazado por un derecho de carácter universal. Con la Primera Guerra Mundial y el fin del predominio mundial europeo, el *Ius Publicum Europeum* comienza su declinación y la era de la estatalidad se debilita paulatinamente, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial. Es el momento del surgimiento de un *nuevo Nomos de la Tierra* que no termina hasta ahora de definirse. Schmitt distinguirá aquí tres posibilidades, dos de las cuales hoy, luego del fin de la URSS, pueden señalarse como potenciales: 1) La unidad cerrada del mundo en torno a una potencia hegemónica que reparta y gestione según sus planes; 2) el equilibrio entre grandes espacios soberanos e independientes. En fin, es la disyuntiva entre un universalismo humanitario, dominado por una potencia que designa enemigos y hace la guerra "en nombre de la humanidad", o bien, la constitución de un pluriverso que implica el equilibrio entre grandes espacios (*Grossraum*).⁶⁴

6. La ardua y contradictoria agonía por el *Ius Publicum Europeum*

Al finalizar este trabajo y para entender su sentido, es preciso recordar la descripción y definición que hacía Schmitt de sí mismo, como "el último defensor consciente del *Ius Publicum Europeum*, el último en enseñarlo y en hacer investigaciones sobre este tema en un sentido existencial y experimentó su fin como Benito Cereno experimentó el periplo del buque fantasma. Es el tiempo y el lugar del silencio".⁶⁵⁻⁶⁶

Frente a esa definición, surge la interrogante de por qué Schmitt se proclama el defensor consciente del *Ius Publicum Europeum*, es decir, del orden estatal e interestatal del mundo, en circunstancias que su lucha intelectual estuvo centrada, en general, en analizar el fenómeno de la modernidad, entendido como proceso de neutralización de la cultura. Analizar y *deconstruir* la modernidad se entiende también someter a crítica las instituciones y criaturas de la modernidad, entre las que aparece de manera relevante el Estado.

Para comprender algo de esta aparente contradicción, conviene repasar las formulaciones teóricas de ese magnífico ensayo, ya clásico, *El Concepto de lo*

⁶⁴ Carl Schmitt, *El nuevo Nomos de la Tierra*, en revista Hespérides N° 8, 1995, págs. 249 y sgtes.

⁶⁵ *Benito Cereno* es el título de una breve novela de Herman Melville, que trata sobre el amotinamiento de esclavos en un buque y la puesta a su servicio del capitán y la tripulación del mismo. Con esta referencia, Schmitt quiere hacer presente la identificación que siente con el personaje principal de la novela, en cuanto refleja su condición de cautivo por quienes se han tomado el poder en Alemania entre 1933-45.

⁶⁶ Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, Struhart & Cía., págs. 70, 71.

Político. Aquí Schmitt expresa que "Hasta los últimos años, la parte europea de la Humanidad vivió una época cuyas nociones jurídicas eran acuñadas desde el punto de vista estatal. Se supuso al Estado modelo de la unidad política. La época del estatismo está terminando ahora. No vale la pena discutirlo. Con ella se termina toda la infraestructura de construcciones relacionadas con el Estado, que una ciencia europeo-céntrica del Derecho Internacional y del Derecho Político había erigido en cuatrocientos años de trabajo espiritual. Se destrona al Estado como modelo de la unidad política, al Estado como portador del monopolio más asombroso; es decir, del monopolio de la decisión política. Se destrona a esta obra maestra de la concepción europea y del racionalismo occidental. Pero se mantienen sus nociones, e incluso se mantienen como ideas clásicas, aunque hoy día la palabra clásico suena casi siempre equívoca y ambivalente, por no decir irónica".⁶⁷

Montserrat Herreros intenta aclarar esta evidente contradicción de Schmitt entre su antimodernismo y su nostalgia del estatismo, expresando que *"acepta ser un teórico del jus publicum europeum por tradición intelectual y, sobre todo, por necesidad histórica: el Estado Moderno fue una buena respuesta a los requerimientos de una época. Sin embargo conoce muy bien su principio y su fin..."*.⁶⁸ Schmitt ve todavía al Estado como la expresión agónica pero no extinta de lo político, de la decisión soberana, como el freno posible a un espacio público sin orden concreto, de libre concurrencia de intereses individuales.

En realidad, Schmitt sostiene, más allá de la defensa del Estado, la defensa del fenómeno político contra cualquier forma de neutralización o de encubrimiento del mismo. La total y completa desaparición del Estado no importa la desaparición del fenómeno político, pero el ocultamiento y neutralización de éste, a través de la religión, la moral o la economía o de un derecho nacido de un pensamiento puramente normativo, conlleva el riesgo que la potencialidad de conflicto que le es esencial, que lo define en sí y le permite su autonomía, se manifieste por aquéllas, lo que implica llevar el conflicto religioso o moral al plano político y, por lo tanto, hasta el *extremus casus belli*. Por ello, mientras lo político no encuentre un nuevo modo de canalizarse distinto del Estado, un orden concreto, el resultado será, según Schmitt, la ilusión de un orden, el desorden internacional, que servirá especialmente a *"las ampliaciones de una posición económica"*,⁶⁹ es decir, a favor del imperialismo.

La obra que hemos venido analizando en este trabajo va haciendo presente la lucha jurídica y también política que despliega el autor, con el fin de desvelar la intención de desmantelamiento del Leviatán moderno, el Estado como expresión de soberanía. Schmitt reconoce que éste impulsó la unidad nacional y

⁶⁷ Carl Schmitt, en prólogo a *El Concepto de lo Político*, pág. 40.

⁶⁸ Montserrat Herreros, *El Nomos y lo Político: la filosofía de Carl Schmitt*, Eunsa, 1997, pág. 19.

⁶⁹ Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, pág. 40.

un orden en el mundo, reduciendo las contradicciones y los enfrentamientos dentro de la unidad política, ya fueran religiosos o morales, hasta el declinar del Derecho de Gentes europeo, el orden internacional interestatal.

Hablar de *agonía del Ius Publicum Europeum* implica, por un lado, lucha, faz agonal para sostener el fenómeno político dentro del Estado, entendido como creación del racionalismo europeo, monopolio de lo político, modelo de la unidad política, y expresión de la decisión soberana, fundamento del poder constituyente y del derecho. Por otro lado, la obra de Schmitt es la descripción de la agonía de un orden que se desvanece –Marx anticipaba en el Manifiesto Comunista: “*todo lo sólido se desvanece*”–, y, también, el desmantelamiento del orden estatal, del derecho internacional y del derecho no como simple norma, sino como decisión y orden concreto, es decir, como realidad existencial.

Sin perjuicio de lo anterior, hablar de *agonía del Ius Publicum Europeum* es hacer presente la nostalgia de un orden eurocéntrico que permitió el equilibrio internacional, pero también su hegemonía en el mundo. Implica así mismo, la absorción de lo público por lo privado, la dominación del Estado por el Mercado, lo político por la ética y la economía.

Lo agonal y lo agónico indican a la vez perseverancia y supervivencia de un fenómeno que logró imponer orden al mundo durante varios siglos, aunque ello significara la hegemonía política y cultural europea. En esta crisis, los Estados siguen subsistiendo, todavía, como el orden concreto frente al desorden global o el freno limitado a la hegemonía global por un solo poder.

El *universalismo humanitario*, que encubre la pretensión de hegemonía total por determinadas potencias, se ve limitado todavía por el *pluriverso* de los Estados. Schmitt advertía ya en 1932 que “*la humanidad resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitaria constituye un vehículo específico de imperialismo económico. Aquí se podría, con una modificación plausible, aplicar una fórmula acuñada por Proudhon; el que dice humanidad está intentando engañar*”.⁷⁰

Este moderno pacifismo jurídico que critica Schmitt y con cuyo argumento vuelve a confrontarse a Kelsen, establece un nuevo derecho internacional, basado en una ética humanitaria, cuyos efectos son la supresión del *ius ad bellum*, la guerra entre los Estados, mientras rigió el derecho internacional interestatal. Sin embargo, este nuevo derecho no conduciría a la limitación y eliminación de la guerra, sino, por el contrario, a su extralimitación, pues, la guerra se realiza contra un potencial enemigo ubicado en cualquier lugar del mundo, sin reconocer fronteras estatales.

⁷⁰ Carl Schmitt, op. cit., págs. 83-84

El nuevo derecho internacional es a partir de ahora, objeto de control de policía y quien tiene la fuerza puede, en nombre de la paz y la humanidad, ejercer acciones humanitarias, como eufemísticamente se le llama a la guerra. Advierte Schmitt que en este nuevo *Nomos*, "el adversario ya no se llama enemigo, pero en su condición de estorbo y ruptura de la paz se lo declara fuera de la ley y fuera de la humanidad...".⁷¹ De esta forma ya no puede hablarse más de *guerra justa*, el nuevo derecho internacional criminaliza al antiguo enemigo político y deshumaniza aún más la guerra, pero no escapa a la dinámica de lo político, pues sigue siendo la designación de amigos y enemigos. Este argumento de Schmitt reafirma su idea de que el derecho no puede entenderse bajo la forma de un pensamiento normativo que presupone una normalidad permanente y un simple imperio de lo fáctico, sino que es conveniente comprenderlo en el contexto de una decisión y un orden, en una dimensión existencial.

En fin, es justo reconocer en la obra de Schmitt, especialmente en tiempos de crisis⁷² existencial del hombre y del mundo en general, que ella motiva y provoca a comprender los riesgos que para toda sociedad importa un alejamiento de la ciencia jurídica y la ciencia política. En tiempos en los que rige solo una razón instrumental utilitaria, dominada exclusivamente por la técnica y la economía, que, como advertiría Schmitt hacia fines de los años 20 del siglo pasado, intenta la neutralización y extinción de toda expresión cultural, la lección de aquél es la lucha por rescatar el derecho y lo político como manifestaciones supremas del espíritu humano, pues a través de ellos es posible decidir sobre la construcción de un orden concreto y justo hacia el interior y el exterior de las sociedades.

⁷¹ Op. cit., pág. 106.

⁷² *Krisis* en sentido griego, entendido como "juicio (en tanto decisión final sobre un proceso), elección, y, en general, terminación de un acontecer en un sentido o en otro... La crisis resuelve, pues, una situación, pero al mismo tiempo designa el ingreso en una situación nueva que plantea sus propios problemas... Por este motivo suele entenderse por crisis una fase peligrosa de la cual puede resultar algo beneficioso o algo pernicioso para la entidad que la experimenta" (José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Ariel, 1999). En fin, crisis como cambio.

Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas



Eduardo Andrades Rivas

Magister en Ciencia Política

Profesor Titular de Historia del Derecho

e Historia Constitucional de Chile

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, CONCEPCIÓN

Introducción

No resulta habitual el abordar el riquísimo periodo histórico correspondiente al reinado de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, desde un punto de vista estrictamente jurídico. Las múltiples reformas que ambos monarcas llevaron a cabo en sus respectivos reinos y la política de implantarlas de común acuerdo, hacen que el tema de las reformas jurídicas no sea un asunto prioritario desde el punto de vista de la historiografía.

En efecto, cuando nos ha correspondido estudiar los 40 años de gobierno de los Reyes Católicos, y siguiendo una convención que tradicionalmente hemos compartido sobre la materia, dividimos las diversas tareas o principales aspectos de la política que llevaron adelante los monarcas durante su largo reinado, en las siguientes:

- 1) La reunificación de la península.
- 2) La reivindicación de la soberanía real.
- 3) La reforma de la Iglesia.
- 4) La empresa de las Indias.
- 5) La reordenación del derecho.

Cada una de estas tareas ha sido fuente para múltiples estudios, sin contar con los que abordan otras materias, como las semblanzas personales de cada uno de los monarcas, historia social del periodo, el paso de la baja Edad Media a la Edad Moderna, la formación de la Monarquía Universal, los aspectos económicos del reinado, etcétera.

En el presente trabajo intentaremos abordar solamente el último de los puntos, dando especial énfasis a las preocupaciones legislativas que ambos monarcas exhibieron durante sus 42 años de reinado.¹ Como se verá, el trabajo está diseñado para destacar tanto las instituciones de lo que podríamos llamar el derecho público de la época como el derecho privado y común de raigambre medieval y romana.

Analizaremos sucesivamente:

- a) **Los Reyes Católicos y las Cortes castellanas,**
- b) **La ordenación del derecho castellano y**
- c) **La formación de las recopilaciones**

I. Los Reyes Católicos y las Cortes castellanas

Una materia de la mayor importancia para formarse una adecuada imagen del derecho público de la época es la relativa a las Cortes y a su relación con la Corona.²

Como sabemos, las Cortes son las herederas de la antigua curia regia extraordinaria o plena medieval, que posee el poder de aprobar los servicios o impuestos directos que la Corona precisa para hacer frente a gastos excepcionales.

Estas asambleas representativas de los estamentos del reino medieval estaban compuestas en su origen por los nobles, los clérigos y los delegados de las ciudades.³ Sin embargo, al contrario de lo ocurrido con el Parlamento inglés, los nobles y el clero renunciaron tempranamente a integrarlas y, correlativamente, los reyes tampoco estaban obligados a convocarlos, por lo que su asistencia era muy escasa o virtualmente inexistente. Por ello las Cortes se transformaron en un órgano de representación de las oligarquías de las ciudades del reino.

¹ Consideramos aquí el periodo comprendido entre 1474, fecha de la asunción al trono castellano de doña Isabel, hasta 1516, fecha de fallecimiento de don Fernando de Aragón. No debe olvidarse, sin embargo, que solo en el periodo comprendido entre el año 1479, fecha en que el rey asume oficialmente la Corona de Aragón, y hasta 1504, fecha de la muerte de doña Isabel, los Reyes Católicos ostentaron el gobierno conjunto de sus respectivos dominios.

² Interesantes síntesis sobre el papel de las Cortes bajo el reinado de los monarcas católicos pueden encontrarse en ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, págs. 87 y sgtes. Y PÉREZ, Joseph, *La España de los Reyes Católicos*, "3. Las Cortes en la vida política", Arlanza Ediciones S.A., Madrid, 2004, págs. 50 y sgtes.

³ Que serán llamados comunes en Inglaterra, o burgueses en Francia.

Ha de aclararse que esta representación estaba lejos de constituir un mandato democrático, pues tenía dos obvias limitaciones: En primer lugar, la corona conservaba la capacidad para influir y prácticamente determinar quiénes serían los dos consejeros o diputados electos por cada ciudad,⁴ y en segundo lugar, las ciudades con representación en este órgano eran una minoría, aunque sin duda las principales de todo el reino.⁵

Con todo, eran el órgano de mayor representación popular dentro de Castilla y se las consideraba como un legítimo ente de importancia política. Son especialmente sensibles a los intereses de las clases medias comerciantes de las ciudades.

Como ya hemos dicho, su gran poder consiste en aprobar los servicios o impuestos directos que solicitan los monarcas cuando las circunstancias lo hacen necesario. Este es el momento en el que los representantes de cada ciudad pueden plantear sus sugerencias, quejas o reclamos al trono y es deber de la Corona atender tales solicitudes.

Al inicio del reinado de doña Isabel, la levantisca nobleza encabezada por los Grandes era protagonista de los principales hechos políticos del reino, pues, desde la propia ascensión al trono de doña Isabel, hasta las cuestiones presupuestarias eran monopolizadas por las grandes familias nobles que habían puesto un cerco casi indestructible en torno a la Corona. Ello se debía a múltiples razones, entre las cuales no es la menor la propia incapacidad como gobernantes de los inmediatos antecesores de la reina católica en el trono, su padre don Juan II y su hermano mayor Enrique IV.

Debido a ello, don Fernando y doña Isabel creyeron encontrar en las Cortes el instrumento apto para acabar con los abusos y prebendas injustificadas de una nobleza demasiado independiente. Ello no debe interpretarse como una alianza definitiva y permanente de los Reyes Católicos con las Cortes, de hecho veremos que no fue así. Pero en la lucha por asentar las bases de una monarquía moderna, estas asambleas prestaron un inestimable servicio a la Corona.

Hacia el inicio del reinado de doña Isabel y en medio del conflicto con Portugal por el derecho a la sucesión del trono castellano, los monarcas convocaron a

⁴ Desde 1429 se había limitado el número de estos representantes ciudadanos a dos por mandato de la propia Corona. Con ello se reaccionaba frente a la pretensión de las ciudades más importantes de contar con un número mayor de procuradores.

⁵ A la época de los Reyes Católicos las ciudades representadas en las Cortes eran: Ávila, Burgos, Córdoba, Cuenca, Guadalajara, Jaén, León, Madrid, Murcia, Salamanca, Segovia, Sevilla, Soria, Toledo, Toro, Valladolid y Zamora, a las que se agregaría Granada tras su conquista en 1492. Sólo 18 ciudades de más de 1000 villas y pueblos, pero ellas concentraban 30% de la población total del reino.

las Cortes, por primera vez en Madrigal, las cuales se celebraron a partir de los primeros días de abril de 1476, y serían de la mayor importancia. Ha de precisarse que con la convocatoria a estas Cortes los reyes buscaban establecer y sanear las bases de su autoridad privativa. Misma que se enfrentaba a la existencia de privilegios y mil y un ordenamientos jurídicos particulares. Por ello, se requería clarificar el ámbito de potestad real absoluta o exclusiva de la monarquía. Debe recordarse que aun cuando la potestad real es respetada, no puede hablarse de un gobierno absolutista, el que llegará a España sólo de la mano de los borbones, en el siglo XVIII.

En las Cortes de Madrigal se trataron fundamentalmente tres cuestiones:⁶

1) **El establecimiento de la Hermandad:**⁷ Es ésta una de las medidas más interesantes de analizar. Respondía a la casi completa falta de resguardo del orden público en el que vivía el reino. La delincuencia y el pillaje campeaban no solo en las localidades rurales, sino en todos los confines de Castilla, con lo cual la autoridad de los reyes sobre el territorio era casi inexistente. Entonces, se hizo precisa la instauración de un cuerpo encargado de vigilar el Orden en todo el reino. Su existencia fue aprobada por ordenamiento de 19 de abril de 1476. Estaría regida por una Junta General, que se reuniría periódicamente a fin de evaluar su funcionamiento. Estaba autorizada para proceder con severidad en la represión del bandolerismo, utilizando para ello severísimos castigos que incluían la mutilación o la muerte por garrote o asaetamiento.⁸ Cada villa aportaría caballeros⁹ y recursos a la hermandad, la cual estaba dotada asimismo de sus propios jueces. Desde un comienzo fue pensada como una hermandad de carácter transitorio. La misma Junta, reunida en Dueñas, fijó como fecha de expiración de la Hermandad el 15 de agosto de 1478. Dicha fecha podía ser prorrogada mientras existiesen motivos para mantener el organismo en vigencia y de hecho así ocurrió. La Santa Hermandad desapareció tan solo en 1498, subsistiendo en determinadas zonas como policía rural. Pero tras esos 22 años de existencia su misión estaba perfectamente cumplida. El orden público y la ley habían sido restaurados en todo el reino y dicho logro contribuyó de manera principal a la popularidad de que gozaron los monarcas durante su fructífero reinado. Asimismo les permitió contar con un formidable apoyo armado (que es un antecedente del ejército permanente) a su disposición¹⁰ y que, por lo mismo, fue un freno

⁶ Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, Editorial Ariel S.A. 3ª edición, Barcelona, 2002, pág 147.

⁷ El calificativo de "Santa" es muy posterior, aparece recién en el siglo XVIII, pues esta organización fue conocida simplemente como la "Hermandad" en la época de los monarcas católicos.

⁸ Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 89.

⁹ Cfr. PÉREZ, Joseph, *La España de los Reyes Católicos*, Arlanza Ediciones S.A., Madrid, 2004, págs. 46 y 47.

¹⁰ La junta fue dirigida por don Alfonso de Aragón, hermano del Rey Católico.

notable a la posible actividad de los levantiscos nobles. Hay incluso quien ha visto en la existencia de la Hermandad el deseo de los Reyes Católicos de que ésta reemplazara a las Cortes, por ser más fácilmente controlable y por su mayor carácter popular, dada la ya apuntada falta de representatividad de las Cortes.

2) **La reorganización de la Chancillería:** De ella hablaremos más tarde, al referirnos a la labor de reordenación del derecho llevada adelante por los monarcas.

3) **La reforma de la Contaduría mayor,** para recaudar más eficientemente los tributos: Largos años de desgobierno y falta casi completa de fiscalización sobre las finanzas reales, sumados a los enormes sacrificios que impuso a la Corona la guerra de Sucesión con Portugal, obligaron a los reyes a actuar sobre el tema de las finanzas públicas. Pero no para crear nuevos impuestos o explotar los recursos privados, sino para simplemente recuperar lo que por derecho pertenecía a la Corona. Aun así los delegados de las ciudades debieron consentir subvenciones por 92 millones para 1476, 40 para 1477 y otros 30 millones para reponer ciertas contribuciones extraordinarias impuestas a la Iglesia.¹¹

A cambio de estas medidas, los comisionados de las ciudades solicitaron la aprobación de limitaciones a la labor prestamista de los judíos garantizada por el Ordenamiento de Valladolid, que databa de la época del padre de la reina, Juan II de Castilla. Curiosamente éstos no protestaron, pues para ellos el restablecimiento del orden en el reino era un bien mucho más importante que las limitaciones solicitadas. En todo caso los reyes se limitaron a aprobar tan solo cuatro de las 38 peticiones presentadas en este sentido.¹²

Un segundo momento estelar de estas asambleas lo protagonizan las Cortes de Toledo, reunidas por los Reyes Católicos en enero de 1480. Bien se ha dicho que estas Cortes marcaron un punto de inflexión en la monarquía y que delinearon la política real por 20 años.¹³ Veremos que la afirmación no resulta para nada exagerada:

Dos fueron los principales instrumentos producidos por las Cortes toledanas:

1) **El Acta de Reasunción:** Respondió a la necesidad de recuperar el control de la monarquía sobre todos los ámbitos de vital importancia para el gobierno

¹¹ Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, pág. 147.

¹² Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, pág. 147.

¹³ Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, pág. 206.

del reino: la percepción de los tributos directamente por parte del rey y la administración y control de las tierras de realengo por la Corona:

a) Durante varias décadas, fruto de la debilidad de los antecesores inmediatos de doña Isabel en la Corona castellana, la percepción de los tributos había sido usurpada por los grandes nobles. Las ciudades pagaban los impuestos debidos a la Corona en forma directa a los nobles vecinos, quienes habían obtenido tales prebendas de forma más o menos violenta muchas veces, o bien mediante la imposición de pesadas gabelas a la Corona. Las cortes autorizaron que desde ese momento en adelante los impuestos fueran recaudados por agentes de la Corona. Consecuencialmente las ciudades dejarían de pagar a los nobles, como habían hecho desde 1464.¹⁴ Aquellos que hubiesen obtenido un privilegio real para dicha percepción verían su derecho extinguido y se les pagaría una simple compensación simbólica. La corona recuperaba, de esta forma, la fuente permanente de sus ingresos consistentes en los tributos territoriales¹⁵ y de paso, debilitaba la influencia política de la alta nobleza al despojarla de su poder económico.

b) En el caso de las tierras de propiedad de la Corona, o de "realengo", una gran parte de ellas había sido ocupada por los nobles, incorporándolas a sus estados y señoríos y otras por las Órdenes Militares. El acta de reasunción permitió a la Corona reocupar estas tierras, que pasaron a ser administradas directamente por oficiales reales.

2) El Código de las Leyes: Nos extenderemos en dicha materia al tratar de las recopilaciones, pero no es posible dejar de apuntar que uno de los principales propósitos de los soberanos era robustecer la autoridad real y para ello la petición de ordenar el derecho en un solo texto, que les formularon los diputados de las Cortes, serviría perfectamente a dicho objetivo.

Suárez lo ha expresado con certeza: *"Leyes y Pragmáticas estaban ahí, a disposición de los tribunales, para no equivocarse. Unas y otras se presentaban a sí mismas como herencia del ius romano y sometidas a los principios morales que emanan de la Ley de Dios... sobre cuatro pilares, Ordenamiento, Pragmáticas, doctrina supletoria de las Partidas y Fuero Real, se trataba de levantar la estructura constitucional de la Monarquía española. Desde el punto de vista de*

¹⁴ Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 91.

¹⁵ De los cuales el más importante fue la alcabala o impuesto a las ventas, que regía desde 1342. Producto del dinamismo económico que surgió durante el reinado de doña Isabel y don Fernando, la recaudación de la alcabala aumentó considerablemente en la última década del siglo XV y brindó a los reyes una fuente amplia de ingresos que les permitió liberarse de la convocatoria permanente a las cortes. Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 94.

los reyes esto debiera ser suficiente para que jueces, Audiencia y Consejo Real cumpliesen su tarea".¹⁶

Pero, igualmente, las Cortes de Toledo se preocuparon de reglamentar adecuadamente el funcionamiento del Consejo y de la Chancillería, con lo cual se daba un paso adelante en la afirmación de la Autoridad Real.¹⁷

Finalmente hemos de destacar las Cortes celebradas en Toro por convocatoria de don Fernando, en nombre de su hija doña Juana, el año 1505. Entre enero y marzo de dicho año, los procuradores aceptaron anticipadamente a don Fernando como gobernador del reino castellano, según el testamento de la Reina Isabel, en el caso de incapacidad definitiva de doña Juana. De esta manera las Cortes volvían a apoyar al rey aragonés, esta vez frente a las pretensiones del marido de Juana, Felipe de Habsburgo.¹⁸ Los grandes problemas creados de un lado por la diversidad de legislación que se traducían por una variada interpretación de los temas planteados, son la razón de que después de un estudio minucioso se llegase a la redacción de estas leyes, que estudiaremos más adelante.

De lo que hemos afirmado, pudiera concluirse que las cortes fueron un instrumento de frecuente consulta y asesoría de los monarcas. Sin embargo, no fue así. Los reyes se cuidaron mucho de convocarlas solo en casos de notoria necesidad. Como hemos visto, en el periodo que media entre 1474, fecha de la ascensión de doña Isabel al trono, y 1496, fueron convocadas solo en muy pocas oportunidades, en 1476, las de Madrigal; en 1479-80 las de Toledo; en 1498, en 1499 y en 1502, y desde allí en adelante hasta la muerte de don Fernando en 1516, sólo en 11 oportunidades más, precisando eso sí que, salvo las de Toro de 1505, y las de 1515 en Burgos,¹⁹ en todas ellas sólo para solicitar nuevos servicios tributarios para financiar las expediciones militares aragonesas en Italia o para jurar a los sucesivos herederos al trono.²⁰ De esta manera los reyes usaban de las Cortes como un aliado de conveniencia, pero sin jamás ceder poder a las Asambleas.²¹ En ello está muy clara la mano del Rey Católico, que sufría directamente la política egoísta y obtusa de las Cortes Aragonesas.

¹⁶ Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, pág. 207.

¹⁷ El memorial de aprobación de estas materias fue presentado por los procuradores con fecha 6 de febrero de 1480. Cfr. SUÁREZ, F., Luis, *Fernando el Católico*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2004, pág. 87.

¹⁸ Cfr. SUÁREZ, F., Luis, *Fernando el Católico*, págs. 396-397.

¹⁹ En las cuales don Fernando dispuso la incorporación del reino de Navarra a la Corona de Castilla. Cfr. SUÁREZ, F., Luis, *Fernando el Católico*, pág. 448.

²⁰ Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 94.

²¹ Nos dice al respecto PÉREZ: "El reinado de los Reyes Católicos consagra, pues, la decadencia de la institución". Cfr. PÉREZ, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos*, Editorial Nerea, 2ª edición, Madrid, 1997, pág. 101.

II. La ordenación del Derecho Castellano

Tras casi tres siglos de recepción del Derecho Común en el reino de Castilla, la doctrina de este complejo jurídico había producido un verdadero caos. Un efecto perverso, y sin duda no deseado, del florecimiento de la ciencia del derecho en la baja Edad Media.

Ello se debía, sin duda, al florecimiento extraordinario de una plétora de juristas que ilustraban hasta los más elementales puntos de la ley romana según muy disímiles interpretaciones. Ni el más avezado letrado podía asegurar que una determinada interpretación de la ley fuera la auténtica, pues tenía frente a ella no a una sino a decenas de opiniones diversas. Basta consignar que de la obra de Fernando III y Alfonso X, más la posterior de los reyes de Trastámara, se había tejido un complejísimo sistema jurídico que muy difícilmente era inteligible por el erudito, mucho menos por un juez ordinario.

El problema fundamental radica en la superposición de normas diversas vigentes a la vez y en la muy abundante doctrina emanada de los juristas de la escuela boloñesa y de la del "*mos italicus*" o bartolista.

Es cierto que esta confusión normativa y doctrinal había sido abordada precedentemente mediante la dictación del Ordenamiento de Alcalá de 1348 por parte de Alfonso XI (en el orden normativo) y de la Pragmática de Juan II de Castilla en 1427 (en el orden doctrinal), pero los resultados buscados con ambas leyes no habían logrado superar el problema. En efecto, la rebeldía de los jueces frente al orden de prelación del ordenamiento de Alcalá y la muy abundante posibilidad de invocar a los juristas del derecho común debido a la mera restricción genérica de la Pragmática de Juan II hizo del todo ilusorio el pensar en un régimen jurídico que respondiera medianamente a los nuevos desafíos del Estado que en esos momentos surgía por obra de doña Isabel y don Fernando.

Por ello, una de las preocupaciones de los Reyes Católicos fue la ordenación de la doctrina jurídica vigente en Castilla. Doña Isabel y don Fernando inician la ardua labor de ordenar el Derecho Castellano, que había empezado a dar muestras inequívocas de saturación y caos.

La Pragmática de Madrid y las Leyes de Toro

La Pragmática: A lo largo de las páginas precedentes, en varias oportunidades, hemos hecho referencia a las Pragmáticas. Son éstas una manifestación concreta de la creciente autoridad real, específicamente una demostración de su nueva potestad legislativa. En efecto, mientras los reyes medievales ejercían esta potestad indisolublemente atada a las Cortes, mediante normas llamadas Ordenamientos, los Reyes Católicos fueron capaces de imponer Pragmáticas

(originalmente decretos reales y más tarde leyes simplificadas, sin el asentimiento de las Cortes), pese al reclamo formal de las asambleas. Su valor normativo era igual al de un ordenamiento²² y terminaron imponiéndose a lo largo de la existencia de la Monarquía Universal.²³

El señalado fenómeno de la recepción del *ius cummune* en la península y particularmente en Castilla había producido un efecto sumamente perturbador para la aplicación de las leyes dictadas: la incapacidad de los jueces para interpretar dichas normas según criterios comunes o al menos mínimamente compartidos. La enorme cantidad de opiniones doctrinarias dificultaba o imposibilitaba la labor judicial. Esa es la razón por la cual el padre de la Reina Católica, don Juan II, dictó la Pragmática de 1427, en virtud de la cual se ordenaba que los jueces aplicasen tan solo la doctrina de aquellos juristas anteriores a Bártolo de Saxoferrato en Derecho Civil y los anteriores a Juan Andrés en Derecho Canónico. No obstante los propósitos de esta pragmática se frustraron debido a que la limitación impuesta dejó de todas formas a un número muy elevado de juristas (con opiniones contradictorias) dentro de los que se podían consultar y citar ante el estrado de los jueces. Esta situación nos recuerda lo ocurrido con la llamada "opinión común", doctrina elaborada por los juristas del *ius commune* con el objeto de seleccionar la opinión doctrinal mayoritaria, que no logró resolver el problema debido a la enorme dispersión de opiniones existente. Por ello los monarcas avanzaron un poco más y en el año 1499, mediante pragmática dada en la ciudad de Madrid, destinada a simplificar los pleitos y evitar los excesos de los abogados y procuradores,²⁴ ordenaron que

²² En abierta contradicción de lo que ya antes había dispuesto el Ordenamiento de Briviesca, de 1387, dado por Juan I de Castilla, en el cual los reyes habían aceptado no dictar ninguna norma sin el consentimiento de las Cortes, salvo en materias no recogidas por ordenamientos anteriores. Ello correspondía a concebir a las Pragmáticas como el equivalente moderno de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, pero su evolución las hizo llegar a invadir el ámbito legislativo. Las Cortes celebradas en Briviesca trataron muchas cuestiones más: "*Las Cortes comenzaron el 26 de noviembre de 1387 y se clausuraron el 26 de diciembre del mismo año; este ordenamiento trata diferentes aspectos vitales para la política del reino: el proemio se refiere al servicio de Dios, del Rey y bien de los súbditos. El primer ordenamiento trata sobre la baja de la moneda y su equivalencia, aspecto este fundamental en una época en que el cambio fluctuaba continuamente. El segundo consta de ocho leyes sobre el respeto a Dios, a los padres, así como sobre las rentas reales, pechos, recaudadores... El tercer tratado se refiere a la convivencia entre moros, judíos y cristianos, de las mujeres públicas, de los abogados, juicios... El cuarto ordenamiento responde a los escritos que a las Cortes han llevado los prelados, hijosdalgo y procuradores de las villas y ciudades; por fin, en el último ordenamiento, que consta de doce apartados, el Rey pide un servicio extraordinario a Salamanca con motivo de los empréstitos por la guerra de Portugal*". Cfr. <http://www.ayto-briviesca.com/historia.html>.

²³ No obstante, la cuestión de la validez de la Pragmática dada en contra del derecho vigente, volvería a plantearse más adelante en América, cuando se suspendiera la aplicación de leyes "desaforadas" invocando al Ordenamiento de Briviesca. Es el origen de la llamada "suspensión de la ley injusta". Cfr. DOUGNAC R., Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, McGraw-Hill Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª Edición, México, 1998, pág. 46.

²⁴ Cfr. CABALLERO, Julián. "Los Reyes Católicos y los procuradores", en *Historia y Derecho*, publicación electrónica, octubre, 2004, págs. 57 a 62. <http://www.cgpe.es/descargas/revista/52/57-62HISTORIA.pdf>. Caballero afirma: "*En el afán de doña Isabel y don Fernando por la modificación y modernización de las estructuras judiciales, volvieron a dictar otro cuerpo jurídico, las Ordenanzas de Madrid de 1499, con el propósito de abreviar los pleitos, en las que se volvía a achacar a abogados y procuradores ciertos de los males...*". Cfr. CABALLERO, Julián. "Los Reyes Católicos y los procuradores", pág. 60.

desde ese momento en adelante, solo pudiera invocarse en juicio la opinión de Baldo de Ubaldis y Bártolo de Saxoferrato en materias civiles y la de Juan Andrés y Nicolás Tudeschi²⁵ en materias canónicas.

La fórmula elegida por los soberanos nos recuerda a la conocida Ley de Citas del derecho romano, pero al igual que ella, la Pragmática no logró una plena solución al problema. Es cierto que, de cientos de juristas, limitaba la consulta o referencia de los jueces a sólo dos por cada orden (civil o canónico), pero la verdad es que las opiniones de estos jurisconsultos seleccionados variaba entre sí, e incluso, como en el caso de Baldo y Bártolo, podían encontrarse numerosas diferencias entre las obras escritas en distintas etapas de su vida.

Se hacía necesario, entonces, encontrar una respuesta definitiva o con pretensiones de tal.

Las Leyes de Toro: A la muerte de doña Isabel, el 11 de enero de 1505, el rey Fernando convoca las Cortes en la ciudad de Toro, proclamándose reina a su hija doña Juana. De ellas saldría el famoso Ordenamiento o **Leyes de Toro**, en el que una comisión, formada por prestigiosos licenciados, el obispo de Córdoba y don Alonso Díaz de Montalvo, Galíndez de Carvajal y Palacios Rubio, formuló 83 leyes que resolvían múltiples cuestiones, especialmente en materia de Derecho Civil, que se ordenaba por primera vez. Asimismo se reiteraba el orden de prelación de leyes del ordenamiento de Alcalá.²⁶

El 7 de marzo de 1505, dictaba doña Juana una Real Cédula por la que justificaba la adopción de este nuevo texto jurídico. "En Valladolid, el 9 de abril de 1505, durante la Sesión de Cortes que se celebraba, presentóse Pedro de Pascua, vecino de Salamanca, quien mostró a los reunidos una Cédula del Rey don Fernando, firmada de su puño y letra, y refrendada por su Secretario Fernando de Zafra, acompañada de "un Cuaderno de Leyes". En esta Cédula el Rey don Fernando el Católico mandaba al Presidente y Oidores encuadernar y sellar con plomo, publicar, pregonar y archivar estas Leyes". En la parte final de la presentación de las Leyes de Toro hay un párrafo que alude a la enfermedad y muerte de la Reina Doña Isabel la Católica: "*A causa del ausencia del dicho Señor Rey mi Padre destos Reynos de Castilla, e después por la dolencia e muerte de la Reyna mi señora madre, que aya santa gloria, no oyo lugar de se publicar como estava por ellos acordado*".²⁷

²⁵ También llamado el "Abad Panormitano", por haber ejercido dicha dignidad en la ciudad de Palermo, Sicilia.

²⁶ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*. 2ª edición revisada, Ediciones de la universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 684.

²⁷ Extractado de <http://www.ucm.es/info/museoafc/loscriminales/paleopatologia/leyes%20toro.html>.



Estas leyes se dedicaron en lo fundamental a reglamentar la constitución y características de los mayorazgos.²⁸ Pero también (la primera) las Leyes de Toro derogaron la Pragmática de Madrid y prohibieron la aplicación de la doctrina de los juristas del derecho común en el imperio, además de reiterar el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá. Al prohibir la aplicación del derecho romano justiniano, se les considera un producto creciente del autoritarismo real. Pero no se limitaron a prohibir la doctrina del *ius commune*, sino que mandaron que el derecho se estudiara en las universidades castellanas. De esta manera la legislación taurina sería en parte responsable del surgimiento de la llamada escuela española del Derecho Natural, obra de los académicos de las Universidades de Salamanca y Alcalá de Henares, de los cuales el mayor exponente sería Francisco de Vitoria.

La abolición de los usos feudales en Castilla

En directa relación con la reforma del *ius* y la interpretación judicial, se encuentra el deseo de los monarcas por acabar con los usos y cargas medievales más arcaicas, cuya vigencia imponía una seria limitación al desarrollo de las clases medias en el reino.

El caso más grave al respecto era el de los antiguos usos en Galicia. De hecho la única sublevación de notoriedad en el reino durante el gobierno de los Reyes Católicos ocurrió en Galicia y fue protagonizada por las llamadas "irmandades" campesinas, como equivalente de las rebeliones de las remensas en Cataluña. Esta sublevación tuvo por protagonistas a casi 50.000 campesinos, hartos de los abusos de la nobleza, que lograron que los prelados y los aristócratas abandonaran sus propiedades. Gran parte de los castillos nobles fueron desmantelados por los alzados,²⁹ pero muy pronto la nobleza contraatacó, y logró la derrota de los campesinos. Sin embargo, el bando noble se dividió en facciones, lo que degeneró en una guerra civil. La intervención de los Reyes logró acabar tanto con el conflicto bélico como con los usos feudales que habían motivado la sublevación.³⁰

Tales usos pueden ejemplificarse en el caso del llamado derecho de "maltratar" que hacia mediados del siglo XV había incluso adquirido un cierto reconoci-

²⁸ Institución nobiliaria que tan cara era a los notables de la época, por cuestiones más bien sociológicas, como la preservación del prestigio del linaje

²⁹ Una de las escasas excepciones, de fortalezas defendidas exitosamente contra los "irmandiños" por una familia noble, fue el Castillo de los Andrade en Pontedeume, solar original de los Señores de Andrade, Villaiba y Condes de Lemos. El conde de Andrade mandó decapitar a todos los alzados que osaron acercarse al castillo, demostrando la sangre fría y crueldad que había motivado la sublevación. Cfr. <http://www.casteloandrade.com/casart.html>.

³⁰ Cfr. PAYNE, Stanley, G., *Historia de España, La España Imperial, Desde los Reyes Católicos hasta el fin de la Casa de Austria*, Editorial Playor, Madrid, 1985, págs. 15 y 16.

miento mediante el llamado "Pseudo Ordenamiento de Nájera", que disponía respecto de los habitantes del señorío: "*puede el señor si quisiere tomarle el cuerpo et quanto en el mundo á*".³¹ Disposiciones por completo alejadas del propósito de los Reyes Católicos de acabar con los abusos de la nobleza sobre los súbditos.

Por ello, una Pragmática dada en Medina del Campo, el 28 de octubre de 1480, dio término a la sujeción de los hombres de señorío a la tierra o villa y les permitió abandonarlas sin perder sus bienes. Con ello se consagraba, en expresión del profesor Escudero, la "libertad de residencia en el preludio del Estado moderno".³² Los reyes reconocían que "calladamente se induze especie de servidumbre a los hombres libres", por lo que ordenaban a las autoridades: "*que de aquí adelante dexedes e consintades libre e desembarcadamente a qualquier e qualesquier hombres e mugeres... ir e pasarse a bivar e morar a otra o otras qualquier o qualesquier cibdades e villas e lugares de los dichos nuestros reinos e señoríos, assí de lo realengo como de lo abadengo o señoríos e Ordenes o behetrías, que ellos quisieren e por bien tovieren, e se avezindar en ellos*".³³

Con ello se lograba nada menos que la liquidación del núcleo del antiguo sistema señorial y el reconocimiento de la libertad de traslación o personal en todo el reino de Castilla, no solo en Galicia. Mediante este expediente "*se cancelaron explícitamente todos los residuos de vinculación a la gleba que perduraban en Galicia y otras regiones. Se reconoció asimismo la condición de vasallos libres a todos los campesinos del reino*...".³⁴

Organos de justicia bajo los Reyes Católicos

Veamos ahora como los órganos judiciales colaboraron en la tarea de ordenar el derecho cumpliendo un papel preponderante en la renovación de las instituciones jurídicas. Esta función fue confiada a los corregidores, el Consejo Real o de Castilla y las Chancillerías y Audiencias reformadas y creadas por los Reyes Católicos en una época temprana de su dilatado gobierno.

En el caso de los corregidores, éstos fueron funcionarios de designación real impuestos por los Reyes Católicos a todas las villas y ciudades en virtud de los acuerdos de las Cortes de Toledo de 1480.

³¹ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 322.

³² Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 323.

³³ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, págs. 323 y 324.

³⁴ Ver PAYNE, Stanley, G., *Historia de España, La España Imperial, Desde los Reyes Católicos hasta el fin de la Casa de Austria*, pág. 16.

Los corregidores poseían dos clases de funciones, las de administración y las judiciales. El real decreto y ordenanza de Corregidores de 1500, del cual se publicaron diversas ediciones, establecía como deberes de los siguientes:

- a) Supervisar todos los asuntos de la comunidad,
- b) Organizar su aprovisionamiento,
- c) Mantener el orden público y
- d) Evitar los intentos de la nobleza y del clero por usurpar la jurisdicción real.

Los tres primeros corresponden a cuestiones político administrativas y el último a una potestad judicial de naturaleza amplísima.

En su primera tarea, sirvieron como un efectivo agente en la consolidación del poder real en todo el reino, pero es en el segundo en donde adquirirían su importancia decisiva para la ordenación del derecho vigente. Coexistían con el cuerpo de regidores y de alcaldes ordinarios nominados por éstos, pero su potestad era a todas luces superior a la de los antiguos dirigentes comunales.

En efecto, los corregidores ejercían la función de jueces mayores de jurisdicción sobre todo el término de cada villa. Ejercían sus labores por un periodo relativamente corto (dos años), aunque en la práctica su mandato se renovaba periódicamente, por lo que muchos de ellos ocupaban el cargo por largas temporadas. Al término de sus funciones estaban sujetos a juicio de residencia.³⁵

En virtud de la imposición de estos magistrados de designación real se produjo un primer efecto respecto del derecho. Los corregidores no eran necesariamente letrados, por lo que resultaba habitual que, no obstante que la jurisdicción les pertenecía solo a ellos, designasen a dos asesores llamados "*alcaldes mayores*", para ayudarles a despachar los asuntos judiciales. Uno de ellos debía ser especialista en cuestiones civiles y el otro en asuntos criminales.³⁶ Estos funcionarios eran seleccionados de entre los más competentes bachilleres y licenciados de las universidades españolas, a las que los Reyes Católicos beneficiaron y patrocinaron especialmente. En general, eran miembros de la burguesía más próspera de las ciudades o de la baja nobleza, por lo que no tenían más que sus méritos para gozar del favor de los monarcas. Al ser personas muy bien preparadas, conocían las normas y reglas jurídicas imperantes en la Corte, conforme a las

³⁵ Institución tan propia de nuestra tradición indiana. En efecto, este mecanismo de control ejercido ex post por la Corona, respecto del desempeño de los funcionarios tras finalizar su periodo, pasó directamente a Indias y subsistió hasta la misma República.

³⁶ Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 99.

cuales definir criterios básicos para la aplicación de la justicia en cada ciudad y ello representó un claro avance, al producirse cierta unificación de criterios judiciales en la base del sistema. El derecho común entraba ahora en una fase de reorganización por vía orgánica judicial.

Pero dicho paso no habría sido suficiente de no haber sido por la instauración de otra gran reforma en la cúspide del sistema judicial: **El Consejo de Castilla, las Chancillerías y Audiencias.**

Desde la celebración de las Cortes de Toledo en 1480, los reyes emprendieron el camino de reformar los máximos órganos de justicia del reino castellano, partiendo por el Consejo Real, denominado a contar de ese momento como "Consejo de Castilla". El Consejo había sido creado por San Fernando III, como heredero de la Curia Regia Ordinaria y a partir de 1385 había sido la sede de las grandes decisiones del reino.³⁷ Este órgano pasaría a ser la cabeza de la administración del reino y a la vez el Supremo Tribunal, tan solo bajo los propios monarcas.

La principal reforma introducida por los soberanos consistió en despojar a los nobles hereditarios de su asiento en el Consejo. Con el asentimiento de las Cortes de Toledo, los grandes fueron reemplazados por consejeros "togados" o letrados. En efecto, el Consejo pasó a integrarse por un prelado que lo presidía,³⁸ tres caballeros y 8 o 9 letrados, con lo que en la práctica el Consejo era dominado por estos últimos. Los grandes, titulares de las dignidades de Condestables o Almirantes de Castilla, hubieron de consentir en que ellas quedaran reducidas a simples honores protocolares.³⁹ Conservaban su derecho a asistir al Consejo, pero solo con derecho a voz, por lo cual rápidamente dejaron de presentarse en sus sesiones.⁴⁰

De esta manera la preeminencia del estamento letrado en el Consejo se hizo incontrastable y su función como máximo órgano judicial del reino se volvió predominante junto a su papel administrativo. Se dispuso que los oidores o letrados sesionaran separados en secciones. Funcionaba separado en cinco "Salas" que trataban materias internacionales, apelaciones, cuestiones de Hacienda, Hermandades y Reinos de Aragón.⁴¹ De esta manera podían despachar

³⁷ Cfr. PAYNE, Stanley, G., *Historia de España, La España Imperial, Desde los Reyes Católicos hasta el fin de la Casa de Austria*, pág. 14.

³⁸ A partir de la creación de este cargo de Presidente en 1489, éste estuvo encargado de determinar si se dictaminaba o "libraban por cámara" los asuntos importantes, es decir, previa deliberación formal del Consejo o si se resolvía "libraba por expediente" o sin vista formal, los asuntos ordinarios. Cfr. PÉREZ-PRENDES M. DE A., José, *Historia del Derecho Español, tomo II*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, pág. 1255.

³⁹ Cfr. ELLIOT, J.H. Ob. Cit. *Consolidación de la autoridad real de Castilla*, pág. 92.

⁴⁰ Cfr. PÉREZ, Joseph, *La España de los Reyes Católicos*, pág. 49.

⁴¹ Cfr. PÉREZ-PRENDES M. DE A., José, *Historia del Derecho Español, tomo II*, pág. 1255.

mayor número de cuestiones y las que se sometían a la sanción o “consulta” real eran las verdaderamente importantes.⁴²

Papel vital cumplían, para comunicar al Consejo con los reyes, los secretarios, que aunque dependientes del Consejo, debían contar con la confianza exclusiva de los soberanos. Estos adquirirían una importancia cada vez mayor en los reinados de Carlos I y Felipe II, desempeñándose en la práctica como ministros del despacho, aunque sin llegar a ostentar dicha condición oficialmente o el poder que les es inherente.⁴³

Los reyes conservaron, empero el derecho de administrar justicia por sí mismos, como una de las prerrogativas distintivas de su condición de soberanos: En la concepción de la monarquía tradicional el rey era la fuente más legítima y propia del derecho y el supremo árbitro de su aplicación. Doña Isabel y don Fernando acostumbraban recibir en audiencia los días viernes a quienes acudían a demandar la revisión de sus causas ante el trono.⁴⁴ Pero fueron los últimos monarcas en cumplir tal cometido en forma personal.⁴⁵

Las sentencias de los corregidores podían ser recurridas ante las instancias superiores del reino mediante dos mecanismos de uso frecuente: **la Recusación** y **la Apelación**. En virtud de la primera, la parte que impugnaba a uno de los jueces del corregimiento y no se conformaba con la decisión del tribunal designado en su reemplazo, podía pedir que la cuestión fuera revisada por la Chancillería. En virtud de la apelación, concedida por norma general contra toda sentencia que condenaba a un acusado, éste podía obtener igualmente la revisión superior del pleito.

A la época del inicio del reinado de doña Isabel, la única Chancillería en funciones dentro del reino castellano era la de Valladolid,⁴⁶ pero la enorme cantidad de trabajo acumulado obligó a que se abriera una “Audiencia”⁴⁷ auxiliar en

⁴² El 18 de septiembre de 1480, los reyes crearon el Supremo Consejo de Aragón, dando inicio a una política que sus sucesores completarían hasta dar forma al llamado gobierno “sinodal”, compuesto de variados consejos especializados dependientes directamente de la Corona. Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Fernando el Católico*, pág 88.

⁴³ Cfr. SUÁREZ F., Luis, *Isabel I, la Reina*, pág 106.

⁴⁴ Sus decisiones, como resulta obvio de apuntar, eran inapelables.

⁴⁵ Fueron los últimos soberanos occidentales en ejercer tal función siguiendo así la tradición de San Luis IX de Francia (1226-1270). Con posterioridad, sólo el rey de Polonia, Juan III Sobieski (1674-1696), en pleno siglo XVII, reviviría por pocos años la costumbre de hacer justicia directamente.

⁴⁶ La audiencia de Valladolid fue creada por las Cortes de Toro de 1371, convocadas por Enrique II y su sede en dicha ciudad fue obra de los Reyes Católicos. Cfr. <http://cvc.cervantes.es/obref/arnac/valladolid/>.

⁴⁷ La expresión “Audiencia” alude a la característica propia de este tipo de tribunales. Son integrados por “oidores” (jueces) que se imponen de oídas de los pleitos, mediante la relación que practica un funcionario de su confianza denominado “relator”. De allí que el conocimiento que toman de las causas “ex auditur” y por eso el nombre del tribunal.

Galicia, para conocer de las causas originadas en el norte del reino. Esta Real Audiencia, la primera en su tipo en todo el reino y modelo para las audiencias Indianas, sería establecida por Real Cédula de los Reyes Católicos dada en Toledo, el 3 de agosto de 1480.

Con fecha 13 de abril de 1486 los Reyes Católicos dictaron sus ordenanzas.⁴⁸ En virtud de ellas se establecía que estaba compuesta por 11 miembros, los cuales duraban 2 años en sus cargos renovándose por mitades todos los años. Su presidente era siempre un prelado y además la formaban: cuatro oidores, tres jueces (alcaldes), un fiscal y dos abogados de pobres, más funcionarios subalternos. Se dividía en salas: una criminal y cuatro civiles, dos de ellas especializadas: una en cuestiones de hidalgos y la otra para los oriundos vizcaínos.⁴⁹

Con el tiempo, la Chancillería de Valladolid llegó a estar integrada por 16 letrados u oidores y se dividía en su funcionamiento en cuatro salas o tribunales, tres de ellas encargadas de cuestiones civiles y la restante de los asuntos criminales.

No obstante la nutrida jurisprudencia de esta chancillería, en 1494 era evidente que sus integrantes estaban claramente desbordados por una cantidad enorme de trabajo. Por ello la Corona, consciente de su deber de dispensar justicia, decidió la creación de una segunda Chancillería en Ciudad Real. En 1505 fue trasladada a su asiento definitivo en Granada. El límite de la jurisdicción de ambas fue fijado en la línea del río Tajo. La competencia territorial de la Chancillería granadina era enorme, pues comprendía los territorios situados al sur del Tajo y las Canarias, más todos los territorios descubiertos en el Nuevo Mundo. Hasta la implantación de la Real Audiencia de Santo Domingo⁵⁰ en 1511, la Chancillería de Granada sería el mayor tribunal de justicia del hemisferio occidental.

De las sentencias pronunciadas por las chancillerías era posible apelar en última instancia antes el Consejo de Castilla, con lo que se lograba la imposición de criterios uniformes en materia de derecho común por la vía de la jerarquización orgánica y por grados de los tribunales castellanos.

El legado de los Reyes Católicos en esta materia trascendería a su época y sería la verdadera base del sistema judicial indiano posterior y en buena medida el antecedente remoto del actual sistema judicial republicano.

⁴⁸ Cfr. PÉREZ, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos*, pág. 96.

⁴⁹ Cfr. PÉREZ, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos*, pág. 96.

⁵⁰ Cfr. SUÁREZ, F., Luis, *Fernando el Católico*, pág. 428.



III. La formación de las recopilaciones

Hemos visto como los reyes católicos se preocuparon especialmente por poner orden en el caótico sistema jurídico castellano derivado de la adopción sucesiva de las instituciones del derecho común. Pero sus esfuerzos no podían ser completos mientras no se dispusiese de un texto jurídico que unificara la legislación hasta entonces dispersa. Era necesaria una recopilación que contuviera de forma definitiva todas las leyes vigentes y aplicables dentro del reino.

El Ordenamiento de Montalvo o Primera Recopilación del Derecho Castellano

Era, por lo demás, el encargo específico que la Reina había recibido de las Cortes de Toledo de 1480, que tanto habían auxiliado a la monarquía en los comienzos del reinado y en su lucha por despojar a los grandes nobles del poder que habían usurpado por largo tiempo.

En respuesta a tal demanda, los reyes designaron al destacado jurista de la Corte, el licenciado Alfonso Díaz de Montalvo, para llevar adelante la labor recopiladora. Fueron cuatro años los que el jurista invirtió en la compilación de todo el vasto material legislativo vigente. Así, en 1484, dio por terminada su tarea entregando a los monarcas el texto de la primera Recopilación de Derecho en la historia de Castilla.

No obstante, el trabajo de Díaz de Montalvo no produjo los resultados esperados. De hecho nunca fue promulgada por los Reyes.

La recopilación, impresa con el título de "Ordenanzas Reales de Castilla", pero más conocida como "Ordenamiento u Ordenanzas de Montalvo",⁵¹ presenta la siguiente estructura: se compone de un total de 1063 leyes agrupadas en ocho libros con ciento quince títulos:⁵²

Libro I:	Derecho Eclesiástico.
Libro II:	Derecho Político (oficios reales y de la Corte).
Libro III:	Derecho Procesal.
Libro IV:	Derecho Político (clases sociales).
Libro V:	Derecho Civil (matrimonios, sucesiones, ventas, etc.).

⁵¹ Ha de aclararse un punto interesante respecto de la denominación de la colección recopilada por Montalvo. Esta primera recopilación no reviste la forma jurídica de un "Ordenamiento de Corte" (ley solemne otorgada por el rey junto con las Cortes). Al no haber sido siquiera sancionado por la reina o el rey, la denominación de "ordenamiento" es injustificada. Es una mera recopilación privada, pero la actitud de la Corona a su respecto permitió que dicha nomenclatura fuera aceptada. Es una muestra del creciente poder de la monarquía, que estaba sentando las bases del Estado Moderno.

⁵² Cfr. <http://www.members.tripod.com/~Panamahistoria/leyes.htm>.

Libros VI y VII: De las rentas regias y Derecho Administrativo.
Libro VIII: Derecho Penal y Procesal Penal.

En estos libros se recogían leyes procedentes de la época de Alfonso X el Sabio y posteriores, como las leyes de Alfonso XI hasta las leyes u ordenamientos de Corte, Pragmáticas y Ordenanzas dictadas hasta la misma época de los Reyes Católicos.

Sin embargo las Ordenanzas presentan algunos defectos de mayor entidad que explican el porqué nunca recibieron la sanción real:

- 1) La recopilación no es un trabajo acabado desde el punto de vista técnico,
- 2) No contiene todas las leyes vigentes en la época,
- 3) Por el contrario, el ordenamiento contiene algunas leyes derogadas,
- 4) Abunda en extractos de leyes que fueron elaborados por Montalvo sin el necesario rigor, por lo que son de muy difícil inteligencia o interpretación.

Pese a lo indicado, los Reyes ordenaron que en todas las villas y lugares del reino se dispusiera de copias del Ordenamiento de Montalvo⁵³ con el objeto de que los corregidores y alcaldes fallaran los juicios según él.⁵⁴ Ello explica el gran número de ediciones que alcanzó la obra⁵⁵ aprovechando la reciente introducción de la imprenta en Castilla. Es por esto que, pese a sus defectos, merece el calificativo de **Primera Recopilación del Derecho Castellano**.

En poco tiempo se hicieron evidentes las limitaciones de la obra de Montalvo, por lo que el mismo jurista redactó una *Glosa*, para que su obra fuera más fácil de utilizar. Se publicó en 1501 junto a una nueva edición del Fuero Real.⁵⁶

El Libro de Bulas y Pragmáticas de Juan Ramírez

Conscientes de que este primer esfuerzo compilador no había sido suficiente para satisfacer la demanda de las Cortes de Toledo, los Reyes ordenaron al Consejo de Castilla, que había sido reorganizado por ellos mismos entre 1480 y 1489, que "*compilara y corrigiese las pragmáticas y provisiones de sus antecesores*".⁵⁷

Sin perjuicio de lo anterior, en 1491, mandaban los reyes que se imprimiera nuevamente el código de Las Partidas, para que frente al silencio de los textos

⁵³ Nos dice Pérez: "Cada municipio de más de doscientos vecinos está obligado a adquirir ese volumen, vendido a 700 maravedies, "para que por él juzguen los alcaldes". Cfr. PÉREZ, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos*, pág. 96.

⁵⁴ Cfr. SUÁREZ F., LUÍS, *Isabel I, la Reina*, pág. 206.

⁵⁵ El mismo libro fue editado en 1488, 1495, 1500 y 1513.

⁵⁶ Cfr. SUÁREZ F., LUÍS, *Isabel I, la Reina*, págs. 206 y 207.

⁵⁷ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 684.

conocidos, en las cuestiones a que no pudiesen ser aplicables otras leyes y fueros, ellas se determinasen por los libros de las Siete Partidas.

Esta vez la tarea de compilar las leyes fue confiada al escribano don Juan Ramírez. La obra fue editada por primera vez en 1503 en Alcalá por Ladislao Polono, con el título de *Libro de Bulas y Pragmáticas* y se reconoce Ramírez como su autor.⁵⁸ Fue promulgada por una real provisión del mismo año, por lo cual, a diferencia de la recopilación de Montalvo, tiene carácter oficial.

Contiene tanto Bulas papales que se pronuncian sobre la jurisdicción regia como las pragmáticas vigentes. Sin embargo, la estructura de la colección es muy deficiente e inferior en calidad al Ordenamiento de Montalvo. Carece de criterios de selección sistemática, pues algunas veces los temas se agrupan por personas y otras por materia.⁵⁹ Ello explica que la obra haya sido menos conocida y aplicada que la recopilación hecha por Montalvo. En la práctica se le consideró un apéndice a las Ordenanzas Reales de Castilla.

El testamento de la reina y la nueva recopilación

Sin embargo, la preocupación de doña Isabel sobre el punto no cesaría. La soberana estaba convencida de que era necesario un esfuerzo adicional para dar forma a un texto definitivo, que refundiera en uno el libro de Montalvo, el de Ramírez y el propio Fuero Real de Alfonso X, pero las preocupaciones dinásticas relativas a sus sucesivos herederos y sus múltiples enfermedades, le impidieron ocuparse del tema hasta el borde mismo de la muerte.

Asimismo deseaba la soberana que se preservaran las leyes que garantizaban la libertades eclesiásticas, sin perjuicio de rechazar aquellas que significaran un abuso de los privilegios eclesiásticos por parte de los religiosos.

En efecto, solo volverá a ello en el famoso Codicilo de su testamento.⁶⁰ En él la reina católica ordenaría:

"9. Otrósí, por quanto yo toue siempre deseo de mandar reducir las leyes del Fuero e ordenamientos e prematicas en vn cuerpo, do estouiesen mas breuemente e

⁵⁸ También se le ha llamado "*Bulario de Ramírez*".

⁵⁹ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 684.

⁶⁰ Existe una importante cantidad de estudios sobre este reputado documento, prueba de las admirables dotes de estadista de la reina y de su incomparable devoción al deber, que la llevó a gobernar al borde de la muerte, pero el más reciente de ellos y magnífico monumento historiográfico es el realizado con motivo del 5° centenario de la muerte de Isabel la Católica con el auspicio del Arzobispado de Valladolid. Es el que hemos tenido a la vista al redactar este trabajo. Cfr. GONZÁLEZ S., Vidal, *El Testamento de Isabel la Católica y otras consideraciones en torno a su muerte*, Edición del Instituto de Historia Eclesiástica "Isabel la Católica", Arzobispado de Valladolid, Madrid, 2001, 304 pp.

mejor ordenadas, declarando las dubdosas e quitando las superfluas, por euitar las dubdas e algunas contrariedades que cerca dellas ocurren e los gastos que dellos se siguen a mis regnos e subditos e naturales, lo qual a causa de mis enfermedades e otras ocupaciones no se ha puesto por obra, por ende suplico al rey, mi sennor, e mando e encargo a la dicha princesa, mi hija, e al dicho principe su marido,⁶¹ e mando a los otros testamentarios, que luego hagan juntar vn prelado de sciencia e de consciencia con personas doctas e sabios e experimentados en los derechos, e vean todas las dichas leyes del Fuero e ordenamientos e prematicas, e las pongan e reduzcan todas a un cuerpo, onde esten mas breue e compendiosamente compiladas. E si entre ellas fallaren algunas que sean contra la libertad e ynmunidad eclesiastica, o otra costumbre alguna yntroducida en mis regnos contra la dicha libertad e ynmunidad eclesiástica, las quiten para que dellas no se vse mas, que yo por la presente las reuoco, casso e quito. E si algunas de las dichas leyes les parecieren no ser justas o que no conciernen el bien publico de mis regnos e subditos, las ordenen por manera que sean justas a seruicio de Dios e bien comun de mis regnos e subditos, e en el mas breue compendio que ser podiere, ordenadamente por sus titulos, por manera que con menos trabajo se pueda estudiar e saber. E quanto a las leyes de las Partidas, mando que esten en su fuerca e vigor, saluo si algunas se hallaren contra la libertad eclesiastica o que parezcan ser injustas".⁶²

En resumen, del codicilo, siguiendo a González Sánchez, podemos afirmar "9.- *Que se haga, conforme a su constante deseo, una compilación de las leyes del Fuero, ordenamientos y pragmáticas, bien ordenadas y depuradas, para bien de sus súbditos. Que las leyes de Las Partidas, sigan en su fuerza y vigor*".⁶³

La labor será emprendida de inmediato. Como prueba de ello podemos atestar que en 1506, el rey católico ordenó asignar una cuantiosa suma, 120.000 maravedís, al licenciado Tello, que se desempeñaba como fiscal del Consejo Real, a fin de que pagase a un bachiller y a dos escribanos que "*han de compilar todas las leyes y ordenamientos y pragmáticas del Reino en un volumen, según lo manda la Reina Católica en su codicilo*".⁶⁴

Sin embargo, el primer intento serio por llevar adelante la labor recopiladora fue confiado por Carlos V a don Lorenzo Galíndez de Carvajal, quien presentó ante las Cortes de Valladolid de 1544 un proyecto que no llegó a publicarse, a pesar de que Galíndez declararía que era el trabajo más completo hecho hasta el momento.

⁶¹ Se refiere a sus herederos en el reino de Castilla y León, los príncipes de Asturias y Archiduques de Austria doña Juana y don Felipe de Habsburgo.

⁶² Cfr. GONZÁLEZ S., Vidal, *El Testamento de Isabel la Católica y otras consideraciones en torno a su muerte*, pág. 49.

⁶³ Cfr. GONZÁLEZ S., Vidal, *op. cit.*, pág. 200.

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ S., Vidal, *op. cit.*, pág. 201

Más adelante, el Emperador Carlos designaría al licenciado López de Alcocer como nuevo recopilador, el que a su vez fue reemplazado por el doctor Escudero junto a los licenciados López de Arrieta y Bartolomé de Atienza.⁶⁵

Debido a la mala política de los dos primeros Austrias, consistente en encomendar a juristas distintos que revisaran sucesivamente el trabajo de los demás (en vez de reunirlos a todos para que trabajaran al unísono), la recopilación querida por doña Isabel vería la luz sólo bajo el reinado de don Felipe II, su bisnieto, y ello sólo gracias al esfuerzo del licenciado Atienza, miembro del Consejo Real, en 1567, sesenta y tres años luego de la muerte de la reina.

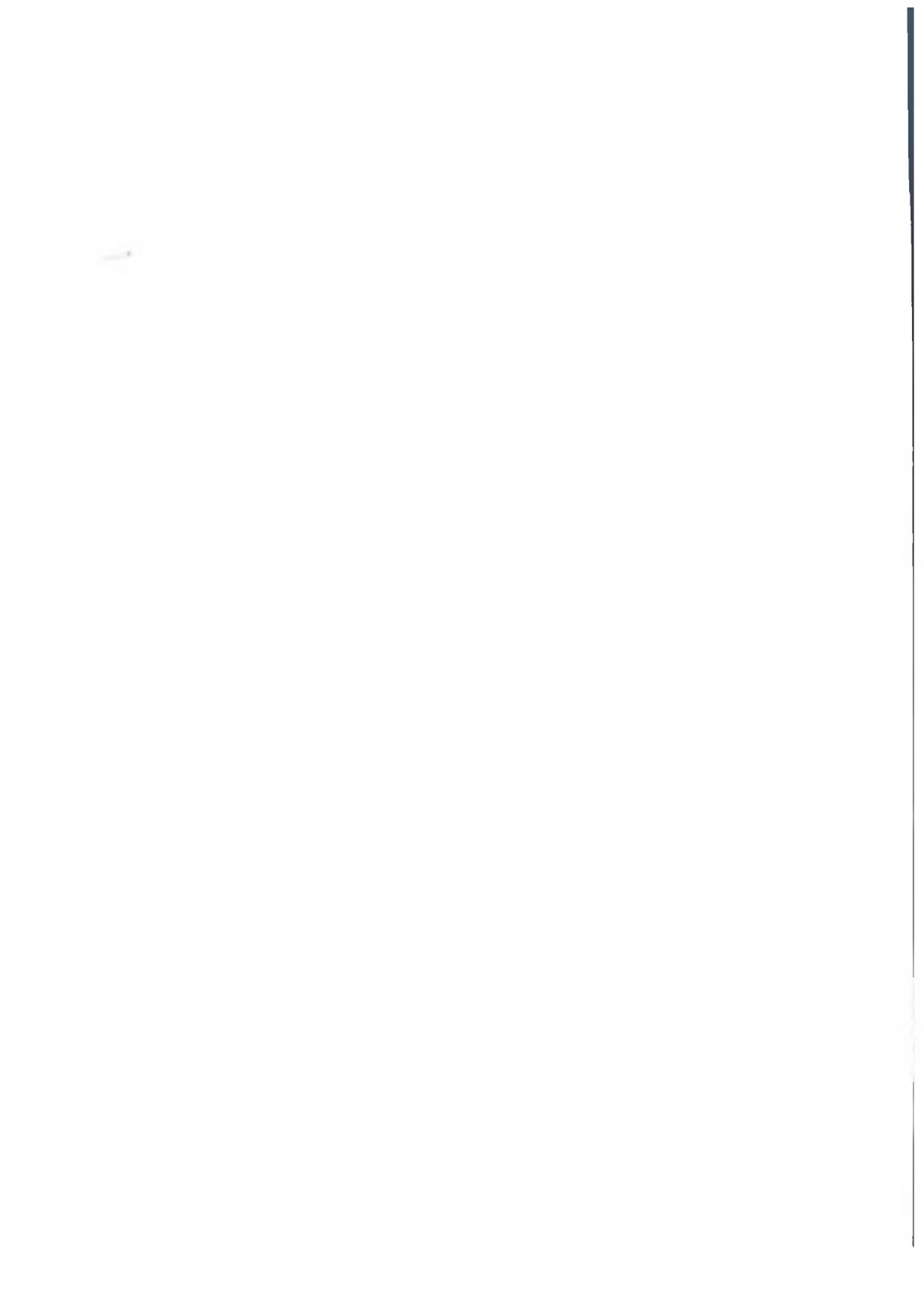
La obra, que sigue de cerca el modelo impuesto por Montalvo, excede las Ordenanzas Reales en su orden y rigor interno. La **Recopilación de las leyes destos Reynos** fue promulgada mediante Pragmática de 14 de marzo de 1567, siendo publicada dos años más tarde. Contiene a las Ordenanzas de Montalvo, las Leyes de Toro y las leyes dictadas con posterioridad, durante la última parte del gobierno del Rey Católico y todo el mandato de su nieto don Carlos, el Emperador, así como las primeras leyes dictadas por el Rey Felipe. Consta así de casi 4000 leyes y fue editada sucesivamente agregándosele en cada edición las leyes dictadas con posterioridad a la edición anterior, mediante el expediente de insertar las nuevas leyes según la materia de que tratan en cada uno de los 9 libros en los que se divide la obra.⁶⁶ Por su importancia y vigencia, esta llamada **Nueva Recopilación de Leyes** fue el texto fundamental del derecho hispánico durante más de dos centurias.

Este es el legado jurídico de los Reyes Católicos. Su figura se agiganta ante nosotros, herederos de la sociedad a la que dieron forma. Las instituciones jurídicas que patrocinaron están en la base del magno sistema del Derecho Indiano, y éste, como hemos tenido oportunidad de recordar en el presente año en que se conmemora el Bicentenario de la Novísima Recopilación de Leyes de España y de Indias de 1805, se encuentra en el corazón de nuestro sistema jurídico codificado republicano.

Mucho más esfuerzo ha de destinarse al estudio del derecho bajo el reinado de doña Isabel y don Fernando. Esperamos que estas breves líneas puedan motivar a investigadores más dedicados a dar brillo a un reinado que, como el metal precioso, nunca pierde su brillo ni esplendor.

⁶⁵ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 685.

⁶⁶ Cfr. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, pág. 685.



La función social del mercado de valores



Fernanda Juppet Ewing

Profesora Ayudante de Derecho Económico

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Ante todo es necesario visualizar la primera idea que se nos viene a la mente al momento de enunciar el concepto de mercado de valores. En general, se relaciona en forma casi inmediata con dinero, con la posibilidad de las empresas de multiplicar sus recursos y obtener ganancias. Pero esto no es todo lo que esta institución nos entrega, sus funciones son múltiples y variadas.

Es así como es de nuestro interés el observar al mercado de valores desde un prisma distinto al que suele dársele, ya que de acuerdo a las apreciaciones generales, solemos relacionar el concepto de mercado de valores con un grupo de empresas que encuentran financiamiento para el desarrollo de las actividades de su giro, sin mayor preocupación por la sociedad en la que se desenvuelven, o, peor aún, con miras sólo al beneficio particular.

Es posible, que nos llame la atención en mayor medida la función de formación de capital que reviste esta institución, mas eso no obsta a que exista otra función, quizás aun más importante que la primera, cual es el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, en forma general, mediante el crecimiento que aporta a la economía del país, y en forma particular, acrecentando los Fondos de Pensiones administrados por las AFP. Es necesario hacer respecto de este punto una pequeña salvedad, éste no es un trabajo que tenga por finalidad criticar el actual Sistema de Fondos de Pensiones del país, sino que meramente destacar la relación de interdependencia que existe entre aquél y el mercado de valores.

De esta forma, el presente artículo pretende estudiar al mercado de valores desde el punto de vista del aporte realizado por esta institución hacia el mejoramiento en la calidad de vida de las personas. Concepto que en un primer momento puede llamarnos la atención, pero, como será desarrollado más adelante, es en definitiva la función trascendental que cumple el mercado de capitales e incluso podríamos aventurarnos más lejos señalando que es su razón de ser.

Concepto de mercado de valores

De esta forma debemos iniciar este trabajo con una breve reseña respecto de qué es lo que entendemos por mercado de valores, el cual, como señala Adolfo Ortega en su libro *Mercado de Valores: Teoría General y Descriptiva de la Legislación*, homologando los conceptos de mercado de valores y mercado de capitales, es “un mecanismo financiero por el que oferentes de ahorro traspasan dineros activos, recursos monetarios o cualquier otro tipo de crédito, a cambio de un precio y por un tiempo determinado, a inversionistas demandantes de tales recursos –los que se benefician con su uso y goce temporal–, sea que el traspaso se realice en forma directa entre ellos o a través de una estructura intermediaria, la que asume, en su caso, la tarea de captar, concentrar y canalizar el ahorro hacia inversiones productivas”.¹

El problema de esta definición es que al igual que todos los demás conceptos que podemos encontrar en los libros del ramo, circunscribe la función del mercado de capitales a lo que denominaremos una función clásica o de formación de capital, lo cual es, a mi modo de ver, una visión restrictiva de las utilidades de la institución en comento. La cual es finalmente la que influye negativamente en la visión que el común de las personas tiene sobre el mercado en general.

Funciones reconocidas por la economía al mercado de valores

Si es que tomamos como objeto de análisis el mercado de valores de nuestro país, podemos apreciar que reviste una doble función social.

Primero, y quizás la más conocida por todos, es la función clásica o función de formación de capital. La cual podemos encontrar ampliamente tratada tanto en textos de Derecho Económico como de Economía propiamente tal.

Segundo, y menos evidente, encontramos la función especial o de maximización de la riqueza de los fondos de pensiones. La cual puede extraerse del reconocimiento que hacen algunos textos del ramo respecto de la característica social que reviste el mercado de valores. La cual intentaremos desarrollar en una mayor profundidad en el presente artículo.

¹ Ortega Michelle, Adolfo; *Mercado de valores: Teoría general descriptiva y legislación*; Ediciones Jurídicas La Ley; Primera edición; Santiago, Chile, pág. 31.

1. Función clásica o de formación de capital

Al enunciar esta función nos referimos simplemente a la visión tradicional de los mercados de valores, es decir, al permitir la unión del ahorro con la inversión formando el capital necesario para una empresa.

Esta ha sido tradicionalmente reconocida como la principal función del mercado de valores, aun cuando, con el tiempo, se le han reconocido funciones anexas de menor trascendencia, tales como: permitir una valorización más acotada de las empresas del mercado, o el proporcionar datos estadísticos respecto a la realidad del estado de la economía y de las empresas en un momento histórico determinado.

Es así como en palabras del profesor Adolfo Ortega, "la función primordial del mercado de capitales es captar recursos financieros, concentrados, concentrarlos en grandes masas y canalizarlos hacia proyectos de inversión rentables y productivos".²

Función que puede ser desarrollada de dos maneras:

a. Mediante préstamos o créditos: los cuales pueden ser adquiridos directamente en el Sistema Financiero, o se suscriben mediante la adquisición de documentos representativos de deuda de las empresas en el mercado de valores. Es decir, bonos, debentures, efectos de comercio, etc.

b. Mediante aportes de capital: De esta forma los inversionistas se hacen dueños de parte de las empresas en las cuales invierten mediante la adquisición de documentos representativos de capital de la empresa. Como por ejemplo: acciones de la sociedad anónima.

De esta forma, es la Bolsa de Valores quien adquiere protagonismo en el mercado en general, ya que es el lugar físico en el cual se intermedian dichos papeles, y "...constituye una importante fuente de financiación y un apoyo imprescindible para las empresas, permitiendo llevar a cabo emisiones directas, es decir, otorgando a los emisores la posibilidad de ofrecer valores directamente a los inversores".³

² Ortega Michelle, Adolfo; *Mercado de valores: Teoría general descriptiva y legislación*; Ediciones Jurídicas La Ley; Primera edición; Santiago, Chile, pág. 31.

³ Izquierdo, Miriam; *Los mercados de valores en la CEE (Derecho Comunitario y adaptación al Derecho Español)*. Editorial Civitas, S.A. Impreso en España, 1992, pág. 32.

2. Función especial o maximización de la riqueza de los fondos de pensiones

No es casual el hecho de que esta función haya sido enunciada como "maximización de la riqueza de los fondos de pensiones", ya que el negocio de las empresas Administradoras de Fondos de Pensiones nos es absolutamente indiferente para estos efectos, tanto en cuanto es un medio para conseguir el crecimiento de los fondos aportados por los particulares para sus jubilaciones.

"Estos fondos son el resultado de las cotizaciones obligatorias y voluntarias que los afiliados depositan en su cuenta de capitalización individual en la AFP a la que se han incorporado. Además integra el fondo la rentabilidad producida por la inversión, nacional o extranjera, de los recursos mencionados".⁴

Por lo tanto, es el bienestar social secundario provocado por la intermediación de bienes, es decir, el aumentar el volumen de los fondos de pensiones con las rentabilidades obtenidas tras su inversión, lo que nos interesa.

Además, respecto de este tema tenemos una importancia anexa, quizás más simbólica que material, cual es el hecho de que Chile ha sido el país precursor en lo que se refiere a la inversión de los fondos de pensiones, con lo cual se ha logrado una doble consecuencia:

a. Se han invertido responsablemente los fondos a fin de obtener mejores rentabilidades a futuro. Lo cual sumado a la especialización de quienes ejercen la administración de los mismos, augura una mayor rentabilidad a la posible obtenida con otra forma de administración.

b. Se le ha dado una mayor profundidad y crecimiento al mercado de valores chileno. Ya que *"el mercado de valores cumple las funciones apuntadas tanto mejor cuanto mayor sea la cantidad de capital ahorrado que moviliza y emplea, con vistas a la mejor financiación posible de la economía".⁵*

Por lo tanto, al ser obligatorio destino de los millones de dólares cotizados mensualmente en nuestro país, el Sistema de Fondos de Pensiones contribuye directamente a la creación de nuevas empresas y negocios en nuestro país.

c. Como es bien sabido, en razón de la importancia de los fondos administrados por las AFP, la legislación especial ha restringido tremendamente el tipo

⁴ Ortega Michelle, Adolfo; *Mercado de valores: Teoría general descriptiva y legislación*; Ediciones Jurídicas La Ley; Primera edición; Santiago, Chile, pág. 327.

⁵ Izquierdo, Miriam; *Los mercados de valores en la CEE (Derecho Comunitario y adaptación al Derecho Español)*. Editorial Civitas, S.A. Impreso en España, 1992, pág. 33.

de títulos que pueden ser adquiridos por estas entidades, y es a causa de la calidad obligatoria de las inversiones realizadas por las empresas privadas, que indirectamente se favorece el crecimiento del país.

Como señaló Enrique Krauss en las rondas de celebración de los 18 años de la puesta en marcha del sistema de AFP en Chile: *"Un sistema privado de capitalización individual tiene significativos efectos potenciales sobre el mercado de capitales, en el sentido de que contribuye al desarrollo financiero. Contribuye a una mayor diversidad de instituciones y segmentos en el mercado de capitales, como también a la aparición y desarrollo de nuevos instrumentos financieros. Eso propende a mejorar significativamente el desempeño de las funciones financieras del mercado de capitales y de la banca"*.⁶

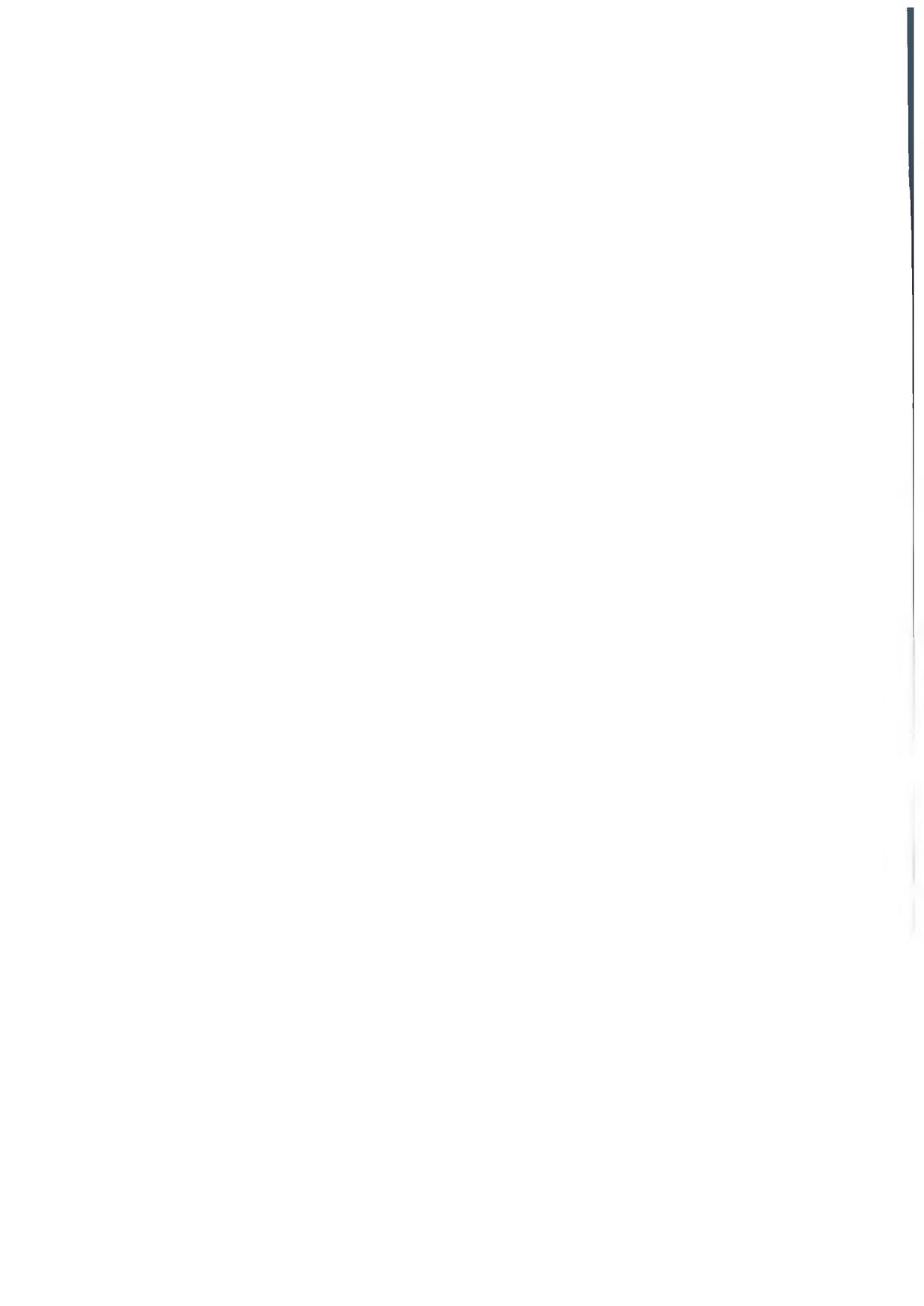
Por lo tanto, respecto del Sistema de Fondos de Pensiones y el mercado de valores en Chile existe una relación directamente proporcional, por las siguientes razones:

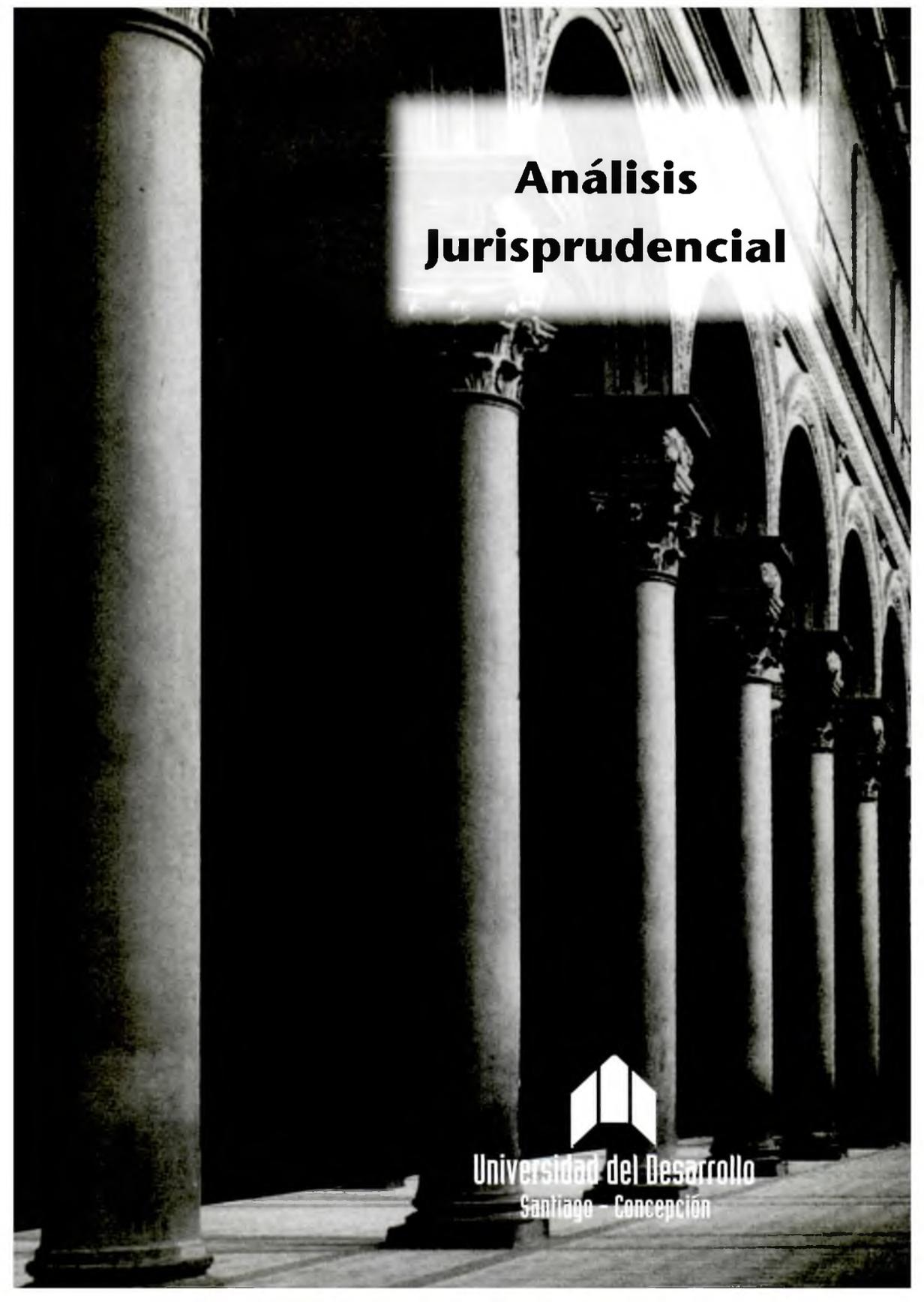
1. Por una parte, el mercado aporta un lugar para que los fondos de pensiones puedan desarrollarse plenamente y cumplir con sus metas de rentabilidad.
2. Y por otra, los fondos de pensiones le dan profundidad al mercado, y aportan directamente al crecimiento del país, ya que en razón de la seguridad que deben dar a los cotizantes se encuentran tan restringidas sus inversiones, mejoran en forma directamente proporcional la calidad de las inversiones realizadas en Chile, ya que con la intención de que sus papeles puedan ser adquiridos por los fondos de pensiones (aumentando consecuentemente sus rentabilidades y mejorando la valorización de sus papeles en forma inmediata), las empresas tienen un especial cuidado en cumplir con las condiciones impuestas por el Decreto Ley 3.500, que regula el tipo de inversiones a realizar por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Cumpliendo de esta forma con los requisitos impuestos por don Carlos Urenda Zegers para que exista una economía social de mercado, señalando: *"un mercado propiamente tal, que merezca ese nombre por el número de quienes concurren a él, por el volumen de bienes y servicios que en él se transen y por su organización sólida, sana y transparente, o sea que realmente cumpla su objetivo de ser el regulador del proceso económico sin manipulaciones ni desviaciones que descentralicen su función propia"*.⁷

⁶ AFP 18 años: Logros y Desafíos; varios autores, editado por CIEDESS, primera edición, Santiago de Chile, página 125.

⁷ Novoa Galán, Raúl; Novoa Muñoz, Gabriela; *Derecho del Mercado de Capitales*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1997, Santiago, Chile, pág. 44.





Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

123

124

El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes

Casación en el fondo, 29 de agosto de 2005.

Rol N° 4767-03.

COMENTARIO:

Emilio Rioseco Enriquez

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



Doctrina

Cuando el dueño del predio dominante realiza actos de ocupación no autorizados sobre la franja de terreno de la que es mero tenedor como titular del derecho de servidumbre de tránsito, se convierte en un sujeto que retiene indebidamente una cosa, procediendo en su contra la acción restitutoria del art. 915 del Código Civil.

El modo particular de ejercer la servidumbre, adquirido por prescripción (art. 888 del C. Civil) debe alegarse por vía de acción y no tiene lugar tratándose de la servidumbre de tránsito, por ser ésta discontinua e inaparente.

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil cinco. Vistos: En este juicio ordinario Rol N° 2857-2000, del Primer Juzgado Civil de Concepción, caratulados Ruiz Salgado, Ninette del Carmen, con Kummelin Redlich, Rolf, por sentencia de 23 de agosto de 2002, escrita a fojas 122, el juez titular acogió la demanda principal, condenando a la demandada a restituir a la actora el retazo o franja del inmueble singularizado en la demanda, desestimando la excepción de prescripción adquisitiva. Apelada por la parte demandada, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Concepción la confirmó, por sentencia de 26 de septiembre de 2003, que rola a fojas 144. En contra de este último fallo, la parte demandada interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo, que se lee a fojas 147. Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:**I. En cuanto al recurso de casación en la forma:**

PRIMERO: Que el recurrente expresa que la sentencia atacada contiene el vicio de casación formal, contemplado en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 6 del mismo cuerpo legal, esto es, la falta de decisión de uno de los asuntos controvertidos. Sostiene que al contestar la demanda, su parte esgrimió dos defensas, por una parte, alegó la prescripción contenida en el artículo 888 del Código Civil y, por otra, señaló que en el caso de autos no concurrían los presupuestos del artículo 915 del mismo texto legal. El fallo de primer grado rechazó la excepción de prescripción fundándose únicamente en que aquella debió plantearse por vía de acción y no como excepción y aceptó la aplicación del mencionado artículo 915. Señala que en el recurso de apelación deducido, su parte impugnó ambas decisiones; sin embargo, en la sentencia de alzada se sostiene que su parte habría variado su estrategia procesal en este recurso, al proponer como petición concreta por vía principal la revocación del fallo conforme al artículo 915 del Código Civil y, en subsidio, la enmienda del fallo en cuanto rechazó la excepción de prescripción, situación que, a juicio de los sentenciadores, tornaría inadmisibles las peticiones subsidiarias por no haberla planteado de ese modo en la oportunidad procesal correspondiente. El recurrente estima que existe un error procesal en la decisión indicada en el párrafo precedente, puesto que las peticiones de su recurso de apelación eran perfectamente compatibles entre sí, puesto que su objetivo era el mismo, rechazar la demanda, en consecuencia, la sentencia incurre en el vicio de omitir pronunciarse sobre la excepción de prescripción que fue formulada como petición concreta en el recurso de apelación.

SEGUNDO: Que, tal como aparece de la contestación evacuada por el demandado a fojas 52, la prescripción que contempla el artículo 888 del Código Civil ha sido alegada por el actor como el modo en que habría adquirido una forma o modalidad de ejercer la servidumbre por haberse ejercitado materialmente de una manera específica por más de veinte años. De esta manera, estaba en lo correcto el sentenciador de primer grado cuando rechazó tal defensa por haber sido deducida como excepción, puesto que, como reiteradamente lo ha resuelto esta Corte Suprema, tratándose de una prescripción adquisitiva, como la alegada en la especie, ella debe ser impetrada como acción.

TERCERO: Que, de lo anterior sólo es dable concluir que, aun cuando es efectivo que los sentenciadores de segundo grado no emitieron pronunciamiento sobre la petición concreta del recurso de apelación referida a la excepción de prescripción, también lo es que cuando los sentenciadores de segundo grado



reproducen en su totalidad los fundamentos del fallo de primer grado, aceptan el argumento contenido en la sentencia de primer grado, por ello el vicio denunciado carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que, a juicio de este tribunal, la excepción de prescripción debía ser rechazada por tales razones. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de nulidad formal planteado.

II. En cuanto al recurso de casación en el fondo.

CUARTO: Que en el recurso de casación en el fondo se denuncian dos grupos de errores de derecho, por una parte, la infracción del artículo 915 del Código Civil en relación con los artículos 820, 828, 830 inciso segundo y 884 del mismo texto legal y, por otra, la infracción de los artículos 888, 882 inciso segundo y 2512 N° 2 del Código Civil. Expresa, en el primer capítulo del recurso, que cuando la sentencia recurrida concluye que al ejercer el demandado su derecho de servidumbre no sólo para el paso o tránsito, sino mediante estacionamiento de vehículo, construcción de cobertizo y plantación de árboles, estaría detentando en forma indebida el retazo y con ello se configuraría la situación del artículo 915 del Código Civil, incurre en un error de derecho al darle a este precepto un equivocado alcance, aplicándolo a una situación de hecho no contemplada en dicha disposición legal. Sobre el particular, sostiene que para que opere el artículo 915 del Código Civil se requiere que se trate de un mero tenedor que retenga indebidamente la cosa, esto es, que se oponga a restituirla debiendo hacerlo según contrato y ello sin tener derecho. Tales presupuestos no concurren en autos, por cuanto su parte no ha retenido la cosa ni está en la obligación jurídica de restituirla, tampoco su conducta es carente de derecho, puesto que, por el contrario, es poseedor y titular de un derecho real de servidumbre sobre el retazo cuya restitución se solicita y es así como, cuando la sentencia aplica la disposición legal en cuestión, infringe también el artículo 820 del Código Civil al desconocer su derecho real de servidumbre; el artículo 828, en cuanto desconoce los medios para ejercer este derecho, y el inciso segundo del artículo 830, que contempla la acción pertinente cuando la servidumbre se ejerce en forma irregular. En el segundo capítulo del recurso, el demandado sostiene que cuando el fallo en alzada reproduce la sentencia de primer grado, hace suyo el argumento respecto del cual la prescripción que contempla el artículo 888 del Código Civil debió ser alegada como acción y no como excepción, incurre en error de derecho por falta de aplicación de dicha norma, ya que la exigencia de accionar rige para la prescripción adquisitiva de derechos reales, lo cual supone un acto declarativo expreso sobre el derecho, pero la disposición legal invocada no se refiere a tal prescripción, sino a la que conforma una situación de hecho: el modo particular de ejercer la servidumbre, que, por consiguiente, procede oponerla por vía de excepción.

QUINTO: Que, constituyen hechos de la causa, establecidos en las sentencias de la instancia: a) que la actora es dueña del Lote N° 1 del inmueble ubicado en Concepción, calle Cochrane N° 1064, hoy 1062; b) que sobre dicho Lote N° 1 pesa una servidumbre de tránsito a favor del Lote N° 2 perteneciente al demandado, y que se ejerce a través de una franja de terreno de 150 metros cuadrados, que mide 6 metros de frente a la calle Cochrane por 25 metros de fondo; c) que el demandado no solo transita por dicha franja de terreno destinada a servidumbre, sino que también la ocupa en forma permanente, como estacionamiento de su vehículo, instalando allí un cobertizo y plantando árboles ornamentales.

SEXTO: Que, de lo anterior, los jueces del fondo concluyen que el demandado ocupa en forma ilegítima la franja de terreno destinada a servidumbre de tránsito y que es de propiedad y está jurídicamente en posesión de la demandante, sin que haya comprobado algún antecedente que justifique o avale su ocupación exclusiva y excluyente, configurándose la situación prevista en el artículo 915 del Código Civil. Dicha disposición legal expresa que las reglas de este título (De la reivindicación) se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor.

SEPTIMO: Que, al decidir de la manera antedicha, los sentenciadores han hecho una correcta aplicación del artículo 915 del Código Civil y de las restantes normas denunciadas en el primer capítulo del recurso de casación en el fondo, puesto que, cuando el demandado realiza actos de posesión como los descritos en la letra c) del fundamento quinto de esta sentencia, sobre la franja de servidumbre de la cual sólo es un mero tenedor o un poseedor a nombre ajeno, se convierte en un sujeto que retiene indebidamente una cosa, cual es la materia precisamente regulada en la disposición legal señalada. En consecuencia, cabe desestimar este capítulo de casación, por cuanto los jueces del fondo no han incurrido en el error de derecho señalado.

OCTAVO: Que, teniendo en consideración lo señalado en el considerando segundo de esta sentencia de casación, corresponde también desechar el segundo capítulo del recurso, por cuanto, como se expresó, cuando el demandado alega que por más de veinte años la servidumbre se ha ejercido de la forma que se le objeta en este juicio, está alegando la adquisición por prescripción de aquella determinada modalidad de ejecución de su derecho real, situación que lo obligaba a deducir la respectiva acción, siendo improcedente la defensa como excepción. De todas maneras y sobre el particular, es menester agregar que el artículo 888 del Código Civil expresa que Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma. De lo anterior, solo cabe concluir que el demandado nunca pudo adquirir el modo en que ejerce la

servidumbre a través de la prescripción invocada, ya que, conforme al artículo 882 del mismo texto legal, las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las, debiendo recordarse que la servidumbre de tránsito, como la que ejerce el demandado sobre la franja de terreno en cuestión, es una servidumbre discontinua e inaparente, como se define en los artículos 822 y 824 del Código Civil.

NOVENO: Que, por las razones expresadas en el considerando precedente, cabe rechazar también el segundo capítulo de casación en el fondo invocado. Por estas consideraciones y lo dispuesto, además, en los artículos 764, 765, 766, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan, con costas, los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el abogado don Gerardo Sandoval Gouët en representación del demandado, en lo principal y primer otrosí respectivamente, del escrito de fojas 147, en contra de la sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil tres, escrita a fojas 144. Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante don José Fernández Richard. Rol N° 4767-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hernán Alvarez G., Jorge Rodríguez A. y Domingo Kokisch M. y abogados integrantes Sres. Manuel Daniel A., y José Fernández R. No firman el Ministro Sr. Alvarez G. y el abogado integrante Sr. Daniel, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haberse acogido a jubilación el primero y estar ausente el segundo. Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Marcela P. Urrutia Cornejo.

Comentario

1. Se trata en el caso de una servidumbre de tránsito, constituida por título, sobre una franja de terreno y vigente la cual el dueño del predio dominante, durante largo tiempo, no sólo usó del derecho de paso, sino que estacionó un vehículo y levantó un cobertizo de protección.

La dueña del predio sirviente interpuso demanda en su contra solicitando se le restituya la franja en cuestión, puesto que el demandado ha retenido indebidamente el retazo, recibiendo aplicación el art. 915 del C. Civil.

2. El demandado se excepcionó alegando que no procedía aplicar el art. 915 citado por no concurrir los supuestos en que se fundamenta y también alegó, por vía de excepción, el haber adquirido por prescripción un modo particular de ejercer esta servidumbre (art. 888 del C. Civil).

3. Por sentencia de alzada se resolvió que procede aplicar el art. 915, ya que tratándose de un mero tenedor éste ha retenido indebidamente una cosa raíz, disponiéndose la restitución de la franja a la actora dentro del quinto día de ejecutoriado el fallo. Respecto a la excepción fundada en el art. 888 del C. Civil, se confirmó la sentencia de primer grado, que la rechazó, por cuanto al ser una alegación de prescripción ha debido deducirse por vía de acción y no excepcionándose.

4. Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Excma. Corte Suprema lo rechazó, aceptando los argumentos del fallo de alzada en cuanto a la interpretación que se dio a los artículos 915 y 888 antes citados en el caso sub-lite.

5. El art. 915 del C. Civil dispone: "Las reglas de este título (reivindicación) se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Por consiguiente, es elemento esencial para que proceda esta acción restitutoria, que el mero tenedor debiendo restituir la cosa se oponga a ello y la retenga indebidamente, caso en el cual quien acciona verá reconocida su posesión y obtendrá la restitución. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con los meros tenedores de contratos reales o el arrendatario alzados.

Pero la situación del dueño del predio dominante en la servidumbre de tránsito, aunque se le considere un mero tenedor que ha realizado un acto opuesto a aquello a que lo faculta el título, no configura la situación que contempla el art. 915, puesto que, por una parte, no está obligado a restituir la franja sobre la cual ejerce su derecho, de modo que no puede decirse que "retiene indebidamente", y, por otra, no procede decretar su restitución a la demandante, ya que significaría desconocer el derecho real de servidumbre del demandado y en el hecho la extinción del mismo, u obligarlo a accionar contra la actora para el reconocimiento de la servidumbre. Es decir, una infracción de los arts. 820, 828 y 884 del C. Civil.

6. Lo anterior es consecuencia de no haberse dado aplicación a la norma del art. 830 inciso 2º del C. Civil, según la cual, si llegare a serle más oneroso al dueño del predio sirviente el modo de ejercer la servidumbre, tiene derecho a proponer la variación de ese ejercicio que, si no perjudica al predio dominante, debe ser aceptada. Es la acción pertinente.

Por otra parte, siendo la dueña del predio sirviente poseedora de la franja, al considerar perdida o perturbada su posesión, ha podido ejercer las acciones

posesorias del caso (arts. 916 y 930 del C. Civil), sin necesidad de aplicar el art. 915 a través de una interpretación extensiva y dándole un equivocado alcance.

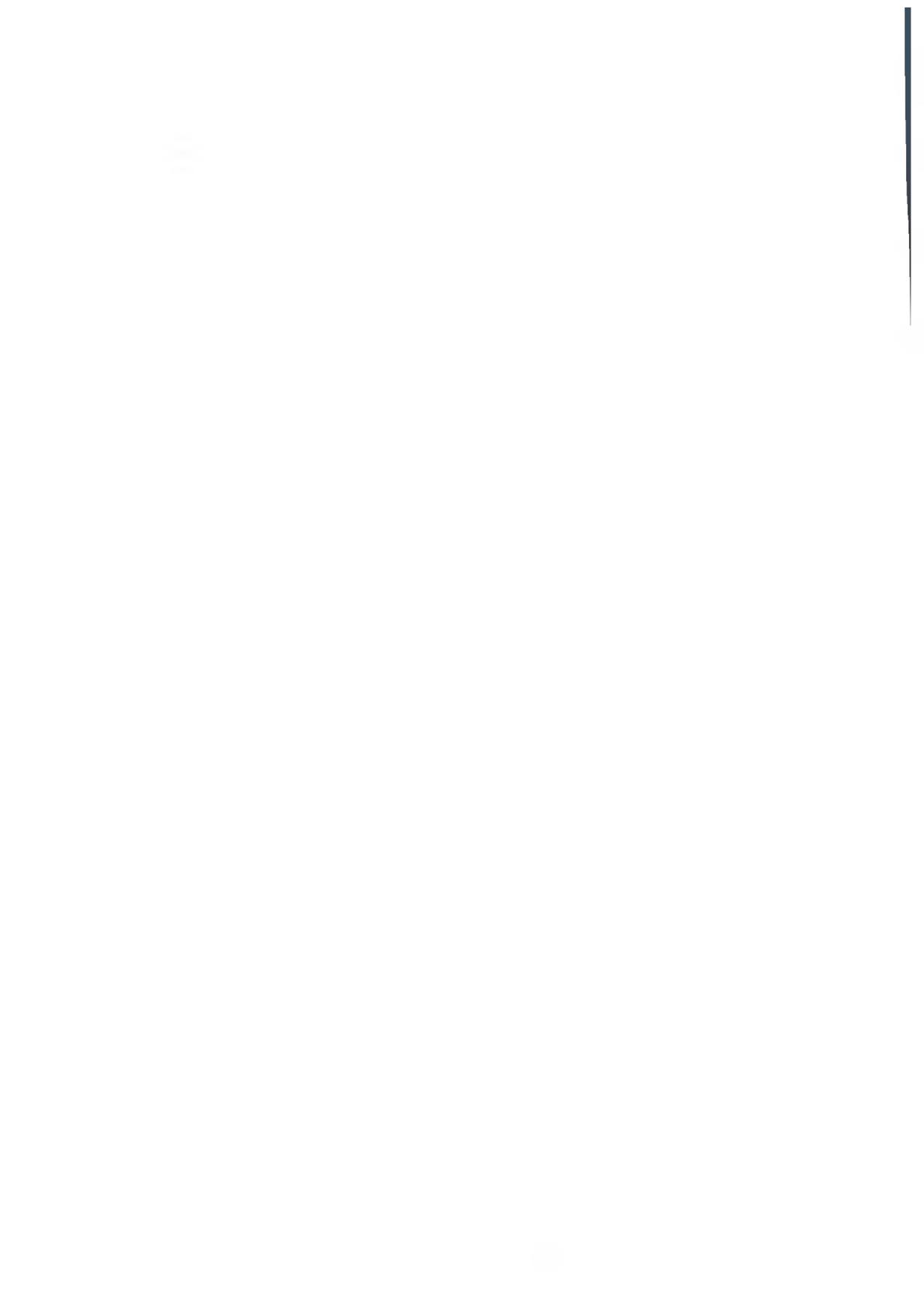
7. En cuanto a la norma del art. 888 del C. Civil, que dispone. “Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma”, la interpretación del fallo de casación señala que tratándose de una prescripción ha debido alegarse accionando y que no procede respecto a la servidumbre de tránsito, por ser ésta discontinua e inaparente.

8. Es efectivo que, según jurisprudencia reiterada, la prescripción adquisitiva debe alegarse por vía de acción y no de excepción (RDJ, t. 96, sec. 1ª, pág. 26), pero también lo es que el fundamento de esa doctrina radica en que, al alegarse tal prescripción, se hace valer un derecho real cuyo reconocimiento se solicita, situación muy diferente al caso del art. 888 del C. Civil, en el cual sólo se trata de reconocer un hecho: “el modo particular de ejercer la servidumbre”, de manera que nada impide oponer una excepción al respecto.

9. Finalmente, se ha resuelto que la antedicha prescripción no ha podido alegarse, porque siendo la servidumbre de tránsito discontinua e inaparente, se oponen a ello los arts. 822, 824 y 882 del C. Civil.

Esta interpretación no se ajusta a derecho, porque en el caso del art. 888 no se trata de adquirir el derecho de servidumbre, ya adquirido antes por título, sino de explicitar la forma de ejercicio del mismo, es decir, su posesión, y en ello el Código no distingue entre las diversas clases de servidumbre. (L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 9, pág. 331. Alessandri y Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, ed. 1957, tomo II, pág. 759).







Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad

“Araneda García contra Inspección del Trabajo”
Rol N° 1398.2005; I. Corte de Apelaciones de Temuco

COMENTARIO:

Julio Alvear Téllez

Profesor Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“Temuco, dos de agosto de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 30 y siguientes comparecen don Juan Araneda García y don Jaime Neira Narváez, ambos empresarios de la locomoción colectiva línea N° 8, deduciendo recurso de protección en contra de la Inspección Provincial del Trabajo, representada por su Inspector Provincial don Rodrigo Trullen Jara, fundado en la aplicación ilegal y arbitraria de dos multas por infracciones a la normativa laboral.

Fundan su recurso en que con fechas 10 y 15 de junio de este año, fueron notificados por la recurrida del curso de dos multas por las siguientes infracciones: 1) Efectuar un control ilícito de los conductores Marcos Contreras y Eleazar Ferrada, al constatar que la videocámara instalada tiene por objeto vigilar al trabajador, afectando con ello su derecho a la integridad y honra; 2) No mantener en el establecimiento toda la documentación que deriva de las relaciones de trabajo respecto de los mismos trabajadores.

Infracciones que fueron producto de una fiscalización de fecha 24 de mayo de 2005. Señalan que siendo el servicio de transporte público un servicio público, deben velar por la protección al bien común, prevaleciendo entonces los intereses colectivos por los individuales, es decir, la protección a la integridad física y moral de los pasajeros por sobre el derecho a la intimidad y honra del conductor, la que en todo caso no se afecta con la instalación de una

videocámara, pues su trabajo consiste en una exposición diaria y cotidiana de atención de público.

Agregan que la instalación de las videocámaras tiene como objetivo garantizar la prestación de un servicio en forma eficiente y efectiva y ser idóneo para evitar e inhibir la perpetración de ilícitos por parte de los conductores; pero que jamás como empleadores han hecho un uso abusivo de tal medio. Que tales cámaras están instaladas en la parte delantera del vehículo, al lado izquierdo superior del conductor, captando un radio de acción de aquél, de la puerta de acceso, las primeras corridas de asientos del lado de la puerta y una parte de los asientos detrás del conductor, además los videos son revisados en forma aleatoria en el terminal.

Indican que la aplicación de la sanción por parte de la recurrida se basa en una interpretación subjetiva de la existencia de esas videocámaras, y que no es suficiente para aplicarla.

En cuanto a la segunda infracción, señalan que los fiscalizadores sólo preguntaron en forma genérica al encargado del recinto sobre la documentación laboral y no a la secretaria administrativa, que es la encargada de ella.

Expresan que con la aplicación de tales multas se han vulnerado las garantías constitucionales del artículo 19 N°s 2 y 22, toda vez que arbitrariamente la recurrida es la única en el país que ha aplicado sanciones por el uso de cámaras de seguridad, e ilegal, porque existe una Resolución Exenta N° 677 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones de fecha 05 de junio de 2002 que autoriza el uso de sistemas de registro de imágenes. También los N°s 16 y 21, pues este tipo de prácticas por agentes del Estado atenta contra el derecho al trabajo y a desarrollar una actividad económica en forma tranquila y adecuada, provocándoles graves perturbaciones y amenazas en el ejercicio de las mismas. Y además cree que se vulnera la del N° 1 del mismo artículo, esto es, el derecho a la vida, integridad física y síquica de las personas, de los pasajeros, del chofer, pues ese medio de seguridad permite disminuir e inhibir sustancialmente la comisión de ilícitos.

Por lo anterior es que pide se dejen sin efecto infracciones cursadas por estimarlas ilegales y arbitrarias.

A fojas 77 y siguientes rola informe de la recurrida, quien solicita el rechazo del recurso con costas, manifestando que efectivamente les fueron cursadas multas a los recurrentes, pues en el curso de las visitas inspectivas se constató que las cámaras de video con grabación de audio instaladas en las máquinas de locomoción colectiva estaban destinadas principalmente a la vigilancia del



chofer y el manejo de los valores recaudados, lo que importa un menoscabo a la dignidad y honra de los mismos, no respetándose la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República.

Agrega que la utilización de sistemas de control audiovisual debe necesariamente determinarse a partir de objetivos como la seguridad de los conductores y pasajeros, elementos que no se dan en este caso, infringiendo el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, que establece que el empleador en ejercicio de sus facultades debe hacerlo con respeto a la garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, vida privada y honra de éstos; además los fiscalizadores constataron en terreno que en el establecimiento no se mantenía toda la documentación que deriva de las relaciones de trabajo.

Que lo anterior ha motivado que en reiteradas oportunidades las Cortes de Apelaciones hayan declarado inadmisibles recursos de protección deducidos en estas circunstancias, o rechazarlos, por existir otros mecanismos legales para reclamar de las multas administrativas aplicadas por los Inspectores del Trabajo. Y que en este caso lo que pretende el recurrente es evitar llevar el asunto a la sede judicial idónea, de lato conocimiento, eludiendo lo dispuesto en el artículo 474 del Código del Trabajo, que consagra el reclamo judicial por ello. Señala que en todo caso es la Dirección del Trabajo el órgano del Estado al que se le ha encomendado la fiscalización del cumplimiento de las legislación laboral y en el ejercicio de estas potestades están facultados para aplicar multas si producto de las gestiones de fiscalización resulta haberse infringido la normativa laboral o previsional, rigiéndose por los procedimientos administrativos internos, y para el caso de autos los fiscalizadores han actuado dentro de sus funciones y atribuciones sin existir arbitrariedad alguna.

En cuanto a los hechos, expresa que el día 24 de mayo del presente año, los fiscalizadores se constituyeron en el terminal de la línea 8, constatando que las cámaras no cumplen con la finalidad de dar seguridad a los usuarios y chofer, por cuanto sólo apuntan a la caja y no ofrecen una visión panorámica del bus, generando en los choferes una sensación de sobre vigilancia, además éstos no tienen acceso a la revisión de lo grabado.

Que respecto de las supuestas garantías vulneradas, señala que no puede sostener que la actividad fiscalizadora ponga en riesgo la vida o integridad física o síquica de los usuarios o comprometa el derecho a la libertad de trabajo o a desarrollar cualquier actividad económica; en cuanto a los N°s 2 y 22 del artículo 19, indica que la Dirección del Trabajo no sostiene ni ha sostenido la prohibición del uso de sistemas de control audiovisual, sino que lo ha reglamentado para dar acertada protección a las legítimas garantías a que tiene derecho todo trabajador.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1º. Que esta Corte desestimaré la acción deducida por estimar que no ha existido arbitrariedad ni ilegalidad por parte de la recurrida al aplicar multas a los recurrentes.

2º. Que, en efecto, las multas fueron aplicadas porque los recurrentes instalaron cámaras de video y audio en los microbuses de su propiedad con el fin de controlar a los conductores, afectando con ello su honra e intimidad, lo que constituye un control ilícito de los trabajadores, según lo establecido en el inciso primero del artículo 5º del Código del Trabajo. Si las cámaras hubieran estado acondicionadas para grabar en forma panorámica todo lo que ocurriera en el microbús (subidas y bajadas de pasajeros u otros acontecimientos), podrían ser admitidas, porque su finalidad sería proteger la seguridad de los pasajeros y conductor, como sucede en ciudades como Santiago y Concepción; pero no es el caso, ya que en el presente las cámaras tienen el exclusivo objeto de controlar al conductor en el corte de boletos y manejo de las platas, atendido el reducido enfoque de sus lentes y al hecho que también graban el audio.

3º. Que todo lo expresado consta de los antecedentes acompañados al proceso y en especial las transcripciones de algunas grabaciones que rolan de fs. 62 a 65 y por lo que no cabe concluir sino que se sancionó el proceder ilícito de los recurrentes al realizar acciones prohibidas por la ley.

4º. Que por otra parte, se acreditó también otra infracción por parte de los recurrentes y que mereció ser igualmente sancionada: no mantener en el lugar de trabajo la documentación de los trabajadores de los empresarios, infracción constatada por el fiscalizador don Claudio Reyes Pilsen, Ministro de Fe de la Dirección del Trabajo. Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 5º del Código del Trabajo; 20 de la Constitución Política de la República; y auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección,

se declara SIN LUGAR el deducido a fs. 30 por don Juan Araneda García y don Jaime Neira Narváez en contra de la Inspección Provincial del Trabajo de Cautín, representada por don Rodrigo Trullen Jara.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Archibaldo Loyola López, quien fue de parecer de acoger el recurso y dejar sin efecto las multas por estimar que su aplicación es arbitraria e ilegal, puesto que la colocación de cámaras de video en un microbús, que es un lugar público, no puede afectar en caso alguno la intimidad del conductor, toda vez que el trabajador realiza diversas funciones al mismo tiempo: conducir el móvil, cobrar el pasaje, permitir la subida y bajada de pasajeros, todo lo cual se efectúa en un ambiente público y a

veces con la máquina recargada de pasajeros, lo que obviamente no permite sostener que la actividad del conductor es privada y menos íntima.

En todo caso, el disidente estima que las cámaras instaladas en los microbuses de los recurrentes tienen una visión panorámica sobre toda la máquina y no exclusivamente sobre el conductor, como se advierte de las fotografías agregadas de fs. 11 a 15, razón por la cual se cumple con la exigencia establecida por la Dirección del Trabajo a este respecto.

Por otra parte no consta en qué lugar el inspector recabó la documentación de los trabajadores. Obviamente la documentación no puede estar en el microbús: ¿a lo mejor en alguno de los dos terminales de la línea o en el domicilio de la empresa? No se sabe, por lo que no puede sancionarse por este concepto. Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro señor Archibaldo Loyola López. Rol N° 1398-2005. Sr. Lillo, Sr. Loyola, Sr. Mellado. Pronunciada por la Primera Sala, integrada por el Presidente señor Lenin Lillo Hunzinker, Ministro señor Archibaldo Loyola López y Abogado Integrante don Fernando Mellado Diez.

En Temuco, a dos de agosto de dos mil cinco notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

Comentario

Una de las misiones más relevantes de los derechos a la honra y a la intimidad consiste en garantizar una esfera de inviolabilidad del hombre frente a los actos invasivos de terceros, en el plano de la identidad personal, sea en cuanto a la propia imagen moral (honra), sea en cuanto a la proyección de la vida privada (intimidad). Lo problemático se produce cuando las conductas invasivas surgen al amparo de un estatuto contractual o legal, y cobran, en consecuencia, apariencias, a veces irrefragables, de juridicidad.

A este propósito, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco dictó con fecha 2 de agosto de 2005 un interesante fallo en materia constitucional de protección,¹ en el que se limitan los medios que puede utilizar un empleador para asegurar el buen desempeño laboral del trabajador, cuando aquellos producen un agravio al ejercicio legítimo de los derechos a la honra y a la intimidad de sus subordinados.

¹ Rol N° 1.398-2005. La Corte Suprema tuvo por desistido el recurso de apelación contra esta sentencia, con fecha 25 de agosto de 2005, Rol N° 4.052-05.

En el caso sub lite, el empleador, empresario de locomoción colectiva, decidió instalar cámaras de video y audio para controlar a sus conductores durante el desempeño de su jornada laboral. La Inspección del Trabajo, en uso de las facultades fiscalizadoras, le aplicó la sanción de multa por control ilícito de los trabajadores, según lo establecido en el inciso primero del artículo 5º del Código del Trabajo. El empleador entonces recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, sosteniendo que la institución fiscalizadora actuó de manera ilegal y arbitraria, pues la decisión adoptada es razonable, teniendo en cuenta la falta de inmediatez que tiene con sus trabajadores, por la naturaleza propia de la labor desempeñada. Además, dicha labor se ejecuta de suyo de manera abierta al público, por lo que puede ser objeto de captación de imagen y sonido, sin perjudicar los derechos constitucionales de los afectados.

El Tribunal desestimó el recurso, con un voto disidente, que estuvo por acogerlo.

En los considerandos de la sentencia en cuestión, la Corte estima que no ha existido arbitrariedad ni ilegalidad por parte de la recurrida al aplicar multas a los recurrentes. Sostiene que *“si las cámaras hubieran estado acondicionadas para grabar en forma panorámica todo lo que ocurriera en el microbús (subidas y bajadas de pasajeros u otros acontecimientos) podrían ser admitidas, porque su finalidad sería proteger la seguridad de los pasajeros y conductor, como sucede en ciudades como Santiago y Concepción; pero no es el caso, ya que en el presente las cámaras tienen el exclusivo objeto de controlar al conductor en el corte de boletos y manejo de las platas, atendido el reducido enfoque de sus lentes y al hecho que también graban el audio”*.

Y si se atiende a *“los antecedentes acompañados al proceso y en especial las transcripciones de algunas grabaciones” (...)* no cabe concluir sino que se sancionó el proceder ilícito de los recurrentes al realizar acciones prohibidas por la ley”, en cuanto vulneran la honra y la intimidad de los trabajadores.

El fallo hace valer también otro elemento de arbitrariedad que confirma, en su conjunto, el proceder antijurídico del recurrente. En efecto, *“se acreditó también otra infracción y que mereció ser igualmente sancionada: “no mantener en el lugar de trabajo la documentación de los trabajadores de los empresarios”*.

Sin embargo, no todo es tan claro. En el voto disidente, el Ministro que lo formula manifiesta su opinión de acoger el recurso y dejar sin efecto las multas. Expone que la aplicación de éstas es *“arbitraria e ilegal, puesto que la colocación de cámaras de video en un microbús, que es un lugar público, no puede afectar en caso alguno la intimidad del conductor, toda vez que el trabajador realiza diversas funciones al mismo tiempo: conducir el móvil, cobrar el pasaje, permitir la subida y bajada de pasajeros, todo lo cual se efectúa en un ambiente público y a veces*

con la máquina recargada de pasajeros, lo que obviamente no permite sostener que la actividad del conductor es privada y menos íntima”.

En todo caso, el disidente estima *“que las cámaras instaladas en los microbuses de los recurrentes tienen una visión panorámica sobre toda la máquina y no exclusivamente sobre el conductor, como se advierte de las fotografías agregadas de fs. 11 a 15, razón por la cual se cumple con la exigencia establecida por la Dirección del Trabajo a este respecto”.*

Y a mayor abundamiento, sostiene que *“no consta en qué lugar el inspector recabó la documentación de los trabajadores. Obviamente la documentación no puede estar en el microbús. ¿A lo mejor en alguno de los dos terminales de la línea o en el domicilio de la empresa? No se sabe, por lo que no puede sancionarse por este concepto”.*

Si comparamos el parecer mayoritario de la Corte con el voto de disidencia, debemos deducir, al menos, dos supuestos de discordancia:

- a) Uno, de iure, respecto de la tipología de lo que constituye el supuesto esencial de la intervención ilegítima a la honra y la intimidad.
- b) Otro, de facto, que se refiere a la existencia misma de los fundamentos de hecho que sirven de sustento al recurso.

Analicémoslas, por separado.

a) Determinar en abstracto cuál es la sustancia de la intervención ilegítima que produce el agravio constitucional de la honra y de la intimidad no es tarea de la jurisprudencia sino de la doctrina. Pero es función de la primera manejar un concepto apropiado de estas dos realidades jurídicas, que le permitan, en la práctica, delimitar bien el campo de lo invasivo a tales derechos.

En este sentido, se echa de menos, en el voto de mayoría, una mayor precisión en lo que la honra y la intimidad implican como derechos fundamentales, más allá de las exigencias propias del estatuto jurídico laboral. La mirada constitucional es una visión que parte de la noción de persona y su dignidad, lo que es previo a la calidad de ser “trabajador” o estar ligado por un vínculo laboral.

A mi juicio, es acertada la decisión que toma el voto de mayoría, al suponer que en el caso presente se está violando el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política. Pero, el “quid” de lo que hay que fundamentar no queda claro. De ahí la argumentación contraria del voto de minoría.

Todo proceso que implique mantener un control permanente, directo y pre-fijado a la manera particular en que cada persona realiza su propio trabajo de

acuerdo con un contrato viola de suyo la intimidad. La relación laboral exige servicios personales, pero el modo propio, único, irrepetible, en que cada ser humano ejecuta en el tiempo ese servicio no es susceptible de ser invadido con métodos tecnológicos. Puede el empleador formular un juicio a priori de las capacidades de la persona o a posteriori de su desempeño, y decidir su contratación o la permanencia o término de los vínculos contractuales creados, de acuerdo con la legislación vigente. Pero el *modo* de exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas no puede nunca implicar una lesión a esa esfera que llamamos intimidad.

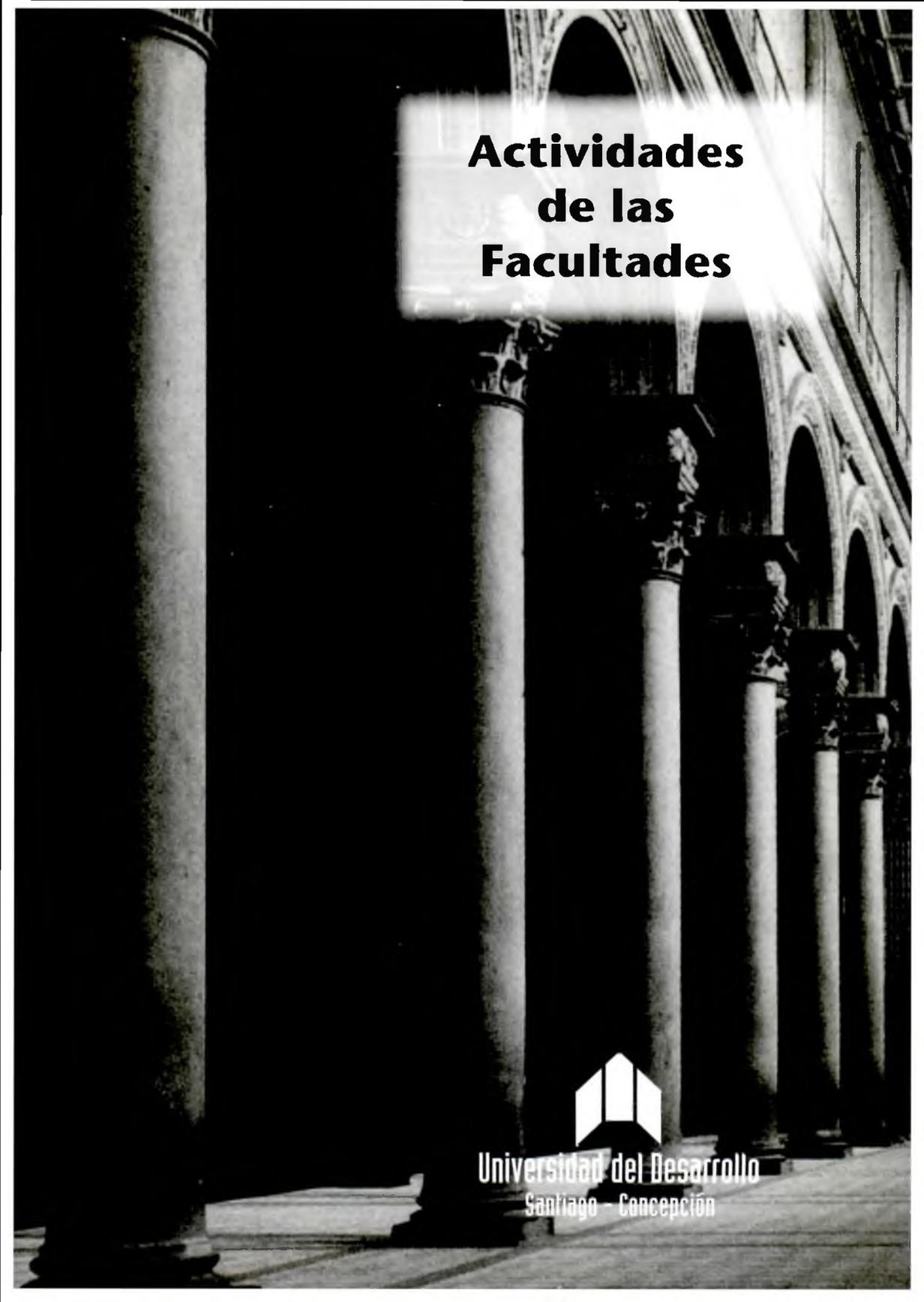
Es menos clara la manera en como se afecta en este conflicto el derecho a la honra. La sentencia de la Corte de Temuco no lo distingue de la intimidad, cuando en realidad son derechos claramente diversos que comportan tipos de invasión asimismo netamente diferenciados. El uso indiscriminado que pueda hacer el empleador de las cintas de video puede eventualmente caer en una tipología violatoria de la honra, pero no parece manifiesto.

En cuanto al voto de minoría, el supuesto de que una actividad se realice abierta al público no excluye el que la intimidad de quien la realiza no pueda ser violada. Son conceptos distintos, que se identifican aquí sin mayor justificación.

b) En la apreciación de los elementos fácticos que sirven de base para la reclamación constitucional en curso, los sentenciadores discrepan radicalmente. El voto de mayoría sostiene, como vimos, que las cámaras instaladas *"tienen el exclusivo objeto de controlar al conductor en el corte de boletos y manejo de las placas, atendido el reducido enfoque de sus lentes"*. Y el hecho de querer *"grabar también el audio"* comprobaría tal intención. El voto de minoría en cambio hace ver que *"las cámaras instaladas en los microbuses de los recurrentes tienen una visión panorámica sobre toda la máquina y no exclusivamente sobre el conductor"*, y ello se puede deducir de las fotografías que se acompañan al tribunal.

Sin embargo, el propio organismo fiscalizador, que fue un testimonio abonado, apreció en sus circunstancias, el carácter lesivo de las instalaciones del empleador, y estimó que violaban la ley. Por lo que parece más prudente utilizar las prerrogativas de la jurisdicción constitucional, para zanjar el asunto en pro de los derechos del artículo 19 N° 4.

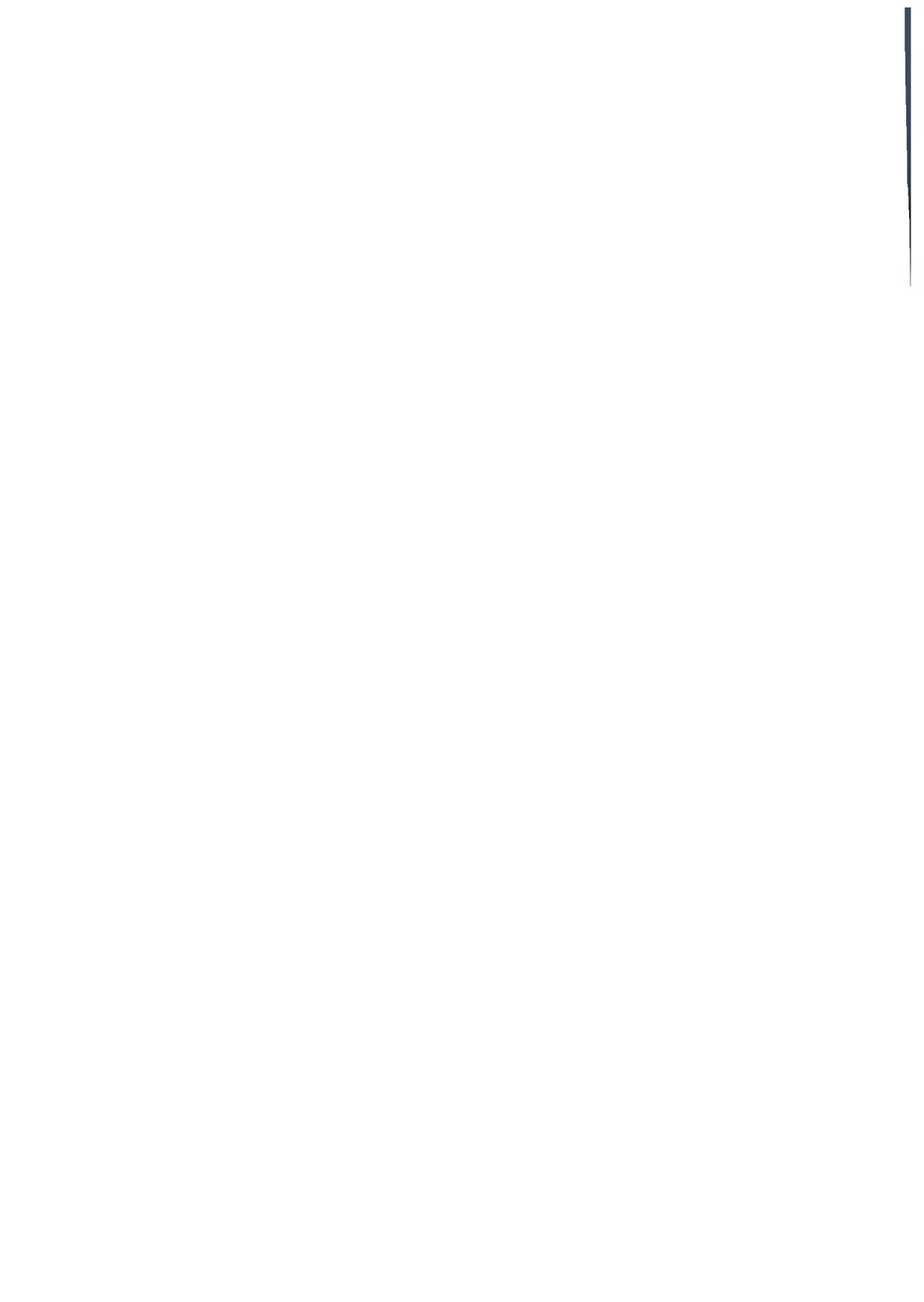
En conclusión, aplaudimos lo decidido por la Corte de Apelaciones de Temuco, aunque hubiéramos esperado un mayor desarrollo de los elementos conceptuales de la honra y la intimidad, a fin de facilitar la tan importante delimitación jurisprudencial de las tipologías de sus intervenciones ilegítimas, que es lo que constituye el supuesto mediato de la cuestión constitucional más relevante del fallo.



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Segundo semestre 2005

Andrea Fraga Yoli

Coordinadora de Carrera

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección, como ya es tradicional, se encuentra destinada a sintetizar las actividades más destacadas desarrolladas por nuestra Facultad durante el segundo semestre del período académico año 2005.

I. Actividades de la Facultad

- **Lanzamiento de recopilación sobre II Curso de Actualización Jurídica**

Después del gran éxito y alta concurrencia que tuvieron las II Jornadas de Actualización del Derecho Civil, realizadas durante el 1^{er} semestre, cuyo tema central fue el análisis y desarrollo de las Principales Teorías del Derecho Civil Moderno, nuestra Facultad editó un libro que contiene in extenso las ponencias de cada uno de los expositores que participaron en estas jornadas de gran interés académico. De esta forma, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo cumple cabalmente su rol académico y su compromiso con el conocimiento, estudio e investigación del Derecho en nuestro país, manteniendo un sitio de liderazgo en estas materias.

- **Visita de profesor suizo Gabriel Aubert**

A fines del mes de agosto, tuvimos el honor de ser visitados por el renombrado profesor suizo Sr. Gabriel Aubert, quien es Doctor en Derecho, profesor en la Universidad de Ginebra en Suiza, profesor de retórica y experto en derecho laboral europeo internacional y comparado.

En dicha ocasión se organizó un amplio programa de actividades en las que intervino el Sr. Aubert, dentro de las cuales se destacan: la realización de una

mesa redonda en la cual intervinieron especialistas del área laboral, y cuyo tema central fue el análisis de las tendencias del derecho laboral europeo. Asimismo fue muy interesante el cercano encuentro que este distinguido catedrático mantuvo con los alumnos de la carrera, oportunidad en la cual se refirió a los desafíos del abogado en el mundo globalizado, culminando su visita a Chile con la realización de una actividad de extensión abierta al público.

- **Colaboración con Ministerio de Justicia en Programa de Acceso a la Justicia**

El día 24 de agosto, nuestra Facultad participó en la 1ª Reunión de la Red Nacional de Acceso a la Justicia, organizada por el Ministerio de Justicia, la cual contó entre sus asistentes a diversos representantes tanto de las principales Facultades de Derecho del país como de organizaciones de asistencia judicial gratuita.

- **Concurso de ayudantes para el 2º semestre**

Con el propósito de contar con el mejor cuerpo de ayudantes, se realizó durante el mes de agosto un concurso de ayudantes en aquellos ramos que requerían el nombramiento de nuevo ayudante. 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.

II. Actividades de extensión

Con fecha 25 de agosto, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo organizó un seminario de actualización sobre la Reforma Procesal Laboral, cuyo estatuto legal se encuentra en los últimos trámites legislativos.

En dicha ocasión contamos con las intervenciones del profesor suizo Sr. Gabriel Aubert, el Subsecretario del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Sr. Cristóbal Pascal, y del Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, profesor Héctor Humeres Noguera.

En esta oportunidad, los panelistas analizaron la experiencia europea en los juicios laborales y revisaron el nuevo sistema chileno que incluye la Reforma Procesal Laboral, cambios que están significando un trascendental paso en la búsqueda de la eficiencia y de la oralidad en los nuevos sistemas jurisdiccionales.



III. Actividades de profesores

- El día miércoles 30 de noviembre el profesor de nuestra Facultad y Director del Departamento de Derecho de la Empresa, Sr. Héctor Humeres Noguera, participó junto a otros distinguidos especialistas del área laboral, en un seminario organizado por la SOFOFA, a fin de informar al sector empresarial las principales innovaciones que introducirá la reforma laboral en la legislación aplicable.
- El día martes 13 de diciembre recién pasado, la Directora de nuestra carrera, Sra. Cecily Halpern Montecino, abogada especialista en materias laborales, junto a don Héctor Humeres Noguera, realizaron con mucho éxito una interesante charla para el Colegio de Abogados, cuyo tema central fue la nueva justicia del trabajo.
- El día viernes 16 de diciembre pasado, los profesores ayudantes Andrea Fraga Yoli y Hugo Fábrega Vega, expusieron temas relacionados al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en una capacitación a trabajadores, actividad organizada por la fundación Miguel Kast, en Buin.

IV. Actividades de alumnos

- **Premiación de Cámara de Diputados a Tesis sobre Derecho Tributario**

Las egresadas de nuestra Facultad, Srtas Fabiola García y Verónica Corrales, presentaron la tesis "Investigación de las acciones ejecutivas en materia de cobranza interpuestas por instituciones bancarias", a través de la cual recibieron este importante reconocimiento, atendido el mérito e interés de los antecedentes presentados.

- **Visitas prácticas**

Asumiendo la necesidad de efectuar una reforma metodológica en la enseñanza del Derecho, la facultad ha diseñado distintas actividades prácticas en cada uno de los niveles de la carrera, con el objeto de presentarle en terreno al alumno los principales problemas jurídicos que deberá resolver en el ejercicio de la profesión.

Siguiendo con esta iniciativa, el día 15 de julio se realizó dentro de la cátedra de Derecho del Trabajo, una visita de los alumnos de tercer año de la carrera, a las instalaciones de la Empresa Nacional de Aeronáutica ENAER,

oportunidad en la cual fueron recibidos por el Jefe del Departamento de Comunicaciones, Sr. Luis Filippi de Solminihac, quien realizó junto con otros importantes miembros de la empresa, una interesante charla acerca de la forma en que ésta opera, particularmente en el área laboral, abordando los aspectos más generales en materia de contratación. Dicha visita culminó con un recorrido guiado, en el cual los alumnos tuvieron la oportunidad de presenciar el armado de aviones, y observar las normas de seguridad con las que dicha empresa funciona.

Durante el mes de agosto, los alumnos de la cátedra de Derecho Procesal III (4º año de la carrera), a cargo de la profesora Sra. Carolina Coppo Diez, visitaron el nuevo Centro de justicia, pudiendo conocer las instalaciones y presenciar diversas audiencias.

- **Tutorías**

Nuestra Facultad se ha empeñado en brindar una atención personalizada a sus alumnos a fin de conocer de cerca sus principales motivaciones y dificultades en el aprendizaje.

Muestra de ello es la labor que han seguido desempeñando durante el segundo semestre los tutores, quienes se preocupan no sólo del rendimiento académico de los estudiantes, sino que pretenden también ser un importante apoyo en el ámbito personal.

- **Taller de Derecho Romano**

En la cátedra de Derecho Romano (primer año de la carrera), a cargo de la profesora Sra. Ángela Cattán, se trabajó desde comienzos de año en la elaboración de una obra teatral llamada: "El Derecho Romano: ¿una pesadilla?", la cual fue presentada ante un numeroso público el día viernes 28 de octubre en el Aula Magna de la Universidad.

V. Escuela de Postgrado

- **Postítulo sobre Nuevo Proceso Penal**

El martes 8 de noviembre se realizó la ceremonia de Graduación del "Postítulo sobre el Nuevo Proceso Penal", que fue presidida por el Decano de la Facultad, profesor Pablo Rodríguez Grez, y contó con la participación de 16 graduados.



- **Postítulo sobre Actualización en Derecho de Familia**

El día 3 de noviembre pasado fue realizada por el Decano de la Facultad, profesor Pablo Rodríguez Grez, la última clase del "Postítulo sobre Actualización en Derecho de Familia", que contó con la asistencia de los más de 50 alumnos inscritos en el Postítulo.

El Postítulo se dividió en tres módulos temáticos: el matrimonio y la filiación en el nuevo Derecho de Familia; los nuevos procedimientos judiciales en el Derecho de Familia, y la familia a la luz de los nuevos principios.

En ellos impartieron clases todos los profesores del Departamento de Derecho Privado y de Derecho Procesal de nuestra Facultad. El programa contó además con la realización de un Taller Práctico de Simulación de Juicio ante un Juzgado de Familia.

Dado el éxito del Postítulo, se está planificando su segunda versión para el segundo semestre del período académico 2006.

- **Magíster en Derecho de la Empresa 2005**

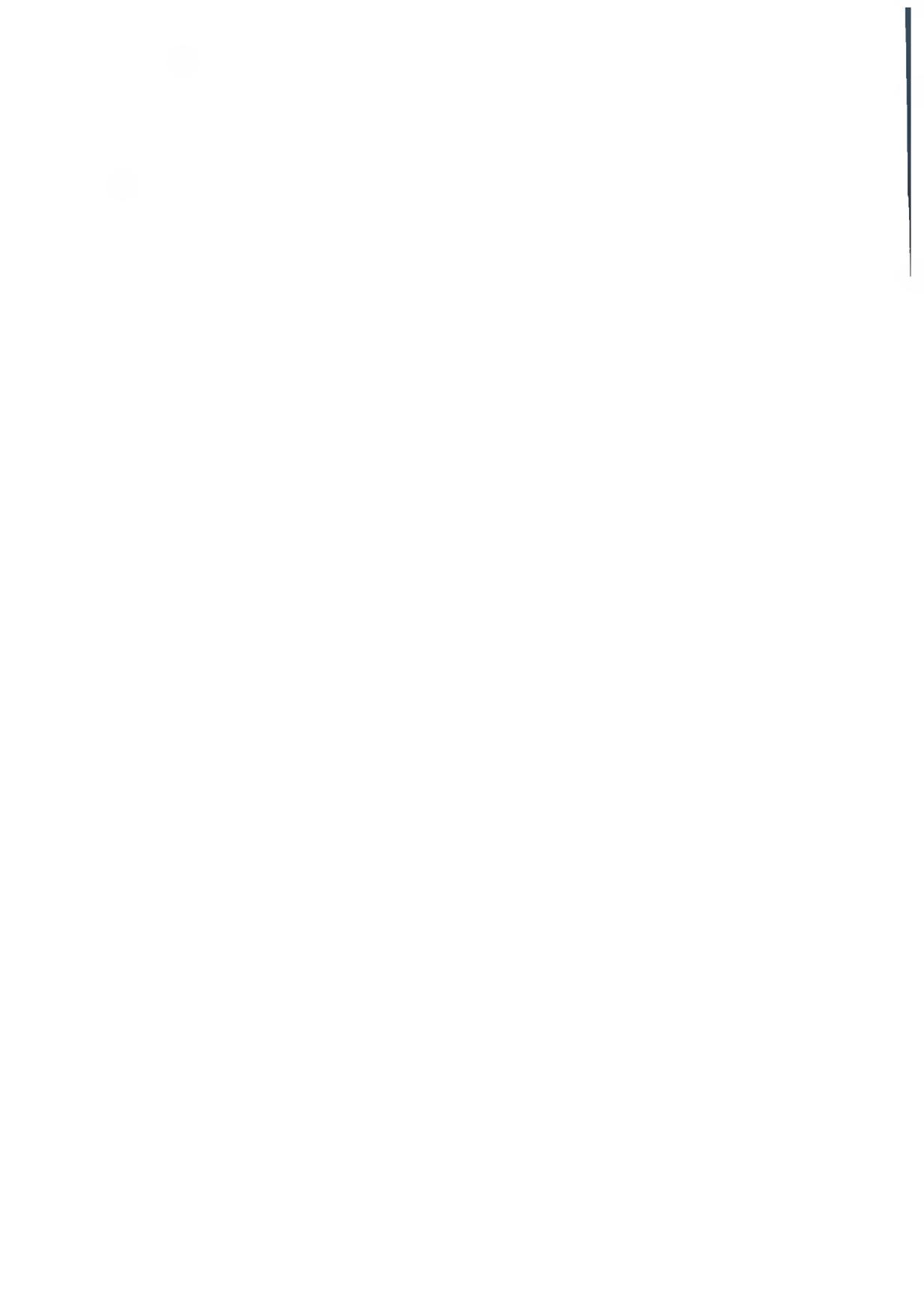
Con éxito y de acuerdo a su planificación se han realizado las clases en el "Magíster en Derecho de la Empresa". Las clases comenzaron en el mes de abril y terminan en enero del año próximo.

El Magíster pretende formar profesionales de alto nivel que sean capaces de abordar y solucionar los problemas que genera la actividad de la empresa en los aspectos legales regulatorios, económicos, tecnológicos y comerciales.

- **LL.M. Executive año 2006 (Master en Derecho)**

La Escuela de Postgrado de nuestra Facultad ya ha lanzado el nuevo Programa de Master para el año 2006.

El LL.M. Executive es un programa de tres semestres de estudio sumamente innovador. Su principal característica es que en cada uno de los ramos y temas a estudiar existirán clases teóricas y prácticas. Las clases teóricas estarán a cargo de reconocidos académicos que aportarán su visión sistemática y sintética de las materias, de manera de dar adecuado soporte y contexto jurídico a los contenidos prácticos, que estarán a cargo de profesionales de gran trayectoria y experiencia. La idea es que quienes egresen del Master puedan dar un salto en su carrera profesional que los ponga a la cabeza de los demás abogados de su generación, permitiéndoles hacerse cargo de trabajos de mayor complejidad y sofisticación.





Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo-Santiago en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados) “Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI”

Sergio Huidobro Martínez

Profesor Ayudante de Derecho Penal

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Teniendo presente que durante el año 2004 nuestra Facultad de Derecho se incorporó al **Capítulo de las Facultades de Derecho de la Federación Interamericana de Abogados**, a raíz de lo cual el profesor de la Facultad, don Luis Bates Hidalgo, así como el suscrito concurrimos, durante el mes de julio del año 2004, a la ciudad de Madrid, a exponer sobre distintos temas en representación de esta Facultad, este año 2005, entre los días 27 de junio y 02 de julio, quien suscribe concurrió una vez más, esta vez a la ciudad de Buenos Aires, Argentina, a participar en la “**XLI Conferencia**” de esta Federación, cuyo Título fue “**Retos de la Abogacía en los Albores del Siglo XXI**”.

Así, y aprovechando la oportunidad que tenemos de escribir sobre lo que fue esta Conferencia de Buenos Aires, nos parece también adecuada la instancia para recordar algunas ideas básicas respecto a qué es la Federación Interamericana de Abogados, así como las razones por las cuales estimamos de una gran importancia el asegurar la participación de nuestra Facultad en las diferentes actividades que desarrolle esta organización en el futuro.

La Federación Interamericana de Abogados (FIA)

La Federación Interamericana de Abogados (FIA) fue fundada el 16 de mayo de 1940, por un grupo de abogados representando a 44 organizaciones profesionales en 17 naciones del Hemisferio Occidental. Actualmente, la FIA representa un foro profesional independiente dedicado al intercambio de informaciones y opiniones profesionales y académicas en el interés del Estado de Derecho de las instituciones democráticas en el Hemisferio Occidental.

Aproximadamente cada doce meses, la FIA celebra una conferencia internacional en uno de los países de las Américas o en España, durante la cual son presentados y discutidos seminarios especiales en temas jurídicos. Paralelamente a esas conferencias, la FIA aprovecha la oportunidad para reunir sus Comités y Secciones Académicas en las cuales constituyen un foro para la presentación de tesis sobresalientes que abarcan temas pertinentes a cada Comité y Sección, y para la discusión e intercambio de ideas de interés a los abogados de las Américas, sus respectivos gobiernos, organismos internacionales y universidades.

Además, la FIA ofrece seminarios en el ámbito regional, cuenta con una activa Sección de Abogados Jóvenes, y participa por medio de observadores especiales en reuniones y conferencias internacionales. Durante la realización de estos seminarios, la FIA organiza eventos sociales con el propósito de presentar y conocer la cultura y comida del país anfitrión.

Objetivos y propósitos de la FIA

En cuanto a los **objetivos y propósitos de la FIA**, se pueden mencionar los siguientes:

- **Establecer y mantener relaciones** entre las organizaciones de abogados, nacionales o locales, en varios países de las Américas;
- **Constituir un foro** para el intercambio de ideas;
- **Desarrollar la ciencia de la jurisprudencia** en todas sus fases y particularmente el estudio del derecho comparado;
- **Promover la uniformidad de las leyes**;
- **Estimular la difusión del conocimiento de las leyes** de los diferentes países de las Américas;
- **Promover el Estado de Derecho y la administración de justicia** mediante el establecimiento y mantenimiento de sistemas jurídicos independientes en todos los países de las Américas;
- **Asegurar de esta manera la preservación y defensa** de los derechos y libertades humanos;
- **Garantizar a los pueblos de este hemisferio el libre ejercicio de sus dere-**

chos civiles y políticos bajo los principios democráticos en que se fundaron estas naciones;

- **Sostener el honor de la profesión jurídica;**
- **Fomentar relaciones cordiales entre los abogados** del Hemisferio Occidental; y
- **Reunirse en conferencias** de vez en cuando para discutir cuestiones de interés para la profesión y para los propósitos de la FIA.

Principales beneficios de la FIA a sus miembros

Por otra parte, los siguientes son algunos de los principales beneficios que esta institución otorga a sus asociados:

Conferencias: La FIA celebra conferencias, aproximadamente cada doce meses, durante las cuales los Comités, las Secciones y el Consejo de la FIA se reúnen separadamente.

Seminarios: Periódicamente se llevan a cabo seminarios regionales en diferentes áreas sustantivas, tales como propiedad intelectual, métodos alternativos de resolución de conflictos, desarrollo del medio ambiente, derechos de la mujer, etc.

Capítulos: La FIA cuenta con Capítulos de Miembros Individuales en diferentes ciudades de América. Algunos de los Capítulos ofrecen almuerzos mensuales con oradores. Por ejemplo, el Capítulo de Washington, D.C. ofrece almuerzos con oradores como Embajadores ante la Organización de Estados Americanos y la Casa Blanca entre otros.

Oficinas disponibles para miembros: La FIA ofrece a los miembros una lista de oficinas disponibles en diferentes ciudades para cuando se encuentren de viaje pueda utilizarlas para llevar a cabo sus reuniones, hacer llamadas telefónicas, enviar faxes a sus oficinas o a sus hogares, etc. También la Secretaría General dispone de una oficina, con servicios de teléfono y facsímil para uso de los miembros de visita en Washington, D.C.

Red de contactos: A través de la Secretaría General en Washington, D.C., la FIA puede proveer los nombres de sus miembros a abogados de diferentes países en las Américas, quienes podrían estar capacitados para resolver preguntas legales o representar a sus clientes.

Boletín Informativo de la FIA: Publicado periódicamente durante el año, contiene información de interés a la profesión y sobre actividades de la FIA y de sus miembros.

FIA-LatPro, Canal de Empleos en Línea: La FIA, en alianza con LatPro, ofrece a sus miembros la posibilidad de recibir una membresía anual completa en el Canal de Empleos en línea de LatPro. Esta alianza les permite a sus miembros buscar empleos en los Estados Unidos y Latinoamérica. Fundada en 1997 LatPro es la fuente líder de empleo para profesionales bilingües de habla hispana/inglesa, portuguesa/hispana o portuguesa/inglesa.

Internet página Web: La FIA cuenta con su propia página de internet en la dirección: <http://www.iaba.org>.

Becas:

- Beca ISDE
- Beca American University

Organización de la FIA: Comités y Secciones

Los siguientes son los Comités y Secciones a través de los cuales se ha organizado la FIA:

Comité I: Derecho Internacional Público y Privado.
Presidente: Mauricio Alvarado, EE.UU.

Comité II: Derecho Constitucional.
Presidente: Fernando Saenger Gianonni, Chile.

Comité III: Derecho Administrativo.
Presidente: Beltrán Gambier, Argentina.

Comité IV: Derecho Civil y Procesal Civil.
Presidente: Beatriz Roxana Martorello, Argentina.

Comité V: Derecho Comercial, Banca y Bolsa.
Presidente: Ulises Montoya, Perú.

Comité VI: Derecho Penal y Procesal Penal.
Presidente: Carlos Corvo, Argentina.

Comité VII: Derecho Militar.
Presidente: Col. Manuel Fernández Supervielle, EE.UU.

Comité VIII: Derecho del Desarrollo y la Integración.
Presidente: Thomas A. O'Keefe, EE.UU.

Comité IX: Educación Legal.
Presidente: Ambrosio Bottarini, Argentina.

Comité X: Derecho Fiscal.

Presidente: Claudio Gomara De Oliveira, Brasil.

Comité XI: Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente.

Presidente: Jayme Vita Roso, Brasil.

Comité XII: Derechos Humanos.

Presidente: Rafael Vásquez De Velasco, Perú.

Comité XIII: El Libre Ejercicio Profesional.

Presidente: Raúl Izurieta Mora Bowen, Ecuador.

Comité XIV: Derecho Laboral y Seguridad Social.

Presidente: Jorge de Presno Arizpe, México.

Comité XV: Propiedad Intelectual.

Presidente: Fernando Javier Sánchez, Argentina.

Comité XVI: Derecho de las Telecomunicaciones, Ciencia y Tecnología.

Presidente: Walter Jay Eidson, EE.UU.

Comité XVII: Práctica de Asesoría Empresarial e Institucional.

Presidenta: Fabiana Lacerca, EE.UU.

Comité XVIII: Derecho Arbitral Internacional.

Presidente: John H. Rooney, EE.UU.

Comité XIX: Derechos de la Mujer.

Presidenta: Marianne Cordier, EE. UU.

Sección Administración de Justicia:

Presidente: Diego Carlos Sánchez, Argentina.

Sección de Facultades de Derecho:

Vicepresidentes: Ulises Montoya, Perú; Fernando Saenger G., Chile.

Sección de Abogados Jóvenes y Estudiantes de Derecho:

Presidente: Juan José Granda, Perú.

Foro Institucional de la Abogacía:

Presidente: Angel Atilio José Bruno, Argentina.

Grupo de Trabajo ad hoc sobre la Corrupción y Lavado de Dinero:

Presidenta: Lucinda Low, EE.UU.



XII Conferencia de la FIA "Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI", Buenos Aires, Argentina (27 de junio al 02 de julio de 2005)

La XLI Conferencia de la FIA se desarrolló en el Hotel Crown Plaza Panamericano de la ciudad de Buenos Aires y fue estupendamente organizada por los miembros argentinos, así como por los funcionarios permanentes de la Federación.

Contó con la participación de gran cantidad de abogados, representantes de países tales como Canadá, Estados Unidos, Panamá, Honduras, Puerto Rico, Costa Rica, Santo Domingo, Haití, El Salvador, Perú, Ecuador, México, Bolivia, Brasil, Argentina, España y Chile, quienes participaron en sus calidades de abogados particulares (pertenecientes a estudios jurídicos y/o empresas), de abogados de organismos públicos y/o de abogados profesores de las distintas Facultades de Derecho inscritas en la Federación Interamericana de Abogados. Además, contó con la participación permanente de numerosos estudiantes de Derecho tanto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como de Puerto Rico.

Las diferentes exposiciones se realizaron, fundamentalmente, entre los días miércoles 29 de junio y viernes 01 de julio (los días 27 y 28 de junio estuvieron destinados a trabajos de los Organos Directivos de la FIA), distribuyéndoselas en los diferentes Comités, según los temas a tratarse. De este modo, y gracias a los programas que se nos hicieron llegar con la debida antelación por los organizadores, nos resultó posible determinar de antemano cuáles eran las que más nos interesaban, así como el salón del hotel y la hora en que se realizarían.

El suscrito, en su calidad de profesor de Derecho Penal de esta Facultad de Derecho, asistió preferentemente a las exposiciones en que se trataron temas relacionados con la cátedra. Entre ellas, nos parecieron de especial importancia el seminario relativo a la Corte Penal Internacional, cuyo título fue "*El Tercer Pilar: Hacer de la profesión jurídica un socio del Sistema de Justicia Penal Internacional*"; así como la exposición denominada: "*El Abogado en los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos: Arbitraje, Negociación y Mediación*".

Seminario Corte Penal Internacional: "El Tercer Pilar: Hacer de la profesión jurídica un socio del Sistema de Justicia Penal Internacional"

Se dio comienzo a este seminario haciéndose una introducción en la que se recordó a los asistentes qué es la Corte Penal Internacional y cuáles son sus funciones principales. Así, se indicó que la Corte Penal Internacional (CPI) es la primera Corte permanente que investigará y llevará ante la justicia a los in-

dividuos, no a los Estados, responsables de cometer las violaciones más graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y, una vez que sea definida, la agresión.

Se agregó que, a diferencia de la Corte Interamericana, que resuelve sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes surgidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la CPI establece la responsabilidad penal individual; y, a diferencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, creados por resolución del Consejo de Seguridad, su jurisdicción no está cronológica o geográficamente limitada.

Se recordó también que la CPI es complementaria a los sistemas de justicia nacionales, actuando sólo cuando los Estados no pueden o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes. De modo que la responsabilidad primaria recae sobre los Estados. Como resultado y actuando en su mejor interés, los Estados deben modernizar sus sistemas penales, tipificar crímenes internacionales y fortalecer la independencia del Poder Judicial, lo que debería tener un efecto positivo en la protección de los derechos humanos a escala mundial, al tiempo de asegurar la mejor cooperación entre los países y la Corte.

Finalmente (dentro de esta etapa introductoria), se insistió en que la CPI no es retroactiva, aplicándose sólo a aquellos crímenes cometidos después del 1º de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A continuación, expusieron diferentes abogados que se desempeñan en diferentes cargos al interior de la CPI o que de alguna u otra manera deben relacionarse con ella. Sin perjuicio de que fueron varios los temas que se expusieron, uno de los puntos en que se puso mayor énfasis fue el relativo a la necesidad de regular en una mejor forma y dar mayores atribuciones a los abogados que realizan labores de defensa ante dicha Corte Penal Internacional. En efecto, varios de los expositores resultaron ser abogados que desarrollan funciones de defensores en dicha Corte, quienes hicieron ver la cantidad de situaciones en las cuales se ven enfrentados a distintos obstáculos para ejercer sus labores de defensa. Señalaron que situaciones de este tipo se trasuntan en una desigualdad de armas frente a esta Corte, que no resulta compatible con el principio básico en materia penal, de presunción de inocencia.

Además de lo anterior, otro punto en el que los expositores también pusieron énfasis –profesores de Derecho Penal del Perú, especialmente– fue en la importancia de tener presente las diferencias existentes entre los conceptos jurídicos que utiliza el “Estatuto de Roma”, frente a los mismos conceptos que utilizan

los ordenamientos jurídicos penales internos de los Estados. En efecto, señalaron, se advierten estas diferencias tanto en la Parte General del Derecho Penal (por ejemplo, el concepto de "dolo" en el Estatuto de Roma sólo se refiere al aspecto cognocitivo, sin considerar el volitivo), como en la Parte Especial (por ejemplo, el delito de "agresión").

Relacionado con lo anterior, el profesor Sr. Juan Portocarrero, del Perú, señaló e hizo notar que en el nuevo Código Penal peruano se ha incorporado un Capítulo Especial destinado al Estatuto de Roma, de modo tal de hacer compatible este cuerpo legal con el Código Penal peruano.

Oídas las exposiciones, y teniendo presente que Chile aún no ha ratificado el Estatuto de Roma,¹ pensamos que sería un interesante trabajo el revisar nuestro actual Código Penal, así como el que ha preparado el Foro Penal, para ver de qué forma se está adecuando nuestra legislación penal interna a los conceptos penales internacionales, de modo de lograrse, en el futuro, una correspondencia entre unos y otros.

"El Abogado en los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos: Arbitraje, Negociación y Mediación"

En esta exposición, la abogada argentina, Sra. María Quintana, expuso a los presentes la forma en que en la República de Argentina está teniendo cada vez mayor preponderancia la mediación en los conflictos penales. Al efecto, basó su exposición fundamentalmente en las ideas que se contienen en su Libro *La Mediación Penal. Una resolución alternativa*.

Este libro toma como base del problema el que cada vez que un individuo genera un conflicto de naturaleza penal tiende a aplicársele el modelo punitivo estatal.² Esto genera que la víctima del delito quede degradada a un dato, a un mero proveedor de información al Estado, de modo tal que en caso de no otorgar esa información, se convierte en infractora a la propia víctima. Todo ello sin contar con que, con mucha frecuencia, pasa a ser el primer sospechoso y, en otros casos, la información al Estado le implica vejámenes y daño psicológico.

Así, indica que el poder punitivo estatal es un modelo de ejercicio de poder para decidir sobre un conflicto, pero no de solución del conflicto, porque, por definición, deja fuera a una de las partes de ese conflicto, que es la víctima.

¹ Según la información que al día 30 de noviembre de 2005 arroja la página web de la Corte Penal Internacional, el Estado de Chile sólo ha firmado el Estatuto de Roma (11-09-98), pero aún no lo ha ratificado.

² Las ideas que se exponen a continuación están tomadas, en su mayor parte, del Prólogo que el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni hizo al libro *La Mediación Penal. Una resolución Alternativa*, ya mencionado.

Para evitar lo anterior, se propone entonces un modelo en el que la víctima recupere protagonismo. Se propone la mediación, entendida no como un modelo penal alternativo, sino como una alternativa al modelo punitivo mismo, que intenta proveer una solución real al conflicto y no un mero ejercicio de poder. A mayor mediación, menor ejercicio del poder punitivo y mayor ejercicio del poder de solución de conflictos por vía de otros modelos.

Sin perjuicio de reconocerse que éste es un campo en el que se están dando los primeros pasos, el profesor Raúl Zaffaroni (que redactó el Prólogo de este libro), da la bienvenida a este tipo de horizontalización en la solución de conflictos, a las vías de solución en reemplazo de los puros ejercicios de poder, haciendo presente, eso sí, que hay ciertas observaciones que no pueden omitirse, por ejemplo, que puedan resolverse por la vía de la mediación casos en que operen verdaderas atipicidades, como el supuesto de lesiones insignificantes al bien jurídico o supuestos de justificación y de inculpabilidad o exculpación. No obstante, las confusiones que puedan presentarse son el resultado normal de una especialización que está naciendo y que, por lo tanto, tiene por delante la difícil tarea de señalar su horizonte como saber.

En fin, la lectura de este libro, que, como señalamos, sirvió de base a la exposición de la profesora Quintana, puede proporcionar una idea del panorama actual de la mediación en materias penales, poniendo también de manifiesto el largo recorrido que queda por hacer.

Estimamos que este tema es de gran importancia, teniendo especialmente en consideración que la Reforma Procesal Penal, recientemente implementada en Chile, recoge la posibilidad de que sean las partes involucradas las que, bajo determinadas circunstancias, puedan llegar a acuerdos a través de los cuales poner término al proceso penal. Así, parecería entonces ser útil conocer más acerca de la mediación, a la que nos hemos referido, de modo tal de analizarse con mayor profundidad la aplicabilidad de la misma en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Para quienes quieran obtener más información al respecto, puede consultarse el libro *Mediación Penal. Una resolución alternativa*, de María Quintana y María Carolina Obarrio, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2004.

Conclusiones

Así, estimamos que la Conferencia fue absolutamente exitosa en todo sentido, teniendo especialmente en cuenta el excelente nivel académico y profesional demostrado por todos quienes expusieron en sus distintos temas.

Estamos además convencidos que es de vital importancia que nuestra Facultad siga asistiendo y participando en estos encuentros anuales a través de sus profesores y alumnos, de modo tal de lograr crear una red de cooperación académica con las Facultades de Derecho de otros países miembros de la FIA, así como para ampliar las posibilidades de que nuestros alumnos puedan postular a las becas que ofrece la institución y/o a los Programas de Intercambio con otras Facultades.

Por último, estamos ciertos que en un mundo cada vez más cercano e inmediato resulta de gran utilidad el que nuestra Facultad participe en organismos de este tipo, que, como se ha dicho, significan una gran cooperación tanto en el mundo académico como en el futuro profesional de nuestros alumnos.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Segundo semestre 2005



Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

En esta sección resumiremos las actividades de extensión desarrolladas por la Facultad de Derecho durante el segundo semestre de este año, así como las actividades docentes del mismo período.

I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2005

Entre los seminarios, conferencias y cursos dictados durante el segundo semestre podemos destacar los siguientes:

1. Seminario "Ley de Acoso Sexual"

A raíz de la dictación de la Ley 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, el día 22 de junio el profesor Luis Lizama Portal, de la Universidad de Chile, dictó un seminario en que expuso el contenido y los alcances de la nueva normativa.

2. Conferencia "Soluciones del Derecho Comparado a los problemas del divorcio, especialmente a las causales y a sus efectos patrimoniales (la compensación económica)"

El día 15 de septiembre de 2005, la Facultad de Derecho tuvo el honor de recibir al profesor Michel Grimaldi, Presidente de la Association Capitant y profesor de Derecho Civil de la Universidad de París II, Panthéon-Assas, quien expuso acerca de las soluciones del derecho comparado, especialmente el derecho francés, a los problemas que ocasiona el divorcio en lo tocante a sus causales y efectos patrimoniales.

3. Conferencia “Garantías Reales y Personales, hacia una Reforma en el Derecho Francés”

El profesor Michel Grimaldi también expuso a los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho acerca del proyecto de reforma al Código de Napoleón del régimen de las garantías mobiliarias e inmobiliarias, proyecto elaborado por una comisión de estudio que él mismo preside. El profesor Grimaldi explicó que se pretende crear un libro IV en el Código Civil francés que reúna el tratamiento de todas las garantías dispersas en el *Code* y las contenidas en leyes misceláneas, actualizando sus normas. Informó que recientemente el Congreso francés aprobó una ley derogatoria de facultades que permitían al Ejecutivo dictar esas normas.

4. Curso “Divorcio y Tribunales de Familia”

A raíz de la entrada en vigencia de la ley sobre Tribunales de Familia, la Facultad organizó un curso en que los profesores Sr. Ramón Domínguez Águila y Sra. María Isabel Eyssautier expusieron los aspectos sustantivos y adjetivos de la materia. El curso tuvo lugar entre el 29 de septiembre y el 7 de octubre de 2005.

5. Conferencia “Tribunales de Familia, Ley 19.968”

A raíz de la inquietud de los alumnos de la Facultad por conocer la ley sobre Tribunales de Familia, la Facultad organizó una conferencia que dictaron la Sra. Carolina Llanos, jueza del Tribunal de Familia de Tomé, y el Sr. Javier Molina, profesor de Derecho Procesal de esta casa de estudios superiores. Esta actividad tuvo lugar el 1º de junio de 2005.

6. Seminario Conmemorativo de los 150 años del Código Civil

Con ocasión de la conmemoración de los 150 años de la entrada en vigencia del Código Civil, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo organizaron conjuntamente un seminario en el cual expusieron los profesores Dr. Fernando Hinestroza, Rector de la Universidad Externado de Colombia, y el Dr. Christian Larroumet, de la Universidad de París II, Panthéon-Assas.

7. Conferencia “Análisis Crítico y Comparativo de las Reformas Constitucionales”

El día 13 de octubre el profesor Sr. Enrique López B. dictó una conferencia en que analizó la Ley 20.050, de 26 de agosto de 2005, que introdujo diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.

II. Convenio con Universidad del Rosario, Colombia

Con gran satisfacción, la Universidad del Desarrollo celebró un convenio marco para el intercambio docente y estudiantil con la Universidad de Nuestra Señora del Rosario, con sede en la ciudad de Bogotá, Colombia. La Universidad del Rosario es la más antigua de Colombia y goza de un gran prestigio, lo que le ha permitido celebrar convenios con las más importantes casas de estudios europeas. Además del convenio marco antes referido, las Facultades de Derecho de ambas casas de estudio superiores celebraron un convenio específico destinado a fomentar el intercambio en el área jurídica.

III. Actividades de los alumnos

1. Viaje de estudios

Los alumnos de tercer año, acompañados por los profesores Javier Molina y Florencia Mosso, desarrollaron un interesante viaje de estudios los días 18 al 20 de julio de este año, que les permitió interiorizarse del funcionamiento de la Corte Suprema, el Congreso, La Moneda y la Academia Diplomática

2. Semana de la Facultad

La Facultad de Derecho celebró su semana entre el 17 y el 21 de octubre con competencias deportivas, un paseo y la tradicional fiesta de clausura.

3. 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 Nicolás Díaz S., Presidente; Rocío García B., Vicepresidente; Valentina Barrera, Secretaria; Jorge Bohle, Relacionador Público.

4. Cena de egresados

El día 28 de septiembre tuvo lugar la ya tradicional cena de egresados, que congregó en un grato ambiente a los 29 últimos egresados de la Facultad de Derecho con sus profesores y autoridades.

IV. Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho

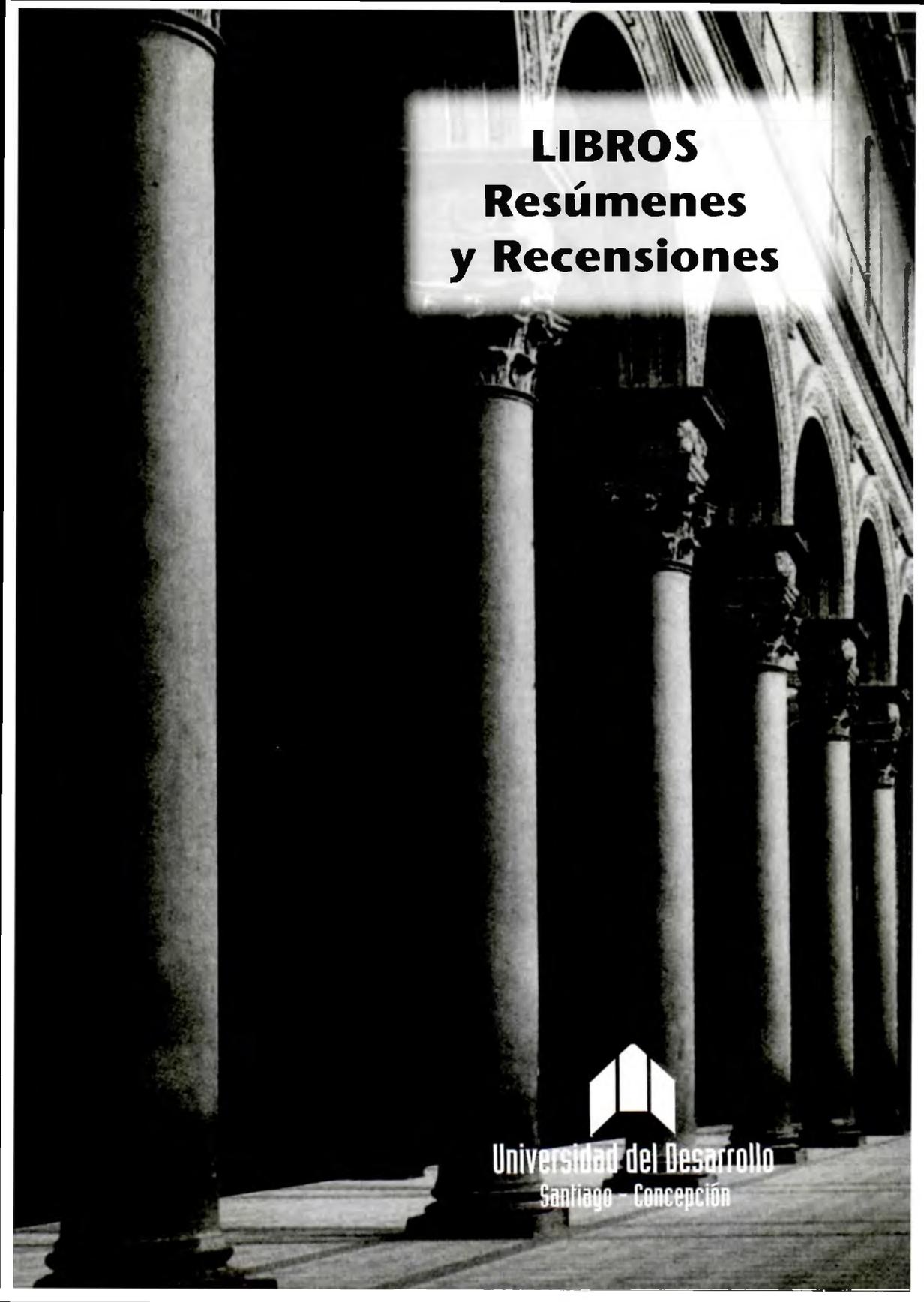
El año 2005 se desarrolló el noveno año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho, con 14 alumnos en el primer año de la quinta

versión del Magíster en Derecho de la Empresa, 29 alumnos de Diplomados y 50 alumnos inscritos en los Cursos de Perfeccionamiento Jurídico. Como ha ocurrido también anteriormente, este año los alumnos del magíster provinieron de distintas ciudades de Chile.

El día 2 de diciembre se efectuó la ceremonia de titulación de los alumnos del Magíster en Derecho de la Empresa. Conjuntamente se realizó la entrega de los diplomas a los alumnos egresados de los diplomados impartidos durante el primer y segundo bimestre del año 2005. Estos fueron los siguientes: "Diplomado en Nuevo Derecho de Familia", "Diplomado en Derecho Penal", y "Diplomado en Derecho Procesal".

En la misma oportunidad tuvo lugar la presentación del cuarto volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa, destinada a la difusión del resultado de las investigaciones desarrolladas por los alumnos de postgrado. En este número se contiene una selección de las tesis presentadas por los alumnos de la quinta promoción del magíster, a saber:

1. "El cumplimiento de la legislación en los sistemas integrados de gestión", Darío Araya Torres.
2. "Nuevas instituciones sobre la factura comercial. Cesión de factura y su mérito ejecutivo", Alvaro Muñoz Berríos.
3. "La responsabilidad civil por productos defectuosos, Derecho comparado, situación actual y nuevas perspectivas legales en Chile", Patricio Gómez Eriz.
4. "Investigación exploratoria sobre la aplicación de la mediación comercial en Chile y perspectivas para su aplicación en la ciudad de Concepción", Pamela Araya Garay.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

12

Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias

De **José Ramón de Verda y Beamonte**

Universidad de Granada, España

Síntesis, Madrid, 2002



COMENTARIO:

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

1. En el Derecho europeo continental se ha generado, durante los últimos decenios, un abundante contencioso y un intenso y profundo debate doctrinario respecto al saneamiento de los vicios ocultos y a las acciones edilicias, expresión bajo la cual se comprende la acción redhibitoria y la estimatoria o de quanti minoris. No deja de causar asombro el que una institución que surgió en los primeros tiempos del derecho romano (su misma denominación evoca los edictos de los ediles), vuelva a ubicarse en el centro de las preocupaciones de la doctrina jurídica en las postrimerías del siglo XX. Los términos de esos avances doctrinarios y sus consecuencias prácticas no han sido difundidos en Chile, lo que nos ha animado a invitar a conocer la obra del profesor De Verda y Beamonte, objeto de esta recensión.

2. El tema se vincula con las acciones de que dispone el comprador insatisfecho con la cosa comprada y, por esa vía, con la tendencia creciente de protección al consumidor. De hecho, la monografía que presentamos, publicada el año 2004, en el N° 12 de la prestigiosa *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, se enmarca en un proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia Español acerca de "La tutela del comprador por los defectos de la cosa".

3. Yendo al fondo, ocurre que el comprador que desea accionar contra el vendedor por los defectos de la cosa dispone de un catálogo más o menos amplio de acciones: las que le confiere la normativa especial de la Ley de Protección al Consumidor (en Chile, arts. 19 y s. de la Ley 19.496, modificada

por la Ley 19.955); las acciones de saneamiento por los vicios redhibitorios (arts. 1857 y s. CC Ch.); la acción resolutoria de derecho común (art. 1489 CC Ch.); la acción de nulidad relativa por error substancial de la cosa (art. 1454 CC Ch.).

4. Se plantea entonces la interrogante en orden a si en esta materia es admisible el cúmulo u opción de acciones, esto es, si es lícito al comprador escoger libremente entre dichas acciones o si, en cambio, cada una de ellas responde a hipótesis distintas y, por ende, tienen un campo de aplicación claramente diferenciado.

5. La pregunta tiene enorme importancia, entre otras materias, en la sanción aplicable y en materia de prescripción. Así, las acciones civiles que confiere la ley de protección al consumidor permiten reclamar no sólo la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada, con indemnización de perjuicios, sino también la reparación gratuita del bien, y prescriben en tres meses, contados desde la fecha en que se haya recibido el producto (arts. 20 y 21 Ley 19.496); la acción redhibitoria, respecto de la cual veremos que se discute su naturaleza rescisoria o resolutoria, prescribe en seis meses respecto de las cosas muebles y en un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo, el cual se cuenta desde la entrega real (art. 1866 CC Ch.); la acción resolutoria de derecho común prescribe en cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible (arts. 2514 y 1515); y la acción de nulidad por error substancial prescribe en cuatro años, contados desde el día de la celebración del acto o contrato (art. 1691). Lo anterior sin perjuicio de las acciones de cumplimiento y de indemnización de perjuicios.

6. Este debate ha tenido repercusiones incluso en la reglamentación de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, en que se zanjaron estas discusiones reuniendo todos los posibles vicios en una sola obligación, conocida como el *deber de conformidad*, esto es, el deber del vendedor de entregar al comprador una cosa conforme material y jurídicamente a la reglamentación contractual, y se suprimió la multiplicidad de acciones que generaban inseguridad jurídica, considerando la no conformidad como un supuesto de incumplimiento, de modo que éste da lugar a las acciones que por regla general concede el incumplimiento, a saber, la de cumplimiento forzado, la resolutoria y, en ambos casos, la de indemnización de perjuicios (Cf. De Verda y Beamonte, José Ramón, "La no conformidad de la Convención de Viena", ponencia en Coloquio Internacional sobre la Terminación del Contrato, U. del Rosario, Bogotá, Colombia, 25 y 26.08.2005, inédito). Subrayamos que el deber de conformidad comprende no solo la conformidad material de la cosa, sino también la conformidad jurídica, en la cual quedan comprendidas las

hipótesis que los derechos internos regulan como la obligación de saneamiento por la evicción e incluso la venta de cosa ajena.

7. La cuestión que acabamos de evocar no es sino una de las múltiples interrogantes respecto a las acciones por vicios redhibitorios que aborda la excelente obra del profesor De Verda y Beamonte, cuestión que recién comienza a plantearse en nuestro país (véase la sentencia de casación de la Corte Suprema de fecha 27.07.2005, en autos "Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Limitada", rol 5320-2003, inédito).

8. La obra que presentamos interesa no sólo a los juristas españoles, que son sin lugar a duda sus destinatarios privilegiados, sino también a los juristas chilenos. En efecto, no debemos olvidar que la normativa sobre vicios redhibitorios del CC español (arts. 1484 y s.) y del CC chileno (arts. 1857 y s.) tienen una fuente común: el Código Civil francés (arts. 1641 y s.), lo que explica la cercanía, por no decir casi identidad, de sus reglas. Por lo mismo, el exhaustivo análisis de la jurisprudencia española que efectúa el autor puede ilustrar nuevas perspectivas y aplicaciones en nuestro medio. Pero hay más, el doctor De Verda y Beamonte se pasea con soltura no sólo en derecho español, lo que es natural dado que ejerce como profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia; sino también en la civilística italiana, ya que obtuvo su doctorado en la célebre Universidad de Bologna; en la doctrina alemana, toda vez que realizó repetidas estancias científicas en las universidades de Freiburg y de München; y en el derecho galo, centrándose su labor investigadora en las universidades de París II y de Burdeos IV. Por lo mismo, nos congratulamos de que el autor tenga cada vez una vinculación más estrecha con Chile, sea como Miembro del Consejo Editorial de la *Revista Chilena de Derecho Privado*, de la Fundación Fueyo, sea a través de sus artículos de doctrina, uno de los cuales aparece publicado en este mismo número de *Actualidad Jurídica*.

9. Desde un punto de vista técnico y metodológico, la monografía tiene la gran ventaja de ser sintética en sus postulados, de modo que el lector puede asimilar en pocas páginas las líneas centrales sobre cada uno de los temas que aborda, permitiéndole profundizar esos contenidos en extensas y documentadas notas al pie, las que no solo contienen la referencia de la obra consultada, sino que también transcriben sus párrafos esenciales.

10. En cuanto a su estructura, la obra está dividida en tres capítulos. El primero está destinado al estudio de la **noción de "vicio"** del artículo 1484 del Código Civil español (léase art. 1858 del CC chileno). En el segundo aborda los **requisitos que debe reunir el vicio para ser relevante a efectos del saneamiento**, a saber, el carácter oculto del vicio, su preexistencia al tiempo de

la conclusión del contrato y el requisito de la gravedad del vicio, así como el plazo para el ejercicio de las acciones. Finalmente, en el tercer capítulo analiza el **fundamento y naturaleza de las acciones edilicias**, refiriéndose sucesivamente a las explicaciones fundadas en el error, en el incumplimiento de obligaciones y en la teoría de la lesión; en este capítulo se refiere también con detalle a la jurisprudencia española acerca del *aliud pro alio*. En los párrafos que siguen destacaremos algunos de los aspectos tratados en dichos capítulos, en una síntesis que, por su simpleza, reconocemos abiertamente ser reductora.

11. En el primer capítulo, bajo el epígrafe “La noción de vicio del art. 1484 del Código Civil –español–”, analiza la noción conceptual y funcional de vicio. Explica que la primera doctrina es denominada “conceptual” “porque se predica un concepto de vicio, con validez general, que atiende al uso normal al que la cosa vendida se destina en el tráfico jurídico, haciéndose abstracción de los concretos propósitos perseguidos por el comprador al celebrar el contrato” (Cf. pág. 25). La noción funcional, en cambio, se caracteriza “porque el vicio no se concibe como un concepto apriorístico (en atención a lo que es habitual en el tráfico jurídico), sino que se determina en función de los específicos propósitos negociales perseguidos por el comprador con la singular celebración del contrato” (Cf. págs. 29 y s.).

12. En el segundo capítulo, titulado “El vicio relevante a efectos del saneamiento”, se analizan sucesivamente los requisitos de los vicios redhibitorios. En relación al **carácter oculto del vicio**, analiza con detalle la influencia del comportamiento precontractual del vendedor en la calificación del vicio como oculto, así como la diligencia exigida al comprador para reconocerlo. En lo que concierne al requisito de la **existencia del vicio al tiempo de la conclusión del contrato**, resuelve la posibilidad de ejercicio de las acciones edilicias por vicios todavía no manifestados, así como la irresponsabilidad del vendedor por los defectos sobrevenidos después de la conclusión del contrato. En cuanto al requisito de la **gravedad del vicio**, analiza la forma de armonizar el ejercicio de la acción redhibitoria propiamente tal, esto es, la que tiene por objeto que se “rescinda” la venta, y la acción estimatoria o de *quanti minoris*, que persigue la rebaja proporcional del precio. Después de un extenso análisis de las fuentes históricas de la regulación, analiza con detalle si, existiendo un vicio grave que impide que la cosa sirva para su uso natural, el comprador está obligado a ejercer la acción rescisoria o si, en cambio, le es lícito reclamar solamente la rebaja proporcional del precio. Finalmente, analiza el **plazo para el ejercicio de las acciones edilicias (redhibitoria y de *quanti minoris*)**, afirmando que se trata de un plazo de caducidad más que un plazo de prescripción.

13. En el tercer capítulo, destinado al “Fundamento y naturaleza de las acciones edilicias”, analiza las diferentes explicaciones que se han dado

para estas acciones. El partido que se adopte en esta materia tiene una importancia fundamental para la solución del problema del cúmulo u opción de acciones a que nos referíamos al inicio de esta recensión.

14. Así, la admisión de una **naturaleza fundada en el error**, conduciría en principio a la incompatibilidad de la acción redhibitoria con la de nulidad por error, conforme al principio de que la regla especial deroga la general. Sin embargo, el autor se encarga de desvirtuar esos postulados y sostiene la compatibilidad de ambas acciones. Para arribar a esa conclusión destaca, entre otros argumentos, que mientras el error substancial conduce exclusivamente a la nulidad, los vicios redhibitorios pueden también dar lugar a la reducción parcial del precio, lo que implica una modificación unilateral del contrato.

15. Otros encuentran el fundamento de la acción redhibitoria en el incumplimiento de las obligaciones del vendedor y, por lo mismo, le atribuyen la naturaleza de una acción resolutoria. La acción redhibitoria sería, entonces, una acción resolutoria especialmente regulada, con un plazo de prescripción más breve. Esa explicación conduce naturalmente a impedir el ejercicio de la acción resolutoria de derecho común (fundada en el art. 1489 CC Ch.) después que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción redhibitoria, pues de lo contrario el actor dejaría inaplicable toda la normativa especial dictada por el legislador para esos efectos.

Para quien escribe estas líneas fue enriquecedor aprender que, tanto el artículo 1486 del CC español como el artículo 1857 del CC chileno prescriben que la acción redhibitoria conduce a la "rescisión" de la venta. Sin embargo, **mientras la jurisprudencia del Tribunal Supremo y un autorizado sector de la doctrina española identifican la acción redhibitoria con la acción de nulidad (o rescisión), la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrina chilena han entendido tradicionalmente que la referencia a la "rescisión" no es más que un error terminológico del redactor, de tal suerte que no se discute que la verdadera naturaleza de la acción redhibitoria es la de una acción resolutoria.** En otras palabras, mientras el Tribunal Supremo español sitúa los vicios redhibitorios en el período de formación del negocio y, por lo mismo, conducen a su nulidad, la Corte Suprema chilena los ubica en la fase de cumplimiento de las obligaciones contractuales y, por ende, conducen a la resolución.

El profesor De Verda y Beamonte concluye que la acción redhibitoria es distinta de la de resolución por incumplimiento y para demostrarlo distingue según si la cosa vendida es una especie o cuerpo cierto o una cosa genérica.

16. Para aquellos que postulan la **explicación de la acción redhibitoria en clave de lesión**, la institución "es la respuesta del ordenamiento ante el per-

juicio económico que experimenta el comprador de una cosa específica en la que existen vicios ocultos que la hacen inútil o menos valiosa, razón por la cual se le concede la posibilidad de pedir la rescisión del contrato o una rebaja proporcional del precio, con el fin de mantener íntegro el sinalagma y el equilibrio de las prestaciones" (Cf. pág. 230). Es ésta la doctrina que sigue el profesor De Verda y Beamonte, para quien la acción redhibitoria es un caso de nulidad especialmente regulado por la ley, más específicamente, un supuesto de rescisión por lesión, que persigue evitar el quiebre inicial del sinalagma y la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, con el consiguiente perjuicio económico del comprador (Cf. pág. 247). Tratándose de la acción estimatoria, el autor postula que "el reequilibrio contractual se logra atribuyendo al comprador la posibilidad de imponer al vendedor una modificación unilateral del contrato" (Cf. pág. 251).

17. El tercer capítulo concluye con un apartado en que el autor analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha establecido la doctrina del *aliud pro alio* y la forma de armonizar esa jurisprudencia con los postulados esenciales de su obra. Enseña que "la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no sólo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido, sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin al que se la destina, por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestadas por las partes al tiempo de su celebración" (Cf. pág. 258). Es evidente que, con esa doctrina, el Tribunal Supremo español pretende favorecer al comprador que omitió ejercer las acciones edilicias dentro del breve plazo que el legislador estableció al efecto, a saber, de seis meses contados desde la entrega, plazo que se reduce a cuarenta días en las ventas mercantiles y en las ventas de ganados y animales (arts. 1490, 1496 CC español y 325 CCO español), permitiéndole ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento contractual dentro del amplio plazo de 15 años que contempla el art. 1964 del CC. español.

Al concluir estas líneas agradecemos muy especialmente al profesor José Ramón de Verda y Beamonte por habernos permitido difundir por esta vía su obra, con cuya lectura nos hemos deleitado y que recomendamos decididamente consultar.

Indice Revista Ius Publicum N° 15 - 2005

ESTUDIOS

- A. Lobato.** *El relativismo y la nostalgia del Aboluto*
- Julio Alvear Téllez.** *Los derechos del hombre en el Magisterio de Juan Pablo II*
- Patricio Carvajal Ramírez.** *Nota en torno al Ius Naufragii y la libertad de navegación. Observaciones romanistas*
- Felipe Calvo Alvarez.** *Aspectos fundamentales del gobierno político: la virtud, el bien común y la ley.*
- Krystian Complar.** *Peculiar planteo de la dignidad humana en la legislación y la jurisprudencia polacas*
- José Ignacio Martínez Estay.** *Juez y Constitución en el sistema constitucional angloamericano y en la tradición jurídica europeo-continental*
- Jorge Van De Wyngard Moyano.** *Algunas aproximaciones a la reforma constitucional*
- Eduardo Soto Kloss.** *Para inconstitucionalidades ¡Salud! (a propósito de una sedicente "mediación" / Ley N° 19.966)*
- María Lucila Sindic de Santiago.** *Ley 19.966 vista por los ojos de un mediador*
- Ivan Aróstica Maldonado.** *Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno*
- Eduardo Meins Olivares.** *Impugnación de las medidas alternativas a las personas privadas o restrictivas de libertad en el nuevo proceso penal.*

CRONICA

- Aníbal Fosbery.** *Juan Pablo II, Peregrino de lo absoluto*
- J. Card. Ratzinger.** *¡Sígueme! Homilía del Cardenal J. Ratzinger, Decano del Colegio Cardenalicio, en la Misa de funeral de S.S. Juan Pablo II*
- Petronio R.G. Muniz.** *Johannes Paulus II, mediator et arbiter*
- Juan Antonio Coloma C.** *Un simple homenaje*
- Arturo Fontaine Aldunate.** *Elogio del pudor*
- Jesús Ginés Ortega.** *Meditaciones éticas*
- Mauricio Echeverría Gálvez.** *Educación y cultura permisiva*
- Max Silva Abbott.** *Derecho y Bioética*
- Bernardino Bravo Lira.** *Boomerang constitucional. Un retorno de la Constitución escrita a la histórica*
- Gonzalo Rojas Sánchez.** *Recordando la historia*
- Arturo Fermandois.** *Empresas estatales: pecado original*

DOCUMENTOS

- Gonzalo Vial Correa.** *Política reproductiva y totalitarismo*
- Alberto M. Sánchez.** *Un crimen abominable*
- Juan Manuel De Padra.** *Muerte de Terri Schiavo. La eutanasia, del Tercer Reich hasta hoy*
- S.S. Juan Pablo II.** *Evitar toda forma de eutanasia.*
- Antonio Millán Puelles.** *Los trabalenguas del relativismo*

JURISPRUDENCIA

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre _____

Dirección _____

Dirección de despacho _____

Comuna _____

Ciudad _____ País _____

Teléfono _____ Fax _____

Profesión/Carrera _____

Universidad/Instituto _____

Empresa/Institución _____

Giro _____

R.U.T. _____ E-mail _____

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de \$ _____ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 44.000

* No incluye gastos de envío.

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 83
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.



R0020 12



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción