

ACTUALIDAD JURIDICA



Año VII

Nº 15

Enero 2007

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Pugna Generacional
en el Poder Judicial

•

Homenaje a don
Eleodoro Ortiz Sepúlveda

•

Información Privilegiada:
Comentarios de Jurisprudencia



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año VIII, N° 15 - Enero 2007



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

303733

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA

Indice de Contenidos

- **Presentación** 5

Tema central 1: *Pugna generacional*

- **Pugna generacional**. P. Rodríguez G..... 9
- **En búsqueda del consenso**. M. Carroza E. 19
- **Modernización y cambio en el Poder Judicial**. J. A. Muñoz..... 21

Homenaje a Eleodoro Ortiz Sepúlveda

- **Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda** 35
- **¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!** C. Pecchi C..... 39
- **La nulidad formal de la sentencia civil**. M. Rojas S. 41

Ensayos y Estudios

- **La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil**. R. Domínguez A. 83
- **Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales**. J. R. de Verda y B. 93
- **Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil**. R. Celis R. 125
- **La imprevisión**. B. Caprile B..... 141
- **“Acto u omisión ilegal” en el artículo 20, inciso 2º, de la Constitución: ¿una reforma inútil?** E. Soto K. 161
- **De la adjudicación en los contratos administrativos**. I. Aróstica M. 171
- **Ley de responsabilidad penal juvenil**. H. Oberg Y. 181
- **Algunas consideraciones acerca de los principios delimitadores del *ius puniendi* estatal y la expansión del derecho penal**. E. Novoa A. 191
- **Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del bicentenario**. C. Bustos D. 203
- **Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado**. R. F. Campusano/P. Moraga 219

Análisis Jurisprudencial

- **Comentario de jurisprudencia sobre uso de información privilegiada.** P. Rodríguez G..... 239
- **A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada.** F. Pfeffer U..... 255
- **Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario.** J. García E. 297
- **Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable.** J. Pacheco Q. 313
- **Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral.** H. Fábrega V. 325

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** C. Halpern M..... 337
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** B. Caprile B. 341

Libros. Resúmenes y Recensiones

- **"Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho",** de **Pablo Rodríguez G.** J. Alvear T..... 347
- **"¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización",** de **Miguel Ayuso T.** J. Alvear T..... 353
- **"Derecho Internacional Privado",** de **Aldo Monsálvez M.** H. Fábrega V. 357

Presentación

El tema central del presente número de *Actualidad Jurídica* está dedicado a analizar lo que hemos denominado “pugna generacional”.

No es difícil advertir que el mundo ha experimentado en los últimos decenios grandes transformaciones como consecuencia de los avances científico-tecnológicos que invaden todas las manifestaciones de nuestro quehacer, tanto en el ámbito público como el privado. Es asombroso comprobar de qué manera ha cambiado la vida social desde la aparición de la televisión, primero, y de la computación, después. Cuando, enfrentados a la “sociedad de masas”, comenzábamos a creer que sería imposible manejar y administrar a millones de empleados, estudiantes, trabajadores, profesionales y consumidores, aparece la ciencia informática, con tales bríos, que en pocos años copa la mayor parte de las actividades, sustituyendo funciones y creando un nuevo escenario social. No exageramos, porque es innegable que esta realidad se hace evidente cada día, tanto en el plano personal como colectivo. Más allá de los avances tecnológicos, pero estimulado por éstos, opera en la comunidad, simultáneamente, una renovación de valores que parecían hondamente arraigados en la conciencia nacional. Ello induce a introducir modificaciones a los derechos público y privado, tanto en el campo sustancial como adjetivo, y a una desenfadada actividad legislativa que parece no detenerse.

Estas incesantes transformaciones traen consigo la necesidad de una respuesta, sino inmediata, al menos oportuna del derecho. Recordemos que la “realización espontánea” (cumplimiento voluntario) de la norma es uno de los pilares del Estado de Derecho y que los órganos encargados de sancionar su quebrantamiento y repararlo, a través de un cumplimiento por equivalencia, están contruidos para casos excepciones y no generalizados. Ahora bien, la “realización espontánea” del derecho es, sin la menor duda, fruto de la concordancia entre los valores que predominan en la sociedad y aquellos que se encuentran institucionalizados en la norma. De aquí que para la subsistencia y eficacia del orden jurídico, es indispensable armonizar el mandato jurídico y el mínimo ético predominante en la colectividad.

En consecuencia, no es inocua la capacidad del sistema jurídico para renovarse cuando los hábitos, preferencias, costumbres, aspiraciones e inquietudes sociales experimentan modificaciones de importancia, como sucede ahora entre nosotros y en casi todas las naciones del mundo.

En este proceso, que se caracteriza por su dinamismo y continuidad, se visualizan enfoques y visiones diferentes y muchas veces contradictorios. Si bien es cierto que este desencuentro ha ocurrido siempre –de generación en generación– no lo es menos que, en este momento, por la magnitud de la revolución tecnológica en que nos hallamos inmersos, ello es un fenómeno más profundo que avizora dificultades difíciles de superar. Los cambios legislativos introducidos en el último tiempo en materia constitucional, penal, civil, administrativa, laboral, internacional, etcétera, permiten prever un choque generacional inevitable cuya proyección nadie puede anticipar. Chile marcha hacia una nueva cultura jurídica, todavía indefinida, que se irá formando sobre bases que recién comienzan a emerger. Debemos, por lo mismo, estar atentos a este fenómeno, interpretarlo y descubrir sus principales lineamientos.

Esta realidad, que con creciente preocupación creemos advertir, obliga a reflexionar, analizar las fuerzas que la condicionan y conocer, en la medida de lo posible, sus proyecciones. Lo nuestro, entonces, no es más que un llamado que anticipe la urgencia de salir al encuentro de un problema que, en los próximos años, será fuente de conflictos y discordias en desmedro del prestigio del derecho como ciencia social.

Hemos querido, además, rendir a través de estas páginas un sentido homenaje al profesor don Eleodoro Ortiz Sepúlveda, que desempeñara hasta su muerte la cátedra de Derecho Procesal en nuestra Universidad. Sus grandes condiciones docentes, su amor por la disciplina que abrazó desde joven, la experiencia que acumuló al desempeñar las más altas funciones judiciales, hicieron de él un maestro excepcional, dejando en cada uno de nosotros un recuerdo imborrable que perdurará como compromiso de excelencia y de amor por el derecho. Chile pierde con él no sólo a un juez integérrimo, justo y humano, sino a un maestro de selección que entregó a la juventud sus mejores esfuerzos y esclarecido talento.

EL DIRECTOR



Tema central
**Pugna
generacional**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Pugna generacional

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. El estado de “guerra política”

Es indudable que la humanidad avanza a medida que las generaciones se van sucediendo en el acontecer histórico. Cada una de ellas tiene preferencias y valores propios que son fruto de las ideas, las ideologías y las convicciones políticas, sociales, económicas y filosóficas predominantes. Los procesos colectivos, con todo su bagaje de experiencias, avances y retrocesos, son los que, en definitiva, determinan este fenómeno. La cultura –entendida como el conjunto vital de ideas de cada tiempo– es esencialmente dinámica y evoluciona imprimiendo carácter a cada etapa histórica. De aquí que resulte muchas veces asombroso observar de qué modo han cambiado los hábitos y las costumbres. Lo que ayer se condenaba severamente, hoy se celebra como expresión de libertad, progreso e independencia.

Para comprender mejor lo que sucede debe tenerse en consideración el “estado de guerra” descrito por Hobbes en el LEVIATÁN, conforme al cual toda conducta era legítima (cuando se trataba de la conservación personal, del núcleo familiar o de la propiedad).¹ Gracias a la fundación del Estado y el ingreso del hombre a la “era jurídica”, advino un “estado de guerra política” que se expresa en la lucha por la conquista de las potestades (constituyente, legislativa y judicial). Son estas últimas las que condicionan el ejercicio efectivo de poder.

¹ A este respecto Thomas Hobbes sostiene que “es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se halla en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos”. Más adelante identifica la INJUSTICIA como el “incumplimiento de los pactos. En consecuencia, lo que no es injusto es justo”. Culmina este planteamiento sosteniendo que “Ahora bien, como los pactos de mutua confianza, cuando existe el temor de un incumplimiento por cualquiera de las partes, son nulos, aunque el origen de la justicia sea la estipulación de pactos, no puede haber actualmente injusticia hasta que se elimine la causa del temor, cosa que no puede hacerse mientras los hombres se encuentran en la condición natural de guerra. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de los pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado.” Thomas Hobbes. LEVIATÁN. Fondos de Cultura Económica. México. 2003. Pág. 118.

Quien detenta la titularidad de estas potestades es el llamado a dominar, ya no a través de la fuerza bruta como ocurrió en un remoto pasado, sino a través de la dictación de normas que determinan nuestra conducta, fijándose las sanciones y gratificaciones que corresponden a cada cual. Hay que tener siempre presente que la fuerza, en lo que hemos llamado "era jurídica", es monopolio del Estado y está destinada, única y exclusivamente, al cumplimiento de las normas que rigen nuestra conducta social.

Refiriéndose a la fundación del Estado, Hobbes dice:

"El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defendernos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándonos de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra pueden nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquier cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. **Esto es más que consentimiento o concordia; es unidad real de todo ello en una misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombre mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa".²**

De aquí que la coerción sólo sea atributo del derecho. Lo anterior nos ha llevado a sostener que el derecho, en última instancia, no es más que **fuerza institucionalizada**. La fuerza con que se imponía en aquel remoto pasado quien era capaz de hacerse obedecer por los demás, es la misma en el día de hoy, sólo que ella (la fuerza) se ejerce dominando las potestades normativas (por medio de las cuales se obliga a todos los imperados). Hemos avanzado, ciertamente, porque vivimos en un medio gobernado por las normas –preexistentes, conocidas y que, por lo general, se cumplen– de modo que la fuerza

² Thomas Hobbes. LEVIATÁN. Fondo de Cultura Económica. México. 2003. Págs. 140 y 141.

no se emplea arbitraria y discrecionalmente por la autoridad política, sino en función del mandato normativo. Este avance es trascendental en la vida social y coloca al hombre en una situación de evidente superioridad moral y cultural. Por otro lado, si la norma surge de una cierta "transacción social", a la cual no son absolutamente ajenas las grandes mayorías, al menos teóricamente el poder es compartido y no absoluto.

La lucha por el poder, en el día de hoy, en las naciones democráticas, se da, fundamentalmente, a través de los procesos electorales, con todas las insuficiencias, defectos y abusos que ellos provocan. Es aquí en donde resurge el viejo enfrentamiento, pero, en todo caso, en términos más civilizados y pacíficos. Quizás esto explique la vehemencia y pasión con que se disputa el poder y los excesos a que conduce. Pero, en verdad, la propaganda ha sustituido al garrote, la dádiva (por no decir el cohecho) a la amenaza, la promesa al temor. Somos más civilizados, pero no somos tan diferentes como presumimos. La democracia sólo será fuerte e inexpugnable cuando las mayorías puedan expresarse libremente, con la debida información, sin hallarse cautivos por el poder del dinero, la propaganda, la demagogia y el monopolio partidocrático.

II. El abismo valórico

Lo anterior explica que entre una y otra generación se abra, muchas veces, un abismo, porque las valoraciones, incluso las que parecían más arraigadas, han sufrido en los últimos años una transformación vertiginosa. No puede desconocerse, tampoco, el influjo que ejercen sobre esta realidad los avances tecnológicos, las grandes desventuras y fracasos del siglo XX, y nuevos fenómenos que, como la globalización, han derribado fronteras y extendido usos y costumbres que nos eran desconocidos en el pasado reciente. Recuérdese, a este respecto, la existencia de la llamada "cortina de hierro", impuesta por el estalinismo en la ex Unión Soviética, cuya única finalidad era evitar que el pueblo conociera el nivel de vida de los países occidentales, lo que, por el "efecto de imitación", podía desatar un levantamiento basado en el anhelo de alcanzar los mismos estándares.

La nueva generación, en este cuadro, aparece comprometida con concepciones e instituciones que hasta ayer o no existían o eran objeto de repudio y rechazo. Así, por vía de ejemplo, nuestra generación se formó sobre la base de que el derecho internacional era más una "aspiración" que un sistema normativo válido. Otro tanto puede decirse de las restricciones a la libertad de expresión, que siempre se justificaron en función de la honra de las personas y la estabilidad institucional. Que era justo distinguir entre hijos legítimos e ilegítimos, porque de esa manera se protegía la familia matrimonial. Que el adulterio era

la falta más grave en que podía incurrir uno de los cónyuges, especialmente la mujer, porque incorporaba a la familia "hijos bastardos". Que la sodomía era delito. Etcétera. Sería interminable enumerar todas las diferencias valóricas que acusa el presente respecto del pasado reciente y lo que ello influye en la conducta social.

La lucha generacional, entonces, se da en este marco. No se trata sólo de que los jóvenes, llenos de energías y de urgencias, arrasen con los demás en nombre del progreso y la modernidad. Entre unos y otros hay más que eso, hay valoraciones distintas, las que, a primera vista, parecen no poder armonizarse. Así ha ocurrido siempre y seguirá ocurriendo. Lo que importa, sin embargo, es que se avanza de esta manera, no marchando en forma armónica, sino confrontacionalmente. Cuando la juventud alcanza la madurez se invierten los papeles y son ellos los que deben soportar el embate de la generación que les sucede. La juventud es irreverente, porque está comprometida con "sus" valores y, por lo mismo, constituye un motor para romper las barreras y hacer evolucionar a la sociedad.

Este fenómeno está cobrando mayor fuerza en los últimos tiempos. La diferencia entre unos y otros se hace cada vez más ancha por obra del desarrollo tecnológico y la sobreestimación de la libertad y la conquista de una huidiza felicidad (hedonismo). Comienza, incluso, a evidenciarse una manera distinta de expresarse –y el lenguaje es probablemente el vínculo más sensible para detectar lo que cada generación percibe como esencial–, de apreciar el arte, de valorizar la inteligencia, la lealtad, los fines trascendentes de la vida misma. Lo que señalo se observa en todas las actividades y en todos los estratos sociales. Por lo mismo, no cabe condenar a unos y aplaudir a otros, simplemente, constatar esta realidad.

Siempre se ha planteado, como desafío superior, armonizar la tradición con la revolución, el ímpetu con la experiencia. Curiosamente, sin darnos cuenta, ello sucede soterradamente, porque nadie puede partir de cero, ni siquiera aquellos que han intentado refundar la sociedad. Jaime Eyzaguirre, aquel notable historiador y maestro de mediados del siglo pasado, decía que la humanidad, al igual que el hombre al caminar, levanta un pie siempre que el otro esté firmemente arraigado sobre la tierra. La juventud –impetuosa e irreverente– nada conseguiría sin que la tradición –serena y conservadora– soportara el peso del cuerpo social para permitirle avanzar. Por ende, es absurdo renegar de una u otra fuerza, ambas se articulan e integran para dar impulso y solidez a la sociedad. Obsérvese si no lo que ocurre en Rusia. Luego de 90 años se reivindica a un zar ejecutado por un movimiento revolucionario que aspiraba a derribar, piedra por piedra, un régimen declarado definitivamente muerto.

III. Razones de una lucha generacional más intensa

La lucha generacional promoverá el reconocimiento de nuevos valores, llamados a sustituir a aquellos que hasta hace muy poco imperaban sin contrapeso, será intensa y marcará a fuego este período de nuestra historia. Lo que digo se funda en la circunstancia de que la legislación no ha logrado recoger las nuevas preferencias ni interpretar el sentimiento mayoritario de la comunidad. En consecuencia, las aspiraciones colectivas difieren en muchos aspectos de lo que disponen y permiten nuestras leyes. La lucha por la conquista de las potestades (contienda eminentemente política) se intensificará, aumentando el descontento con la tarea de los tribunales de justicia. Estos últimos sólo podrían abordar exitosamente este desafío a través de una **interpretación** (aplicación del derecho) creativa y finalista de las normas llamadas a fundar sus decisiones. Pero son remotas las posibilidades de que tal ocurra. Los tribunales superiores están lejos de sensibilizarse ante esta dramática realidad. El sistema instituido desde hace más de un siglo, que contempla el recurso de casación en el fondo, entregando su conocimiento a la Corte Suprema, apunta a uniformar la interpretación, fijando, de esta manera, los lineamientos que deberían seguir los tribunales inferiores, sin comprometer la "independencia interna" que ampara las tareas propias de los jueces. Lamentablemente, el sistema no funciona en la forma que sería de desear, generándose un desajuste entre la tarea de los tribunales inferiores y superiores de justicia. En otras palabras, falta la orientación especializada y sabia de la Corte Suprema, que, salvo honrosas excepciones, se limita a pronunciar fallos sin mayor trascendencia y proyección jurídicas.

Nuestros jueces no han comprendido –creo yo– que su tarea es esencialmente creativa y que la "**interpretación**" no se limita a desentrañar el verdadero alcance y sentido de la norma. Curiosamente, no hemos descubierto que las normas se cumplen a través de las reglas ("normas particulares" al decir de los autores). La norma, como lo recalca Kelsen, no es más que un marco en el cual se funda la "regla" (mandato particular y concreto). Por lo mismo, la norma se cumple cuando se invoca para "fundar" una regla, esto es, una sentencia judicial, una resolución administrativa, un acto o contrato o el mandato que nos damos nosotros mismos para realizar espontáneamente el derecho (lo que hemos denominado "regla personal, tácita y autocompuesta). La **interpretación**, por lo mismo, es un mecanismo esencialmente creativo, puesto a disposición de los jueces, las autoridades y los particulares para dar cumplimiento a las normas (generales y abstractas).

IV. Facetas de la crisis generacional

La crisis generacional que se avecina tendrá, entonces, dos facetas. Por una parte, enfrentará a jueces y abogados por el reconocimiento, alcance y proyección que debe darse a los nuevos valores incorporados a las leyes (muchos de los cuales, incluso, aparecen difusos y producto de presiones y movimientos de índole política). Por la otra, la carencia de una adecuada tarea interpretativa, capaz de suplir las deficiencias, vacíos y contradicciones que presentan las leyes, impedirá que este fenómeno, por lo menos, se atenúe en su intensidad. A lo anterior debe agregarse un hecho que, ciertamente, se evidenciará con fuerza en el futuro inmediato. Nuestro país, fruto de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (como si hubiera derechos "inhumanos"), ha ido limitando su soberanía, tendencia que, sin duda, aumentará a corto plazo. Lo que resulte de ello es aún desconocido. Pero lo que nadie puede negar es que, en el campo internacional, son las grandes potencias las que imponen sus intereses y puntos de vista y que los países más débiles, por lo general, quedan a merced de los poderosos. Este hecho, por decir lo menos, es desalentador y pone en duda las consecuencias que pueden seguirse para nosotros de la rabiosa adhesión a esta nueva concepción de la justicia y del derecho (supranacionales). Basta apreciar lo que ocurre en Irak y el Medio Oriente para constatar la incapacidad del naciente derecho internacional, los excesos cometidos a su alero, los afanes hegemónicos de las grandes potencias y el desprecio por la igualdad de los Estados.

De lo expuesto fluye, entonces, que nos hallamos ante un hecho natural, propio de cada época, en que una generación impaciente arremete en defensa de nuevos valores y preferencias, con la resistencia de otra generación que debe servir de soporte para mantener la estabilidad y la normal continuidad del cuerpo social. Sin embargo, a este fenómeno deben agregarse hechos inéditos que agravan nuestro diagnóstico: la imposición de valores impregnados de contenido político y la carencia de una jurisprudencia creativa que enriquezca el derecho sin desmedrar el mandato normativo. El panorama, por consiguiente, no es alentador.

V. El gran desafío de hoy

Es indudable que la humanidad ha transitado entre la llamada "era industrial" y la llamada "era tecnológica", como consecuencia de la incorporación a la vida social de un inmenso arsenal de instrumentos y herramientas que ha puesto a nuestra disposición el desarrollo científico-técnico. No es exagerado sostener que ello está provocando una alteración muy profunda de nuestra conducta y comportamiento en todo orden de cosas. La sociedad cambia cada

día, porque también cada día cambia el mundo que nos rodea. Este fenómeno nos ha hecho modificar nuestras preferencias, formular nuevas exigencias, disfrutar de estándares que hace medio siglo eran impensables, privilegiar la eficiencia y el pragmatismo, etcétera. El cambio de que somos testigos trae aparejada la necesidad de **institucionalizar** esta realidad y es aquí, precisamente, en donde el derecho revela su máxima debilidad. Es obvio que no puede la norma anticiparse a los cambios. Estos sólo pueden normativizarse una vez producidos. Cuanto más demore el derecho en hacerse cargo de ellos, mayor es la presión que se genera a su alrededor y también mayor el desprestigio que provoca.

Por ende, el gran desafío que enfrenta el derecho en este momento es encontrar la forma de acelerar la institucionalización de las grandes transformaciones científico-tecnológicas que estamos experimentando e imponer los valores a las cuales todas ellas deben ceñirse. Entiéndase lo que digo. No se trata sólo de recoger los cambios que la "era tecnológica" ha introducido en la vida social. El desafío es mucho más ambicioso. Todos estos cambios deben incorporarse a una "escala de valores" que interprete el sentir mayoritario y que no rompa con nuestra tradición humanista.

No puede perderse de vista que una de las debilidades de la ciencia jurídica (en parte no despreciable por obra del poder político) es, precisamente, su incapacidad para dar oportuna estructura jurídica a las innovaciones que experimenta la vida social. Esta incapacidad se hará más evidente en el futuro inmediato, como consecuencia del avance portentoso de la tecnología y los descubrimientos científicos. Lo anterior puede llevar a la comunidad a cuestionarse el papel que juega el derecho y a buscar otras soluciones que, sin duda, pueden inducir a un retroceso. De aquí la necesidad de hallar en lo inmediato un camino expedito capaz de encarar este desafío con éxito.

VI. La formación del abogado

Finalmente, parte importante de una solución verdadera –que vaya más allá de la definición de la crisis– reside en la formación de los nuevos abogados. En esta materia existen posiciones contradictorias que deberían superarse en provecho del sistema mismo.

¿Qué tipo de abogado necesita nuestro país en este momento? ¿Debe el futuro abogado prescindir de una formación integral y limitarse a conocer una parte o rama del derecho? ¿La especialización debe condicionar las mallas curriculares y proyectarse en desmedro, incluso, de una formación jurídico-cultural? Estas y otras preguntas saltan a la vista.

No se trata, creo yo, de idear fórmulas exóticas y atractivas que hagan pensar que el derecho puede fraccionarse permitiendo la profundización del conocimiento en ciertas áreas y dejando de lado materias que, incluso, se consideran obsoletas. Esta posición pone acento, especialmente, en el campo de la economía, ciencia que requiere ser complementada con una visión jurídica particular capaz de adaptarse a sus continuos requerimientos específicos. Se piensa, entonces, en un "abogado de empresa" preparado para los avatares propios de esta actividad en función de la eficiencia productiva.

Este enfoque adolece de una deficiencia fundamental y grave. El abogado se forma en la medida que consigue comprender el derecho en su totalidad, como sistema, con sus principales instituciones y, sobre todo, aprehendiendo los grandes principios que lo inspiran y que se manifiestan en todo su contenido. Hemos afirmado, por lo mismo, que el norte de la enseñanza jurídica es dotar al estudiante de "**criterio jurídico**", entendiendo como tal la capacidad para encarar cada situación que se le plantee, situarla en el contexto jurídico que nos rige, y proponer una solución o formular un diagnóstico fundado en el ordenamiento normativo vigente. A esta finalidad debería apuntar toda malla curricular. La especialización es una etapa posterior que deben brindar los cursos de postgrado a quienes ya están en situación de dedicarse preferentemente a una rama determinada del derecho. Lo contrario es invertir el orden natural de las cosas o, como suele decirse en lenguaje coloquial, "poner la carreta delante de los bueyes".

Si los abogados carecen de una formación general que les permita estar dotados de "**criterio jurídico**" (en el sentido antes señalado), la lucha generacional será un "diálogo de sordos", porque partiremos de concepciones y premisas incompatibles. De aquí la inmensa responsabilidad que cabe a las universidades en el futuro del "Estado de Derecho". Ya no se trata sólo de la buena o mala preparación de los abogados, sino de condicionar la evolución de las ciencias jurídicas y el papel que le corresponderá en este nuevo siglo. El sistema jurídico no podrá funcionar adecuadamente sino en la medida que jueces y abogados estén bien preparados, conozcan de qué manera funciona el derecho y cuáles son los recursos de que dispone para encauzar a la sociedad. No queremos admitir que el derecho, como sostuvo un autor, es un instrumento que en manos inexpertas, por perfecto que sea, no rendirá frutos verdaderos. Es aquel que se sirve del instrumento el llamado a conseguir de él un resultado gratificante y positivo. Por lo mismo, sobre los abogados, los jueces y demás funcionarios públicos pesa la responsabilidad de aplicar el derecho y darle un uso conveniente, capaz de satisfacer las necesidades y aspiraciones que demanda la comunidad.

Con todo, los desafíos que plantea el escenario descrito son particularmente atractivos. Es indispensable emplear toda la capacidad de los hombres de derecho para hallar el camino más expedito y auspicioso. Veremos, en corto plazo, cómo contribuyen fiscales, defensores públicos, jueces de garantía y jueces orales a la modernización e innovación de la jurisprudencia y cómo se enfocan sus relaciones con los tribunales superiores de justicia. Asimismo, seremos testigos de innovaciones importantes en lo concerniente a la justicia de familia, laboral y, al parecer no demasiado tarde, a la justicia civil. Todo ello estará influido por la "lucha generacional" que suscita la transformación valórica que estamos viviendo, como ha sucedido siempre y seguirá sucediendo mientras el hombre habite el planeta. No se crea, tampoco, que es posible cristalizar ciertos valores y hacerlos definitivos. Todos ellos forman parte de un proceso cíclico que, como un péndulo, nos arrastra de uno a otro extremo. Quizás a esto debemos el avance de la civilización humana y su proyección en el tiempo. Por lo mismo, debemos estar atentos a lo que se está incubando en el seno de la sociedad y a lo cual todos contribuimos sin siquiera percibirlo con precisión.

Los hombres de derecho, en la medida que se perfeccionen y esmeren por estar mejor preparados en el dominio de su disciplina, son los llamados a realizar los aportes más valiosos en esta época de contrastes e innovaciones que ni la mente más fecunda fue capaz de predecir. Para estar a la altura de este desafío se requiere, por sobre todo, agudizar la capacidad creativa y confiar en el derecho como el sistema más perfecto de organización social.

En búsqueda del consenso

Mario Carroza Espinoza

Fiscal Judicial de la
I. Corte de Apelaciones de Santiago
Presidente de la Asociación Nacional
de Magistrados Judiciales

En los últimos años ha crecido la preocupación por la diversidad generacional que se hace evidente en el Poder Judicial, gran parte de las acciones llevadas a cabo por la judicatura evidencian opiniones asimétricas sobre temas internos que afectan nuestra institucionalidad.

Creo, en lo personal, que es conveniente escuchar todas las opiniones, no importa su diversidad, toda vez que debe reconocerse que nuestra judicatura vive un proceso de transformación amplio y variado; un ejemplo de ello lo encontramos en las reformas procesales en el ámbito penal, de familia y laboral, pero si bien ello no deja de ser un intento de modernización incipiente, no nos cabe duda de que es una consecuencia y manifestación concreta de los vientos actuales que soplan en el ámbito judicial; no por nada constantemente se enfatizan temas como la probidad, la ética o la transparencia.

Todos los sectores de nuestra organización han estado en sintonía con este estado de cosas, por lo mismo algunos de ellos impulsan iniciativas orientadas a eliminar instituciones como el sistema de calificaciones o el de la queja, otros piden modificaciones a los procedimientos disciplinarios, y no menos de ellos solicitan un adecuado catálogo de conductas tendientes a establecer la responsabilidad funcionaria o al menos, como en mi caso, a optar por una innovación judicial estableciendo un modelo o arquetipo de ese juez deseado.

La pregunta entonces es de unidad, no podemos circunscribir la discusión a determinados temas, si previamente no analizamos la coherencia de nuestro modelo de justicia, para ello se requiere de un estudio serio y profesional de

nuestra organización, sometido a discusión y crítica de todos los estamentos. Las propuestas que de ellas se generen no pueden llegar a materializarse por un mero acto de autoridad, sino que, por el contrario, debemos buscar caminos para su aceptación racional. Todo es opinable, pero sí creemos que debe existir claridad en los términos en que las ideas se formulan. La comunidad, nuestras autoridades, los medios de comunicación y los diversos grupos del quehacer jurídico, más que preocupación por una mal llamada brecha generacional, deben ser capaces de percibir inquietud y preocupación de los jueces en la modernización de nuestro sistema judicial, con ello se ha optado en consecuencia por el reconocimiento social y se ha descartado de plano la vía corporativa como única alternativa de progreso.

Nuestra mirada corporativa no es la única, los diversos sectores del quehacer nacional deben tener una participación en la discusión, es necesario aceptar dentro del debate el aporte de los otros sectores, ello enriquece la discusión.

Por ello, somos de la opinión que las diferencias generacionales son solamente puntos de vista diversos ante temas que preocupan a la judicatura, los que han permitido generar instancias de reflexión y discusión en nuestro gremio, donde ha primado la prudencia, el equilibrio y la mesura, esto es, la debida proporción que se hace evidente en la imagen de la justicia.

Modernización y cambio en el Poder Judicial

Juan Angel Muñoz

Juez del Tribunal Oral de Viña del Mar

Director de la Asociación Nacional de Magistrados

“El poder de juzgar es independiente, es decir, no hai autoridad que encadene la libertad del majistrado para conocer, con arreglo a las leyes, en el negocio que se somete a su examen, ni para pronunciar la sentencia que fije los derechos controvertidos. Ni el temor de una desgracia ni la esperanza de una recompensa, deben jamás entrar en la balanza que pesa los intereses más caros a la sociedad; i los que tienen a su cargo esta importante regulación deben hallar en el código político una garantía que los ponga a cubierto de las consecuencias que traiga sobre ellos cualquier paso que no sea una infracción de lei en el ejercicio de su ministerio”.

Andrés Bello, en “El Araucano”, 1837.

Aceptando la invitación que nos hiciera el equipo editorial de esta publicación, para referirnos a la modernización y cambio en el Poder Judicial, debo –en primer término– señalar que, sinceramente, agradecemos esta posibilidad de exponer en algunas líneas cuál es el ideario que motivó a un grupo de jueces y juezas para organizarse como una tendencia, en la reciente elección de la Asociación Nacional de Magistrados, y allí presentar una lista que se denominó “Nueva Justicia”. Desde luego, y como primera aproximación, debe decirse que se trata de un grupo de jueces que hemos conformado una tendencia de pensamiento y acción al interior de la Asociación Nacional de Magistrados, entidad que queremos potenciar, reposicionándola en el lugar que –como representante legítimo de la judicatura gremialmente organizada– creemos debe tener.

Con ello queremos dar cuenta de lo que está sucediendo en el anquilosado Poder Judicial (único poder republicano que no ha experimentado cambios sustanciales desde la fundación institucional de Chile) y de las nuevas visiones que se están abriendo paso entre un sector significativo de los jueces, lo cual estimamos relevante que sea conocido por la sociedad toda y particularmente por los actores del sistema legal, de todos quienes depende la creación de un mejor sistema de administración de justicia, lo cual implica la dignificación de las

profesiones legales, su mejor percepción por la sociedad y la prestación de un mejor, eficiente y transparente servicio a los justiciables. Lo anterior, por cuanto, jueces, abogados, asociaciones gremiales e instituciones académicas del ámbito del derecho hemos de aunar esfuerzos para lograr dicho mejoramiento.

Si bien puede parecer extraño –desde la perspectiva de los parámetros habituales– el que se haya formado una tendencia de opinión entre los jueces de nuestro país, no hay nada de inusual en ello si atendemos a la realidad que se observa en otros países, en que no sólo hallamos pluralidad de asociaciones gremiales, sino que también existen algunas con dimensiones políticas, lo cual obedece simplemente al ejercicio de la libertad de asociación. En nuestro caso, valga la precisión, no se trata de una tendencia con un perfil político partidista, sino que con una visión distinta y renovada de lo propiamente jurisdiccional.

Ahora hay que señalar que “Nueva Justicia” sólo es la expresión electoral de una corriente que se ha denominado Jurisdicción y Democracia; tal corriente surgió entre la judicatura joven –fundamentalmente conformada por magistrados que se desempeñan en los tribunales de la Reforma Procesal Penal– y se ha extendido, también, entre jueces que tienen mayor experiencia o trayectoria, todos quienes hemos manifestado aceptar o comprometernos con ciertas ideas o principios que se resumen en el nombre de la corriente referida: Jurisdicción y Democracia.

Nos hemos articulado a lo largo y ancho de Chile y agrupamos a jueces de los distintos ámbitos jurisdiccionales, habiendo presentado candidatos desde Arica a Temuco, siendo relevante hacer presente que en el caso de la Asociación Regional Santiago, todos los miembros de la Directiva pertenecen a esta tendencia. Además, tres de los nueve miembros del Directorio Nacional de la Asociación de Magistrados pertenecemos a esta tendencia; y en los acuerdos adoptados en la última Convención Nacional, realizada el 3 y 4 de noviembre recién pasado, fueron recogidos gran cantidad de nuestros planteamientos, entre los cuales destacan la necesidad de encomendar a una institución universitaria prestigiosa la elaboración de un estudio que proponga alternativas respecto de una reconfiguración institucional del Poder Judicial, que conduzca a proponer reformas legales y constitucionales que aseguren la efectiva vigencia de lo que se denominó allí “*Principios de una judicatura moderna*”. En dicha Convención Nacional se estableció que “*Se aprueban como tales principios, los de independencia, inamovilidad, sujeción al Derecho, responsabilidad, libertad de expresión y asociación, como fundamentos y criterios mínimos orientadores de la estructuración de la organización judicial y el rol del juez en un Estado democrático*”. Además, nuevamente se acordó instar por un rediseño de las normas sobre sistema de calificaciones, ascensos y procedimientos disciplinarios, los cuales

han de ajustarse efectivamente a los principios antedichos, toda vez que los sistemas actualmente existentes no lo hacen.

En esta reciente elección nuestra presencia se destacó, además, por la novedad de los formatos utilizados durante la campaña, en que incluso levantamos una página web (www.nuevajusticia.cl); hubo debates a través de décimas, esto es, mediante payas; pero, también, porque hubo una rica discusión interna, con inéditos debates –en nuestra incipiente cultura electoral– entre las listas participantes, el último de los cuales fue realizado bajo el alero de un establecimiento universitario.

Respecto de quienes conformamos la tendencia, hay que señalar que somos jueces respetuosos y comprometidos con las formas y contenidos propios del sistema de gobierno democrático y republicano. De allí nuestra preocupación por la efectiva vigencia de los derechos y garantías individuales; por el respeto de la Constitución y de la Ley; por la vigencia de la independencia judicial, entendida ella como garantía ciudadana; y, de nuestro compromiso con el asociacionismo judicial.

Nuestra corriente no obedece a un resultado fortuito y, sin duda, que al referirnos a su surgimiento debemos tener en cuenta el contexto histórico en que ella surge.

Luego del restablecimiento del sistema democrático de gobierno se implementaron algunos cambios tendientes a especializar y a institucionalizar la formación que se daba a los nuevos jueces. La creación de la Academia Judicial significó que, por primera vez, existieran cursos específicamente destinados a la preparación y formación de los nuevos integrantes de la magistratura. Esta formación especializada, que además es de postgrado, permitió entregar a sus egresados criterios y elementos de análisis que antes no eran proporcionados a los magistrados, quienes ante todo eran autodidactas.

Sumado a lo anterior, tenemos que se ha producido una progresiva aplicación, en el ámbito nacional, de normas y principios consagrados en instrumentos internacionales, los cuales al ser aplicados en la realidad nacional colisionan con instituciones que no se adecuan a ellos. Dichas discordancias llevan –a quienes las constatan– a buscar una adecuación normativa o a nuevas interpretaciones jurídicas, todo lo cual conlleva al cultivo de un permanente espíritu crítico.

Si, además, se produce un sinnúmero de reformas profundas en la judicatura, tendientes a modernizarla, tales como la reforma procesal penal, la reforma a la judicatura de familia y la inminente reforma a la justicia laboral, no es de extrañar

que quienes se ven envueltos en dichos procesos comiencen a preguntarse por reformas ya no sólo en lo meramente procesal o funcional, sino también en el ámbito estructural, en el ámbito de lo orgánico-institucional, todo con miras a alcanzar mayores niveles de adecuación de la realidad de estas instituciones a los principios del derecho internacionalmente aceptados.

Si se busca un denominador común en los elementos que se han reseñado precedentemente, él se puede encontrar en la siguiente afirmación: quienes formamos Jurisdicción y Democracia estamos convencidos de que es necesario realizar diversos cambios que son acordes con una judicatura sólida, independiente, y efectivamente comprometida con el respeto de las garantías individuales.

Jurisdicción y Democracia nació durante los primeros meses del año 2006, oportunidad en que por primera vez se articuló un grupo de jueces en torno a ciertas ideas. Varios de ellos se habían reunido, primero, en el Instituto de Estudios Judiciales –entidad académica dependiente de la Asociación Nacional de Magistrados– desarrollando algunos de sus proyectos, en tanto otros se habían dedicado a temas específicos, ya en la docencia o en su propio desenvolvimiento laboral. En dichos diferentes ámbitos nos fuimos conociendo o encontrando, y establecimos vínculos que nos permitieron decidir asumir una tarea y organizarnos en pos de ella.

Las ideas que nos aglutinan básicamente se agrupan en tres ámbitos: el rol de juez en una sociedad democrática; defensa de la independencia judicial, desde la perspectiva de ser ella una garantía ciudadana; y una nueva visión del asociacionismo judicial.

Con miras a posicionar estas ideas, a promoverlas y a lograr cambios en la institucionalidad de la judicatura surgió el proyecto de ingresar a la reciente campaña de elección del Directorio de la Asociación Nacional de Magistrados; de ahí surgió “Nueva Justicia”, el nombre con que electoralmente nos presentamos ante los jueces y demás integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial de Chile.

Durante esa reciente campaña una de nuestras candidatas –María Francisca Zapata, quien efectivamente fue elegida miembro del referido Directorio Nacional– en una entrevista señalaba: *“Nosotros entendemos que la independencia judicial no es un atributo personal ni un privilegio del juez, que tengamos que defender desde lo asociativo. La independencia judicial es una garantía de los ciudadanos, porque sólo ella puede asegurar que, cuando el juez mire entre la universalidad de la ley y el caso particular, resuelva mirando, exclusivamente, la ley.*

Nosotros sostenemos, en esta materia, que toda la defensa de la independencia de los jueces tiene que tener la perspectiva ya señalada. Es decir, la independencia debe defenderse porque es una garantía central en un Estado democrático de Derecho, pues asegura a los justiciables que el juez no va a resolver su caso pensando en su carrera, ni en su ascenso, ni en posibles premios o castigos”.

Nuestra concepción de la judicatura es de tipo republicano, con claras delimitaciones de sus deberes y funciones, pero con también muy precisas definiciones de sus facultades y atribuciones exclusivas y excluyentes, todo ello con miras a brindar a los ciudadanos el mejor servicio que en el ámbito de la justicia pueda darse, que ha de caracterizarse por ser eficiente, ágil, profesional, transparente e imparcial.

Me interesa destacar que nuestra preocupación no es respecto de lo que hasta ahora se conoce como “el Poder Judicial”, sino respecto de la judicatura o, más precisamente, de los jueces. La independencia que nos interesa cautelar es la del juez, la del juzgador, pues nos resulta irrelevante –desde esta perspectiva– el aparataje administrativo que le brinda soporte a la actividad judicial, aparataje que no necesita ser independiente, ya que lo que de él esperamos es que sea eficiente y profesional, mas no que sea independiente. En los tratados internacionales la independencia se predica como un atributo de los jueces, no respecto del “Poder Judicial” ni del aparataje administrativo que les colabora.¹

En la comunidad de países con democracias representativas pareciera no haber dos opiniones en el siguiente sentido: primeramente, la verdadera independencia judicial, más que una prerrogativa corporativa de los jueces, constituye un atributo personal del juez instrumentalmente concebido como una garantía para los justiciables; y, segundo, que la sujeción del juez a la ley (en sentido amplio, como norma jurídica) emanada de la deliberación democrática, constituye la otra cara de esa misma moneda. Es decir, cuando hablamos de independencia judicial y sujeción a la ley (jueces responsables y respetuosos de la voluntad popular soberana) nos estamos refiriendo a la misma cosa, sólo que vista desde distintas ópticas. Por un lado está la libertad del juez para resolver libre de presiones, incentivos o consideraciones ajenas al análisis del caso concreto en relación con el abstracto tenor de la ley; y, por otro, la obligación del juez de resolver “conforme a la ley” y no según su personal arbitrio

Por ello es que creemos que el problema que finalmente subyace tras la independencia judicial –desde la óptica del Estado de Derecho– es el siguiente: los ciudadanos tienen derecho a exigir que entre el juez que ve su caso y la

¹ Véanse Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos

norma jurídica aplicable al mismo no se interponga nada ni nadie (ni siquiera el “Poder Judicial”). Eso exige sustraer al juez de cualquier tipo de motivación, incentivo o desincentivo interno o externo, que no sea la recta decisión del caso conforme a la ley que la mayoría del pueblo se ha dado.

Lo anterior supone que todo arreglo institucional o estructura organizacional de lo “judicial” sólo se justifica en la medida que constituya un instrumento funcional al ejercicio de una jurisdicción independiente, es decir, responsable y eficiente, sólo motivada por la imparcial y correcta aplicación de la ley al caso concreto, y en modo alguno mediatizada por incentivos perversos como la posibilidad de un ascenso o la aprobación del superior jerárquico o, desde la óptica contraria, por el temor a ser mal calificado o ver postergada la carrera, por afectar la “imagen” de la corporación (Poder Judicial), el descrédito público o la sanción.

Es por ello que planteamos que actualmente existen instituciones, en la organización de la judicatura chilena, que no se avienen con dicha independencia:

Primero: un modelo de carrera judicial conformado por un “recorrido” institucional ascendente y piramidal, en el cual el juez-funcionario va lentamente ascendiendo sobre la base de un sistema de virtual autogeneración institucional.

Segundo: una estructura judicial corporativa y jerarquizada, gobernada desde la cima por un órgano que concentra constitucionalmente facultades jurisdiccionales, administrativas y disciplinarias, todo lo cual se reproduce hacia abajo en la pirámide estructural.

Tercero: la inexistencia de mecanismos de selección y promoción –supuesta la conveniencia de algún tipo de carrera judicial– que obedezcan a parámetros vinculados a la meritocracia y a un procedimiento competitivo y transparente. El juez chileno enfrenta hoy una serie de trabas que, institucionalmente, dificultan su independencia personal –entendida ella como exclusiva sujeción a la ley emanada de los órganos de deliberación democrática–, con lo cual se afecta seriamente la garantía judicial de todo ciudadano a tener, ya no un “Poder Judicial” autónomo e independiente, sino jueces verdaderamente independientes.

Es en atención a ello que nuestra tendencia postula que **deben eliminarse** algunas instituciones, ellas son:

a) El sistema de calificaciones

El valor o grado de la independencia de la magistratura se mide sobre la base de la efectiva y concreta independencia de cada juez en particular respecto a cualquier centro de poder, externo o interno.

Resulta obvio que el sistema de calificaciones al que se encuentran sometidos los jueces constituye una lesión permanente y sistemática a su independencia. El sistema de calificaciones contraría violentamente la idea contenida en la máxima latina "*sine spe ac metu*": *sin temor* (al castigo) *ni esperanza* (de premio), que constituye una buena síntesis de lo que debe ser el estado o situación objetiva/subjetiva del juez al momento de pronunciarse sobre el asunto que conoce, para estar en condiciones de decir que éste es independiente. En otras palabras, el juez independiente **debe encontrarse al decidir *sine spe ac metu***, y consecuentemente, luego debe hacerlo: decidir, sin ser motivado por el temor (al castigo) ni la esperanza (del premio).

Sabemos que esto no es posible mientras exista un sistema de calificaciones cuya operatividad, por lo demás, se encuentre depositada en poder del mismo órgano que revisa las decisiones jurisdiccionales.

b) El recurso de queja

El recurso de queja con su doble carácter de control jurisdiccional y disciplinario pone en crisis con su sola formulación la idea de juez independiente, cuyo núcleo indiscutido –e indiscutible en las sociedades democráticas avanzadas– es la proscripción de todo mecanismo que amenace al juez con ser sancionado por el básico hecho de tomar una decisión jurisdiccional en un sentido distinto del entendido como correcto por el órgano que revisa su decisión.

El contenido de la decisión jurisdiccional debe ser controlado vía recursos jurisdiccionales, y las faltas, abusos, desatención, negligencia y otras conductas u omisiones impropias que constituyan infracción de deberes previamente determinados como propios de la correcta función de juzgar, deben ser controlados vía procedimientos disciplinarios. Ambos controles, por lo demás, deben correr por cuerdas separadas y depositarse en manos distintas, si se quiere hablar en serio de independencia de los jueces.

c) La comisión de ética

La comisión de ética conoce de las conductas del personal judicial que puedan "importar una contravención a la ética judicial o que sean reñidas con la probidad y la moral y desempeña su labor con miras a su prevención, control y corrección".

La regulación efectuada con ocasión de su constitución pretendió reunir diversas normativas dispersas en el ordenamiento jurídico y terminó constituyendo un pozo sin fondo en cuanto a la extensión de las facultades investigativas de este órgano por estar trazada su competencia bajo cláusulas amplias, abiertas, sin distingo alguno en torno a lo que constituyen los deberes profesionales propiamente tales y la moral personal del juez, desarrollando su función en un procedimiento opacamente dibujado, sin derecho a efectiva defensa jurídica ni a un mínimo de garantías de debido proceso para el juez investigado.

La sociedad chilena actual ampara la variedad y diversidad de los conceptos morales, que son mutables de acuerdo a la idea de bienestar y felicidad que viven los pueblos y de sus preferencias de valores y metas, por lo que la justificación del control ético no debe mirar al juez en su catastro personal de preferencias de vida.

La gravedad del asunto se agudiza una vez informado el Tribunal Pleno de lo realizado por la comisión de ética, pues la tramitación de los antecedentes se sujeta a las normas del procedimiento disciplinario, es decir, se ha efectuado una regulación por fuera del Código Orgánico de Tribunales que puede terminar derechamente con una sanción para el juez e incluso con su destitución, por un enjuiciamiento acerca de aspectos morales en que el parámetro a utilizar como exigido no está previamente descrito, sino que es valorado por el órgano que decide en cada caso en particular.

A su vez, postulamos que existen otras instituciones que **deben reformularse**, ellas son:

a) Régimen disciplinario

La responsabilidad disciplinaria de los jueces en nuestra legislación se persigue por infracciones contenidas en cláusulas generales, amplias o derechamente abiertas, donde todo cabe y nada se predetermina, en un procedimiento ambiguo, sin derecho a defensa jurídica ni a un mínimo de garantías judiciales para los jueces acusados.

En general en los modelos continentales la articulación del régimen de disciplina judicial gira alrededor de la predeterminación de deberes respecto de los cuales pueden surgir conductas activas u omisivas no deseadas, asociadas a las cuales se encuentran preestablecidas diversas sanciones graduadas conforme a la mayor o menor gravedad de la falta. Para aplicar las sanciones se diseñan procedimientos que se conforman en mayor o menor medida a las

exigencias de un debido proceso, el que contempla diversos mecanismos de impugnación de las resoluciones.

La tendencia universal es la atribución de un sentido fundamentalmente "profesional" a las infracciones que se prevén, abandonándose la corrección de conductas personales o únicamente tendientes al decoro o prestigio de la magistratura y medidas con criterios subjetivos, entendiéndose que el criterio que debe inspirar las descripciones típicas debe ir en función de bienes jurídicos tales como la imparcialidad, la diligencia y el cuidado que exige la dimensión de servicio público que posee la función de juzgar.

Finalmente y de suyo esencial en un diseño que pretenda asegurar la independencia de los jueces, es que los procedimientos de control disciplinario deben depositarse en órganos distintos de los que efectúan los controles jurisdiccionales.

b) **Ética judicial**

Las normas de una ética profesional son reglas de la razón que prescriben conductas **consistentes con la función social** de la profesión. Las actividades profesionales tienen un fin social objetivo y en función de esta finalidad se organiza toda la profesión. Ese fin, que es diferente para cada una de las profesiones, es el **bien inherente** a ella, o el contenido objetivo del servicio que justifica la existencia de una profesión y consiste en la producción o la preservación de determinadas "cosas" que son valiosas para la sociedad. La profesión de juez, en tanto pública y social, a desarrollar en directa relación con los intereses de la ciudadanía, hace exigible a aquellos que la ejerzan un conjunto de atributos que dicen relación con lo que se entiende como correcto/óptimo ejercicio de la función. Estos atributos en general, se expresan en principios directamente relacionados con la idea de un correcto ejercicio de la función, tales como independencia, imparcialidad, integridad, etc. Como se pretende que estos principios rijan el desempeño de una función, se acepta universalmente que puedan ser exigidos a quienes ejercen la función.

Es coherente con un modelo integral de responsabilidad la regulación ética de la función de juzgar mediante la dimensión disciplinaria, estableciendo un régimen contenedor de los principios éticos de la función judicial con especificación taxativa de los deberes y las infracciones, sanciones y procedimiento. Este mecanismo transparenta y deja total claridad acerca del catálogo de conductas exigible a los jueces y al no identificarlo propiamente con lo "moral" evita la desvirtuación a partir de cánones o valores personales del ente administrativo juzgador.

c) Sistema de nombramientos y promociones

El sistema de nombramientos y promociones debe contemplar un modelo por concursos absolutamente transparente y competitivo, que instale en el centro de sus lógicas la exigencia de méritos objetivamente acreditables.

Proponemos que el rediseño institucional contemple una decidida tendencia hacia la horizontalidad, desvinculando el grado que el juez tenga en la carrera judicial con la posición que ocupe en determinada instancia procesal. Con este diseño se rompe la lógica obligada del ascenso e impone la preeminencia de las especialidades adoptadas por vocación, las que de suyo redundarán en un mejor servicio de justicia para los ciudadanos.

A modo de ejemplo: si la vocación de un juez es ser juez de garantía, podrá serlo por cuanto tiempo ello constituya su primer interés y, por el solo transcurso del tiempo, unido a la aprobación de ciertos requisitos técnicos, podría ser promovido al grado superior y recibir la remuneración de dicho grado, sin necesidad de abandonar la función que prefiere. Por el contrario, el que se sienta motivado por las materias a tratar en segunda instancia podría preferir concursar la respectiva vacante y hacer operativa la promoción. En otras palabras, por ejemplo, si existe un juez especialista en derecho penal, que tiene una rica experiencia en esta área y que siente vocación por esta forma de servicio judicial y que gusta de relacionarse directamente con el público como juez de garantía, como juez en primera instancia ¿por qué, para ascender, debemos obligarlo a trabajar en un rol que no le gusta, en el que pierde su conocimiento especializado, y obligarlo, por ejemplo, a resolver –como Ministro– materias laborales, civiles, comerciales o mineras en que no es especialista? ¿No pierde la sociedad, con esta estructura de organización judicial, una valiosa especialización en un mundo en que la ciencia cada vez –con mayor fuerza– consiste en saber más de lo menos y no a la inversa?

¿Genera esto los estímulos correctos desde el punto de vista vocacional para los jueces? ¿Si nuestro modelo fuera bueno, por qué muchos de los países más desarrollados en esta materia no lo han adoptado?

d) Metas de Gestión

En el sistema actual las metas de gestión son un tímido intento de controlar la gestión incentivando conductas que se estiman adecuadas. No poca resistencia ha producido el sistema al interior de los juzgados y ello tiene que ver principalmente con la ausencia de acuerdos legitimados por los destinatarios y, por lo que se estima una determinación de sus contenidos ajena o distante a los puntos que se evalúan como los más importantes por cada unidad.

Proponemos que esta herramienta se integre al sistema de evaluación de desempeño que se propone más adelante.

En fin, proponemos **un instituto que debe incorporarse:**

El sistema de evaluación de desempeño

La *verdad aparente* contenida en la lógica de quienes defienden el sistema de calificaciones es aquella que propugna que éste es necesario para favorecer la calidad y eficiencia de la administración de justicia y que, consecuentemente, no puede eliminarse sin provocar un mal mayor: la mala calidad e ineficiencia en la gestión de los jueces.

Sucede, sin embargo, que las notas puestas a los jueces en cada ítem existente no guardan relación alguna con el real desempeño profesional, sino que desde siempre ha constituido un test de simpatía o, en el mejor de los casos, una opinión de los calificadores acerca de cómo el calificado responde al molde tradicionalmente aceptado y/o al concepto que cada uno posee de lo que es o debe ser un "buen juez".

Todos los jueces saben esto con toda claridad, pero muchos se preguntan: ¿no sería peor para la administración de justicia y, consecuentemente, para la comunidad, que los jueces no fueran evaluados? ¿Cómo se controlaría entonces al que no hace o hace muy mal su trabajo? ¿Cómo se evita la negligencia, el desorden, el bajo rendimiento de funcionarios que son inamovibles?

La respuesta la ofrece un buen sistema de evaluación de desempeño, que es un pilar sobre el que se ha construido el nuevo concepto de gestión pública, y que enfatiza el análisis de los resultados producidos por las distintas unidades que integran la organización e incluso la organización vista como un todo.

Consiste básicamente en un proceso permanente de monitoreo y reporte de los resultados de un programa, con el fin de comparar su avance con las metas preestablecidas.

Sus propósitos son múltiples y se destacan entre ellos el lograr un desempeño futuro de mejor calidad, mejorar la gestión de recursos humanos, permitir un diagnóstico de la situación y propender a la eliminación de errores legislativos, a la vez que promueve la innovación y el aprendizaje organizacional.

El sistema debe contemplar un acuerdo en el que deberían tener voz principal sus futuros destinatarios, es decir, los jueces, sin perjuicio de integrar a otros expertos y a los usuarios del sistema judicial. El acuerdo debe contemplar tres

aspectos básicos: indicadores de desempeño, estándares de desempeño, metas del ciclo y mecanismos de incentivo para promover la excelencia.

Con estos aspectos determinados se realiza el monitoreo y la evaluación constante para tomar correctivos rápidos, según sea necesario y posible.

Al final del ciclo se formula un reporte, el que se somete a acuciosos análisis de los que surgirán las acciones pertinentes para el ciclo próximo.

En otro orden de ideas, postulamos una nueva perspectiva de la organización y el trabajo gremial:

Entendemos el asociacionismo judicial, principalmente, como un espacio en que los jueces se reúnen, coordinan y trabajan en defensa y promoción de la independencia de la judicatura, entendida ella como una garantía para todos los ciudadanos de contar con un juez imparcial, sujeto sólo a la ley y a la Constitución.

Con este objetivo hemos hecho público nuestro compromiso de hacer oír nuestra voz y tomar las acciones pertinentes cada vez que la garantía de independencia se vea expuesta a amenazas o lesiones. Asimismo, instamos por la iniciación de un debate en el mundo académico y político acerca de los factores institucionales que atentan contra dicha garantía.

En este punto, sin embargo, somos claros en señalar que la independencia de los jueces –entendida como garantía que tutela los derechos de las personas y no un estatuto de privilegio corporativo– en caso alguno niega o resiste el derecho a la crítica social, por entender que ésta constituye un ejercicio democrático de control legítimo de las actuaciones de servidores públicos.

De otra parte, estimamos que los jueces deben participar de los debates que se produzcan en la sociedad en sus diversas esferas en relación con los asuntos concernientes a una mejor administración de justicia, por lo que se propiciará todo avance hacia la integración de los jueces en los espacios en los que su voz pudiera ser trascendente.

Por cierto, estos son los planteamientos y sugerencias que nuestra tendencia formula, dentro de un contexto en que evidentemente existen otras visiones válidas y respetables; nuestro deseo es fomentar un debate nacional sobre estos temas, para entre todos contribuir a la existencia de un mejor Poder Judicial, y de jueces que tengan todos los estímulos institucionales para ser verdaderamente independientes.



Homenaje a Eleodoro Ortiz Sepúlveda



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda



Eleodoro Ortiz Sepúlveda, 1932-2006

Don Anjel Eleodoro Ortiz Sepúlveda nació el 22 de septiembre de 1932, en la ciudad de Arauco, en la casa ubicada en calle Condell N° 762, en ese entonces de propiedad de su familia. Sus padres fueron don Ambrosio Ortiz Fuente-Alba y doña Regina Sepúlveda Silva, siendo el mayor de cuatro hermanos.

Se casó con doña Gloria María Jiménez Suárez el 03 de septiembre de 1960, formando una hermosa familia con cuatro hijos, Eleodoro, Gloria, Alejandro y Andrés, y diez nietos.

Inició sus estudios en el Colegio María Gaete de Arauco, siendo traslado, a muy temprana edad, a estudiar a Santiago en el Instituto Alonso de Ercilla, dependiente de los Hermanos Maristas, para luego volver a la zona penquista, terminando sus estudios, en esa época, de humanidades, primero en el Liceo Enrique Molina y después en el Colegio de los Sagrados Corazones de Concepción.

Cursó sus estudios de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, recibiendo el título de abogado en el año 1958.

Inició su carrera judicial el 17 de diciembre de 1959 como secretario del Segundo Juzgado de Letras de Los Ángeles, para pasar pronto a ser nombrado juez de letras de Arauco el 03 de noviembre de 1960. Luego, el 05 de junio de 1962, fue nombrado secretario del Tercer Juzgado de Letras de Concepción y el 20 de enero de 1967 fue designado relator de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, para posteriormente, el 05 de septiembre de 1969, ser nombrado ministro de ese mismo tribunal de alzada, ejerciendo en tres oportunidades el cargo de presidente de dicha Corte.

Era reconocido como un sobresaliente ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción y como un querido profesor de Derecho Procesal, por lo que su designación como ministro de la Excma. Corte Suprema, el 17 de junio de 1994, fue generalmente apreciada como un paso por completo natural.

Además, entre los años 2002 y 2006 se desempeñó como ministro del Excmo. Tribunal Constitucional, optando, a comienzos del presente año, por continuar como ministro de la Excma. Corte Suprema.

En la Corte Suprema, fue esencialmente un ministro influyente por la autoridad que irradiaba su personalidad vigorosa y entusiasta y por su espontánea corrección y señorío. Al discutir los acuerdos atendía concentradamente a lo esencial de la disputa. Aunque siempre abierto a escuchar los argumentos de sus colegas y de formas naturalmente cordiales, siempre llegaba con gran rapidez

a lo relevante, gracias a su lucidez y al discernimiento de lo que es esencial en el derecho y, muy especialmente, en la naturaleza humana. Disfrutaba encontrando la solución correcta. Aun en el período tardío de su enfermedad, los ojos verdes le brillaban de vitalidad cuando se trataba de dar los argumentos de una opinión.

En lo formal, sólo fue presidente de la Sala Civil por el breve período que siguió a la jubilación de don Hernán Álvarez. Pero nadie duda que si la salud se lo hubiese permitido, habría sido presidente del tribunal. De hecho, una de sus últimas actuaciones fue proponer para ese cargo a su antiguo amigo Enrique Tapia Witting.

En el ámbito académico ejerció la cátedra de Derecho Procesal en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, y fundamentalmente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, donde además fue Director del Departamento de Derecho Procesal. Fue, además, socio fundador y Director del Instituto Chileno de Derecho Procesal.

Siempre fue generoso para compartir sus conocimientos, no sólo con sus alumnos, sino que con todos quienes estaban involucrados en la actividad del derecho. Nunca se restaba a apoyar a cualquiera que se lo solicitara, entregando su opinión, dando un consejo o solucionando pequeños o grandes problemas.

En el ámbito personal fue un hombre sencillo y honesto a carta cabal y un amante y fiel esposo, un padre y amigo ejemplar y un cariñoso abuelo de todos sus nietos.

Amante del deporte en general, practicó en su juventud el fútbol y fundamentalmente el básquetbol, siendo seleccionado de la Escuela de Derecho y capitán del equipo de la Universidad de Concepción y de la selección de Concepción e integrante junto a varios de sus amigos de la selección de Arauco y del equipo estudiantil de esa ciudad. Más avanzado en el tiempo fue un destacado jugador de tenis en la ciudad de Concepción.

Falleció el 09 de agosto de 2006 en la ciudad de Santiago, después de sobrellevar admirablemente una larga y penosa enfermedad, demostrando siempre una gran fortaleza para enfrentarla y salir adelante, a pesar de los sufrimientos que ello implicaba. Sus funerales se efectuaron el día 12 de agosto de 2006 en la ciudad de Arauco, tierra que siempre fue la propia, de la cual fue declarado Hijo Ilustre, en mayo de 1994, y en la que reposan sus restos y a la cual volvía, cada vez que sus ocupaciones se lo permitían, para disfrutar de su tiempo libre

junto a su familia. Su mejor descanso era la vida de campo y vivir su pasión por el rodeo y la crianza de caballos chilenos.

Si entre quienes lo conocieron se intentara reseñar sus cualidades personales, pocos dudarían en mencionar, además de su espíritu de justicia, su predisposición a una vida buena y a la felicidad.

¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!

Carlos Pecchi Croce

Director del Departamento de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Llegó al fin de su jornada luchando contra un mal incurable. Lo hizo mostrando el temple que caracterizó toda su vida. Sin temor, esperó la muerte con la dignidad propia de su hombría de bien. Con la convicción de su conciencia de haber cumplido con creces su papel de jefe de familia, de jurista, de académico, de deportista, de amigo, de penquista absolutamente identificado con sus raíces.

Nacido en Arauco, Eleodoro Ortiz Sepúlveda fue creciendo marcado por los amplios matices del campo sureño y estimulado por su inquietud por el derecho y su sentido de la justicia, que abrazó con la fidelidad de sus principios.

Hombre múltiple, Eleodoro supo convalidar estudios con deporte y mientras avanzaba entre códigos, doctrinas y leyes, lucía orgulloso como destacado basquetbolista los colores de la Facultad de Derecho de la propia "U" y de la selección de Concepción. Un fervor por la práctica deportiva que prolongó ya mayor en el tenis y en su afición por el rodeo y los caballos chilenos, de los que en su refugio de Arauco supo disfrutar siempre.

En su identificación con el derecho optó por dos caminos en los que alcanzó reconocido éxito. La docencia y la justicia.

Como profesor entregó sus amplios conocimientos de derecho procesal en la misma Facultad de la Universidad de Concepción en la que había sobresalido como alumno inteligente y sagaz; en la Universidad Católica de Talcahuano y, ya residente en Santiago, en la Universidad del Desarrollo y en charlas dictadas en la Universidad de Chile. Especialista connotado, fue miembro desde su

fundación del Instituto Chileno de Derecho Procesal, en el que ejerció tareas directivas. En todas y cada una de estas instituciones dejó la huella indiscutida de sus aportaciones que han constituido, constituyen y constituirán una valiosa contribución para quienes supieron de su docta experiencia que repartió con generosidad, así como de su trato afable que le ganó el espontáneo cariño de sus discípulos.

Sin embargo, como juez fue consolidando una carrera en plenitud durante las cuatro décadas de su ejercicio. Secretario del Juzgado de Los Ángeles en sus comienzos, titular en Arauco, Relator primero y más tarde ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, fueron los hitos de su trayectoria, que culminó como miembro de la Excelentísima Corte Suprema al ser nominado en 1994 por el Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle. Un paso considerado natural por los indiscutidos méritos previos.

Ya en el más alto tribunal de la República, el ministro Eleodoro Ortiz ratificó los atributos de su particular patrimonio: sólida formación jurídica, personalidad, corrección, apertura y discernimiento, que le valieron el reconocimiento de sus pares. Y pocos dudan que habría llegado a la presidencia de la Excelentísima Corte Suprema de no impedírsele su severa dolencia.

Fueron los rasgos acentuados de su acción pública, mas, en su vida privada, Eleodoro fue un jefe de familia íntegro, que supo construir junto a Gloria, su esposa, el nido que completaron sus hijos Eleodoro, Gloria, Alejandro y Andrés. Un grupo unido por el cariño sincero que ha sabido recoger con legítimo orgullo la inquebrantable fe de su mentor en principios que sostuvo y mantuvo sin claudicaciones.

Eleodoro fue, también, un amigo entrañable, que compartió su alegría de vivir sin dobleces ni poses. Que gozaba prolongando los momentos de conversación fraterna, cuyos ecos conservaremos intactos a despecho del tiempo, porque, como pocos, supo lo que vale invertir en afecto. Estremecidos aún con su partida, más que reiterar la tristeza que provoca toda despedida, pregonaremos con satisfacción la honra de haber disfrutado su amistad por tantos años. Con el jefe de familia, el deportista, el jurista y el académico que nos heredó tan rico legado.

¡Adiós, Eleodoro, gran jurista y mejor amigo!

La nulidad formal de la sentencia civil

Estudio en homenaje a la memoria
de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Dedicatoria

La vivencia iniciada cuando el Consejo Editorial de la Revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo me comitió realizar un homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda no me será olvidada: la sucesión de nítidos recuerdos de una relación que fue tan cercana como lo permitía la reverente distancia motivada por mi admiración a su personalidad invadió el regreso desde Santiago –lugar en que mi maestro culminó su carrera judicial presidiendo la Sala Civil de la Corte Suprema– hasta la vista aérea de nuestra ciudad de Concepción, que es asiento de la Corte de Apelaciones en que impartió justicia durante veinticinco años, a la vez que formaba a otras tantas generaciones en su Barrio Universitario.

Recuerdo la tarde de marzo del año 1983 en que asistí a la primera clase del profesor Ortiz; ingresó puntualmente a la sala y caminó al estrado con el paso firme y seguro que le era propio; portaba unos apuntes que no leía, porque su ejercicio de la cátedra era nutrido por un dominio profundo y acabado de conceptos, normas e interpretaciones y por una memoria que el foro reconoció como prodigiosa; sus exposiciones eran precisas y elocuentes y sus enseñanzas evidenciaban la amplia formación jurídica que traía causa del estudio de las obras clásicas de esos juristas insignes que fueron Couture, Calamandrei y Carnelutti, que con tantas luces aportaron a la meta –nunca alcanzada en plenitud– de un proceso jurisdiccional justo.

Fue durante ese trienio que don Eleodoro recibió uno de los más altos honores que su alma mater confiere a un profesor de derecho: pronunció la clase inaugural del año académico en ese Auditorium de formas solemnes, clásicas y sobrias que es el de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Es posible que los alumnos que en esa promoción de 1985 iniciaban la carrera jurídica todavía recuerden la motivadora invitación que les hizo don Eleodoro: “me ha parecido oportuno aprovechar la presencia de los alumnos que recién empiezan sus estudios de Derecho para referirme a un tema de permanente actualidad y vigencia: la moralización del proceso civil; con el propósito de despertar sus juveniles inquietudes e incitarlos a una reflexión seria y metódica sobre el tema y a pesar la responsabilidad que como futuros abogados les cabrá en la tarea de hacer imperar el principio de la buena fe en el desenvolvimiento del proceso”; y quizás les haya acompañado en el ejercicio profesional otra de las paradigmáticas frases pronunciadas en esa inolvidable jornada: “no basta con transformar reglas morales en normas jurídicas para obtener su incondicional acatamiento; es necesario, además, golpear a las puertas de las conciencias de las personas para conseguir efectivamente su acogida, porque –como dice Couture– no dejaría de ser una peligrosa ilusión la de creer que la reforma de tales o cuales artículos de la ley habrá de cambiar el espíritu de los hombres”. Eso hacía el profesor Ortiz: golpeaba a las puertas de nuestras conciencias; la sujeción a la *bonae fidei* –que es encarecida desde los tiempos de pretores y jueces romanos– era para él un principio inescindible al derecho, a la vez que ineludible al sano ejercicio de la profesión jurídica que cautiva a tantos abogados que cotidianamente la ejercemos con esmero y –por qué no expresarlo– también con pasión.

No era pura declamación, sino vivencia concreta en las audiencias judiciales. En ejercicio forense, alegué varias veces en salas integradas por don Eleodoro, tanto en la Corte de Apelaciones de Concepción como en la Corte Suprema y puedo dar fe de su especial celo frente a las cuestiones procesales y sustantivas conectadas con el uso legítimo de las instituciones jurídicas, que él consideraba decisivas en la causa, ante cuyo surgimiento en alegatos observaba concentradamente a los letrados dicentes y luego levantaba la vista hacia el cielo de la sala, exhibiendo una actitud de profunda reflexión, para, tras unos segundos, retornar la atención en las exposiciones orales. Lo sentí y lo percibí muchas veces; verbigracia, tanto al obtener cuando alegué en patrocinio de una cónyuge desvalida cuyas pensiones alimenticias habían sido obviadas por un marido conocidamente pudiente –pero especialmente poderoso– que había empleado los más variados artilugios fácticos y legales para eludir el pago durante casi diez años; como al perder cuando alegué en patrocinio de un deudor hipotecario que aparecía empleando sutilezas legales para embarazar la ejecución de la garantía.

Más allá de mi experiencia como abogado litigante ante el magistrado Ortiz, la bibliografía da cuenta del modo en que él entendía la labor judicial al valorar –en conocida obra de nuestro Decano– su voto disidente a un fallo de la Corte Suprema que rechazó un recurso de queja interpuesto contra jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago; el ministro Ortiz fue partidario de acoger el arbitrio disciplinario y hacer lugar a la demanda reparatoria deducida –en contra de un banco– por el adjudicatario de un inmueble en juicio ejecutivo que, después de haber consignado el precio del remate, vio injustamente postergado el goce y disposición de lo que legítimamente había adquirido por la tramitación de incidencias dilatorias injustificadamente planteadas por el ejecutante; don Eleodoro estimó que “la actuación del banco demandado, ejecutante en el juicio ejecutivo, excedió los límites razonables de ejercicio de las normas procesales, ejerciendo sus derechos de un modo impropio y causando perjuicios evidentes a la sociedad demandante”; la suya era palabra académica y obra judicial concreta y coherente, porque era la consecuente conducta del mismo jurista que, en su clase inaugural de 1985 en la Universidad de Concepción, había dicho ante los jóvenes estudiantes que le oíamos que no debe preterirse que moral y derecho “coinciden en una amplia zona común”.

Al ministro Ortiz le correspondió ejercer jurisdicción en una época compleja de nuestro país, pero la abordó como se espera de un juez y en particular de uno cuya formación se encontraba en la lectura atenta de los procesalistas europeos que habían vivido la tremenda experiencia de los padecimientos de esos enormes desastres que fueron las guerras del siglo pasado, en que millones de seres humanos se exterminaron recíprocamente. Recuerdo con claridad uno de los días en que yo era estudiante de Derecho de la Universidad de Concepción y –probablemente en el año 1986– me impresionó la lectura –en esa gran biblioteca del segundo piso de la Facultad– del discurso con que Piero Calamandrei inauguró, el 30 de septiembre de 1950, el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia. Concurrí a compartir esta experiencia vital –la lectura de una obra del espíritu humano es una experiencia vital fecunda– con don Eleodoro en esa oficina suya desde la que se observaba a pocos metros el símbolo académico que es el campanil universitario. Conversamos detenidamente acerca del doble lamento del maestro italiano que había expuesto en esa ocasión, evidentemente angustiado, tanto acerca del remedo procesal en que –guardándose no obstante la ritualidad– se había transformado el juicio durante el predominio autocrático, como sobre la posterior época en que –pese a que parecía llegada la hora de la justicia– ocurrieron represalias y venganzas, puesto que, para desahogar el odio y el desdén incubado bajo el dolor, “la pasión política que siempre se había enseñado que debía permanecer fuera de las salas de justicia se ha servido para sus fines de los esquemas y de la esgrima del juicio y de la sentencia y parece que los haya deformado y corrompido para siempre”.

Con don Eleodoro –como lo expresó con viva y explicable emoción la relatora Loreto Gutiérrez al despedirlo para siempre– “se ha ido uno de los grandes del Poder Judicial, un juez de verdad”, uno que ejercía constantemente lo que el filósofo francés Ricoeur llama la “autonomía responsable”: la capacidad de la persona “de hacer lo que cree que debe hacer” en las coyunturas éticas concretas.

¿Cómo podía cumplir con el encargo –uno de los mayores honores que me han sido dispensados– del Consejo Editorial de rendir homenaje a quien fuera mi maestro de Derecho? Esta inquietud me afectó por algunas semanas hasta que experimenté dos recuerdos que consiguieron que la duda me abandonara. Primero, que en concepto del profesor Ortiz, la casación formal era la epopeya de la disciplina que le cautivaba: el derecho procesal; y, segundo, que el ministro Ortiz contribuyó por largos años a diseñar –desde la Sala Civil– la praxis actual de la Corte Suprema en la aplicación del instituto, cuyo concreto análisis reservo para un segundo trabajo que será la natural continuación de estas líneas. El estudio que sigue a esta dedicatoria es, pues, el más sentido y profundo homenaje que puedo rendir al profesor y al ministro de quien tanto aprendí: es invocándolo a él que expongo una visión institucional de la nulidad formal de la sentencia civil; y, como soy de aquellos que creemos que el nacimiento y la muerte no son más que unas alteraciones físicas que carecen de significación en la vida eterna del maestro fundamental –dueño y señor definitivo de nuestras alegrías y penas–, voy a escribir estas líneas sintiendo que, pese a que en una tarde de fuertes vientos y copiosa lluvia despedimos sus restos físicos en su querida ciudad de Arauco, don Eleodoro estará junto a nosotros revisando estos conceptos y argumentos con esa visión rápida, precisa y fluida, que le distinguió como el más preclaro de los jueces que he conocido, disfrutando de una discusión científica que –para ser tal– no conoce dogmas ni prejuicios; agradezco pues el placer inigualable de haber vivido unas jornadas de esforzado estudio en que he sentido junto a mí la constante presencia del apreciado y admirado jurista al que dedico este emocionado –aunque humilde– homenaje académico.

II. Antecedentes de la nulidad formal de las sentencias civiles en el derecho histórico

II.1. En el derecho romano clásico, la sentencia que padece de grave error *in procedendo* adolece de inexistencia jurídica, que puede constatarse por medio de acción de mera declaración de certeza negativa y por vía de *exceptio* ante *actio iudicati*.

El instituto impugnativo de la casación formal encuentra antecedente en el derecho romano clásico, circunstancia que demuestra que los antiguos juristas concebían y garantizaban el derecho al debido proceso, vedando los efectos de situaciones de arbitrariedad en el procedimiento en que debe cimentarse el juzgamiento; las reglas procesales tienen la finalidad de contribuir al aseguramiento de la racionalidad de la decisión de juzgamiento y es por ello que su infracción –el error *in procedendo*– es índice de ausencia de esas exigencias en el dictamen jurisdiccional.

Como ocurre en nuestros tiempos, la sentencia judicial declarativa de condena configuraba un título ejecutivo que –en el procedimiento formulario– originaba la *actio iudicati*, destinada a la ejecución coactiva; pero el ejecutado podía esgrimir la nulidad de la sentencia del *iudex* mediante la *infinitio iudicati* negando valor jurídico de sentencia judicial –pese a su apariencia– al acto material que contra él se hacía valer, sobre la base de graves vicios de orden procesal: (i) la invalidez de la fórmula diseñada por el magistrado y dirigida al *iudex*; (ii) el exceso del *iudex* respecto de los límites de la fórmula en que el juzgamiento tenía base necesaria; (iii) la omisión de decisión clara y completa acerca del asunto controvertido; (iv) la dictación del fallo en época inhábil; (v) la omisión de convocatoria a oír el fallo en lugar al que las partes pudieran concurrir sin grave molestia; y (vi) la omisión de pronunciamiento verbal de la sentencia ante las partes concurrentes. No era menester que el afectado esperara a que quien había obtenido pretendiera servirse del fallo: podía también demandar su nulidad a través de una acción declarativa de certeza negativa, para lograr una definición útil para despejar toda duda, mediante la *revocatio in duplum*. Adicionalmente, podía hacerse valer en vía principal una modalidad de *restitutio in integrum* para la nulidad de la sentencia basada en una fórmula del pretor que hubiere omitido, por ejemplo, ciertas excepciones perentorias.

En síntesis, en Roma, al menos desde la época del procedimiento formulario, una sentencia que adolecía de defecto procesal grave era una sentencia absolutamente ineficaz; no cabía fundar en ella la *actio iudicati* ni era base

de *rei iudicata*;¹ estas soluciones procesales intencionalmente garantísticas se mantuvieron en la época de las *extraordinariae cognitiones* del procedimiento justinianeo.²

La semejanza sustantiva de los institutos romanos de la *infinitio iudicati*, la *revocatio in duplum* y la *restitutio in integrum*, con el recurso de casación en la forma del derecho moderno, es evidente en lo que es esencial, puesto que el objeto jurídico de aquéllos era hacer imperar la nulidad del fallo judicial, en tanto que la finalidad de éste es la misma: “invalidar una sentencia”, reza el artículo 764 del CPC, concepto que es reiterado en el artículo 786, que establece el estatuto de la sentencia de nulidad formal; no se trata de revisar el fallo en segundo grado, sino de eliminarlo de la realidad jurídica concreta; como expresaban los juristas romanos con esa claridad conceptual que merece elogio perpetuo: “recordemos que si se cuestiona sobre si se ha juzgado o no y el juez de esta cuestión hubiere pronunciado que no se ha juzgado, se rescinde”³; el vicio de nulidad formal de la sentencia es equivalente a la omisión del verdadero juzgamiento.

Lo que se ha expresado es bastante para arribar a una conclusión nítida: el principio en que se funda la casación formal del derecho contemporáneo –la sentencia que omite satisfacción a ciertas exigencias procesales mínimas es nula– tiene fuente en Roma: “*nec ulla sententiae*” (*ninguna sentencia*);⁴ y el principio garantístico romano era tan potente que los juristas clásicos decían: “*non videtur appellandi necessitas fuisse cum sententia iure non teneat*” (*no parece haber necesidad de apelar cuando la sentencia no obliga en derecho*);⁵ y es por esta última razón que la concepción romana de la sentencia nula por razones procesales es la de una sanción correspondiente a una verdadera y propia inexistencia del fallo, de modo que no es menester impugnarlo *in limine litis* a través de un medio recursivo.⁶

¹ Scialoja, *Procedimiento civil romano, ejercicio y defensa de los derechos*, Ejea, Buenos Aires, 1970, páginas 356 y ss. y 253 y ss.

² Scialoja, cit., página 426.

³ Scialoja, cit., página 358, nota 101.

⁴ Expresiones similares a otras utilizadas por las fuentes romanas: *non tenet, non valet, nihil egit, vires non habet, nullius momenti est, irrita est, nullam vim obtinet*: Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen I, página 43.

⁵ Calamandrei, *Casación civil*, Editorial Ejea, 1959, páginas 23 y siguientes.

⁶ Jara Schnettler (*La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, 2004, página 49) cuestiona la institución de la nulidad ipso jure e impugna –citando a Santamaría y a Beladiez– el entendimiento en que se basa el texto, arribando a conclusiones contundentes, pero que no tienen base en un estudio completo de las fuentes romanas, porque se limita a la consideración de la *denegatio actionis*.

II.2. Los derechos germánicos optaron por la seguridad jurídica, estableciendo el principio de validez formal de la sentencia judicial y no admitiendo tampoco recurso de fondo contra el fallo, idea que varió en formulaciones posteriores que aceptaron impugnaciones de fondo que debían ejercerse en vía de recurso *in limine litis*; culminado el proceso, opera la cosa juzgada sin que haya lugar a inexistencia o nulidad que pueda ser constatada o declarada a posteriori.

Completamente diversa es la concepción de los pueblos germánicos primitivos, en cuyo sistema jurídico, atendida la especie y autoridad del órgano del que la sentencia emanaba –que reunía en sí el poder legislativo y judicial con plena soberanía– no había espacio para el instituto de la sentencia nula. El proceso se iniciaba mediante la demanda del actor, que constituía, en síntesis, una propuesta de sentencia; una sugerencia de fallo era elaborada por un colegio de ciudadanos privados electos por el pueblo –denominados *rachimburgos* y más tarde *escabinos*–; esta sugerencia era llevada a una asamblea popular –depositaria de la conciencia jurídica popular– para su aprobación; la parte disconforme con la sugerencia podía plantear ante la asamblea la denominada *urteilsschette* o *contradicere sententiae* –desaprobación– que motivaba la renovación del juicio en asamblea popular, pero esta renovación incidía en la sugerencia de los *rachimburgos* o *escabinos* y en la contradicción de parte, sin que exista, todavía, sentencia; resuelta en definitiva la cuestión por la asamblea popular y proclamada la sentencia por el presidente, ésta es inatacable, irrevocable y válida –padeciere o no de defectos– porque la sentencia –atendida la calidad y autoridad del órgano que la pronunciaba– tenía la misma fuerza de un precepto legal; la casación formal como la viabilidad de la declaración de nulidad de la sentencia por defecto procesal no tiene cabida en el derecho de los pueblos germánicos primitivos, porque el tipo de su organización judicial lo impedía: la sentencia provenía del máximo órgano soberano, de modo que no era concebible la idea de nulidad del fallo.⁷

La historia ulterior del derecho de los pueblos germánicos, que obedeció a la sustitución de la organización judicial primitiva por otra en que la sentencia era pronunciada por un juez único y podía ser reclamada a un juez superior, si bien no llegó a admitir la sanción del fallo por error *in procedendo* –sino sólo por error *in iudicando*– sí estableció otras nociones jurídicas que habrían de ejercer profunda influencia en la configuración de la casación formal moderna como vía de recurso en la litis y no como inexistencia jurídica: (i) el derecho de los pueblos visigodos –que dominaron en España hasta la subsecuente preeminencia musulmana– conoció la sanción de nulidad de la sentencia –distinta a la simple reforma o enmienda– por grave error *in iudicando*, pero se trató de

⁷ Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen I, páginas 115 y siguientes.

una anulabilidad, esto es, la sanción de una sentencia que, si bien tiene existencia jurídica, padece de vicio de nulidad que sólo es declarable *in limine litis* por medio de recurso al juez superior; una vez cerrada la litis, el vicio queda sanado y opera la cosa juzgada; y (ii) el derecho de los pueblos longobardos –que llegaron a primar en gran parte de Italia en medio de confusas uniones y disputas con el Imperio– no admitió la idea de nulidad de la sentencia que provenía del derecho romano clásico, aunque admitió la reforma o enmienda por error *in iudicando*, siempre dentro de la *litis* tras cuyo cierre, también, el vicio queda sanado y opera la cosa juzgada.⁸

En síntesis, en los pueblos germánicos no hallamos vestigio de la nulidad del fallo por error *in procedendo*, pero sí encontramos otras ideas que priman en nuestros días en la configuración de los arbitrios recursivos, entre los que ha llegado a ubicarse conceptualmente la casación formal moderna: la prevalencia plena de la seguridad jurídica con las nociones de anulabilidad –derecho visigodo– o reforma –derecho longobardo– de la sentencia que, en todo caso, sólo pueden operar antes del cierre del proceso, puesto que culminado éste opera la cosa juzgada; y esto sin que haya lugar a una inexistencia o nulidad procesal absoluta que pueda más tarde ser constatada o declarada.

II.3. La perplejidad del derecho intermedio romano-germánico ante principios contrapuestos de sus fuentes se tradujo en que, por una parte, los doctrinadores del derecho común admitieron la invalidez formal de la sentencia viciada de defecto *in procedendo*, declarable a posteriori por medio de acción y de excepción en ejecución, tal como ocurría en el derecho romano; mientras que, por la otra, los estatutos municipales italianos establecieron la *querella nullitatis*, que implicó la necesidad de recurrir *in limine litis* contra la sentencia viciada de error *in procedendo* y es el antecedente directo de la casación formal; manteniéndose residualmente, frente a los más graves defectos formales –como el de falta de jurisdicción–, la inexistencia procesal esgrimible como excepción en ejecución.

Como es bien sabido, el derecho intermedio romano-germánico, que cubre el período corrido entre los siglos XII y XVIII, tiene base en dos fuentes distintas: (i) el derecho común, constituido por las enseñanzas de los juristas fundadas en la sistematización de las reglas romanas y canónicas y elaborado con pretensión de validez universal, que tuvo gran influencia por medio de la formación universitaria de jueces y abogados; y (ii) los derechos propios de cada comarca, ciudad o reino, con fuentes en leyes reales, estatutos municipales y usos y costumbres; estas fuentes –muchas veces contrapuestas– debían ser escudriñadas por los jueces, que en definitiva proporcionaban la regla concreta y particular

⁸ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen I, N°s 47 y 48.

que decía el derecho entre las partes;⁹ la contraposición originó importantes consecuencias en la materia que examinamos.

En efecto, los doctrinadores del derecho común, entre ellos los influyentes Bartolo y Altimaro, imbuidos del renacido fervor por las recopilaciones justinianeas, mantuvieron firmemente el principio romano que admitía la invalidez o inexistencia de la sentencia viciada de defecto *in procedendo*, que sólo prescribía después de treinta años¹⁰ y que era declarable a posteriori mediante *actio ordinaria* por el juez superior o por el mismo juez que había emitido la sentencia nula o a través de excepción en ejecución¹¹; y fue sobre esta base apriorística que ellos interpretaron forzosamente los derechos propios.

Las enseñanzas de los juristas intermedios ocurrían a despecho de que los estatutos municipales del derecho propio y legislado italiano, como los de Roma, Módena, Génova, Vicenza, Albenga y Gubbio, a partir del siglo XII, sobre la base del principio germánico de la validez formal de la sentencia que implicaba la eventualidad del saneamiento de vicio por la autoridad soberana del órgano que pronunciaba la sentencia, e inspirados también en la necesidad de otorgar seguridad jurídica al creciente tráfico comercial, habían diseñado la *querella nullitatis*, que es el antecedente directo de la casación formal y constituye un instituto recursivo necesariamente utilizable dentro del proceso contra la sentencia anulable; al igual que la apelación, debía ser propuesta para la decisión del juez superior del que había pronunciado la sentencia, dentro de un término perentorio –cuyo transcurso en omisión originaba la preclusión de la reclamación– que era algo más extenso que el concedido para apelar, alcanzando a treinta días en Módena, tres meses en Génova y un año en Roma; los defectos *in procedendo* no fueron usualmente recogidos con precisión en los estatutos y quedaron reservados a la sistematización de los doctrinadores, pero el estatuto de Génova, reformado en 1587, los precisó: (i) incompetencia del juez; (ii) cosa juzgada; (iii) *extra petita partum*; (iv) *ultra petita partum*; (v) incumplimientos esenciales de las formas judiciales; (vi) pronunciamiento en instancia perimida o abandonada; (vii) emplazamiento.

Fue así que con la *querella nullitatis* surgió, como sanción jurídico procesal, legislada y nítidamente, la anulabilidad de la sentencia que jurídicamente existe, pero padece de defecto *in procedendo* y que, por lo mismo que es una sentencia existente, puede sanearse por preclusión en evento de omisión de recurso antes del cierre del proceso.¹²

⁹ Bravo, "Arbitrio judicial y legalismo", en *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Editorial Jurídica, 1992, páginas 243 y siguientes.

¹⁰ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 176.

¹¹ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 174.

¹² Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, páginas 161 y siguientes.

En todo caso, los estatutos mantuvieron la inexistencia procesal, esgrimible como excepción en ejecución, ante los más graves defectos, como el de falta de jurisdicción.¹³

II.4. El derecho revolucionario francés estableció la *demande en cassation* para obtener la nulidad de la sentencia viciada de error *in procedendo*, que debe ejercerse en vía de recurso, *in limine litis*, bajo apercibimiento de *summa* preclusión; pero manteniéndose la noción de inexistencia procesal para los casos de carencia de elementos constitutivos esenciales de la sentencia judicial.

Con origen en un discurso pronunciado por Chabroux ante la Asamblea de 26 de mayo de 1790, las normas del Decreto de 27 de noviembre-1° de diciembre contemplaron la casación por error *in procedendo*, esto es, la anulación de *toutes les procédures dans lesquelles les formes auront violées*, siempre que se tratara de *formes de procédure prescrites sous peine de nullité*, en fórmula de Chapelier. La admisión de la *demande en cassation* también por defecto de forma –no sólo por error *in iudicando*– pese a que fue establecida originariamente por los revolucionarios franceses como un instituto político de defensa del legislador ante la ofensa del juez que incurriera en inaplicación de la ley –de modo de cautelar la separación institucional de los poderes–, tuvo causa en la estimación de que el error *in procedendo* involucra también una modalidad de inejecución judicial de la norma legal, criterio que fue más tarde seguido por la doctrina procesal francesa.¹⁴ Por esta razón, el ordenamiento revolucionario admitió para la nulidad de forma unas particularidades impropias en una Corte de Casación pura: (i) su involucramiento en el establecimiento del juicio de hecho correspondiente a la configuración de la causal de invalidez formal; y (ii) la omisión del reenvío del caso a los jueces de las instancias tratándose de ciertas causales como el exceso de poder, y, en caso de reenvío, la imposición de un mandato jurisdiccional que los jueces de las instancias debían necesariamente cumplir.¹⁵

En consecuencia, el derecho revolucionario francés adoptó la noción de ineficacia jurídica de la sentencia cimentada en una ritualidad viciada de defecto formal grave, pero acogió la idea germánica del saneamiento del vicio procesal por el cierre del proceso y la operación de la cosa juzgada, de modo que, siguiendo la línea conceptual de la *querella nullitatis*, estableció la *demande en cassation* como el medio de impugnación para ejercer la anulabilidad, antes de la operación de la cosa juzgada o *summa* preclusión; atribuyendo la potestad de conocimiento de este medio recursivo a la Corte de Casación.

¹³ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 218.

¹⁴ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 90.

¹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 97.

Empero y pese al saneamiento propio de la cosa juzgada, el derecho procesal civil francés ha mantenido, para situaciones de particular gravedad, la idea de inexistencia jurídica, que es definida por el conocido Vocabulario Jurídico de la Asociación Henri Capitant de la siguiente manera: "Condición del acto de procedimiento o de la providencia que no merece dicho nombre por la falta de alguno de sus elementos constitutivos esenciales; por ejemplo, la decisión dictada por una persona que no está investida de la función de juez".¹⁶

II.5. En el derecho chileno republicano anterior al Código de Procedimiento Civil de 1902, la casación formal tiene antecedente directo en el recurso de nulidad previsto en una de las leyes marianas de 1837, concebido como un recurso que ha de ejercerse *in limine litis*, antes de la operación de la cosa juzgada; sin embargo, entre 1837 y 1902 se debatía acerca de la subsistencia de la acción ordinaria de nulidad de las sentencias para evento de ciertos defectos formales graves, discusión cerrada con el Código de 1902, que descartó esa vía ordinaria; empero, la doctrina y jurisprudencia posteriores no han podido dejar de otorgar solución a casos de inexistencia procesal.

La casación formal, que fuera establecida y regulada en Chile en el Código de Procedimiento Civil de 1902, tiene antecedente inmediato en una de las leyes marianas, promulgada el 1° de marzo de 1837, que instituyó el recurso de nulidad de las sentencias definitivas viciadas de error *in procedendo*.

Eran vicios denunciables:

A. En lo concerniente a sentencias definitivas de primera y segunda instancia:

- incompetencia manifiesta del juez;
- omisión del traslado de la demanda y de los documentos que la acompañan, del emplazamiento o de la diligencia en que conste haberse verificado este trámite;
- ocultamiento a la parte recurrente de algún documento presentado por la otra y que hiciere mérito en juicio;
- denegación de prueba en una cuestión de hecho, no habiendo en los autos justificación competente de algún punto capital para el acierto en la sentencia;
- la falta de notificación a la parte recurrente del auto en que se recibe la causa a prueba; o del que no da lugar a la solicitud de término probatorio; o de aquel en que se señala día para la práctica de alguna diligencia probatoria;

¹⁶ *Vocabulario jurídico*, Asociación Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, Editorial Temis, 1995, página 461.

- el haber desechado testigos presentados por la parte recurrente dentro del número de prueba y del número que fija la ley, libres de impedimentos o de tachas legales;
- la falta de citación para sentencia definitiva;
- el haber fallado ultra petita, esto es, sobre cosas no pedidas o acerca de puntos absolutamente extraños o inconexos con lo deducido y probado en autos;
- el haber continuado conociendo del pleito el juez que se declaró legalmente implicado o que fue legítimamente recusado;
- el cohecho;
- la suposición de diligencias, falsificación de documentos u otro cualquier linaje de falsedad cometida por el juez, el escribano (secretario) o alguna de las demás personas que intervienen en los pleitos, si esta falsedad ha influido en el fallo definitivo;
- la omisión de cualquier otro trámite o formalidad por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad, como: (i) la omisión del juramento de calumnia decretado por dos veces; y (ii) la omisión de alguno de los puntos esenciales que debe contener toda sentencia definitiva; y

B. Además y sólo en lo concerniente a sentencias definitivas de segunda instancia:

- no haber oído la expresión de agravios del apelante o la respuesta del apelado en los casos en que este trámite es necesario;
- la falta de citación de las partes para la vista de la causa en los juicios de más de mil pesos, aun cuando la sentencia sea interlocutoria y en los juicios sumarios;
- la admisión de una apelación improcedente o desierta;
- el haber fallado sobre cuestión en la cual hubiere recaído ya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;
- el haber concurrido al acuerdo de la sentencia algún juez que no asistió a la vista de la causa; o haber concurrido menor número de jueces que el que la ley exige; o no haber estado presentes en el acuerdo todos los que asistieron a la vista de la causa y deben pronunciar la sentencia.

El recurso de nulidad debía entablarse dentro del plazo fatal de cinco días contados desde el *dies a quo* de la notificación de la sentencia; tenía que ser deducido ante el mismo tribunal que había pronunciado la sentencia impugnada; debía formularse por escrito y en éste tenía que hacerse "mención expresa y determinada del vicio o defecto en que se funda la nulidad"; y el recurso debía haber sido oportunamente preparado; la sentencia recaída en el recurso de nulidad no es susceptible de la deducción de este último.

Sin embargo del establecimiento legal del recurso de nulidad, hay que hacer constar que entre 1837 y 1902 se debatía “calurosamente”¹⁷ acerca de la subsistencia de la acción ordinaria de nulidad de los fallos judiciales establecida en las Leyes de Partidas para ciertos defectos graves de actividad, que comprendían hipótesis de fraude judicial, tema que fue objeto del Discurso de Incorporación de don Jorge Huneeus a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, pronunciado el 22 de abril de 1870; la jurisprudencia de los tribunales superiores decidió afirmativamente en fallos de 1862, 1863 y 1870, y negativamente en sentencias de 1859 y 1864;¹⁸ a este respecto, el Mensaje del Código de 1902 expresa que “desconoce de un modo expreso la acción ordinaria de nulidad para invalidar sentencias, no admitiéndose otro camino que el de la casación para lograr ese resultado, en obsequio a la brevedad de los procedimientos y al tranquilo goce de los derechos declarados en juicio”; veremos más tarde, empero, que la doctrina y la jurisprudencia chilenas no han podido dejar de acoger ciertos supuestos de inexistencia procesal evidente en casos tan anómalos que de ellos fluye una cosa juzgada que es meramente aparente.

II.6. Conclusiones derivadas del análisis del derecho histórico

- La idea de ineficacia jurídica de la sentencia dictada con violación de las exigencias procesales primarias es una noción de intensa garantía concebida en el derecho romano, sistema en el que un fallo de tal especie adolece de inexistencia jurídica, que redundaba en nulidad declarable por medio de acción meramente declarativa de certeza negativa y esgrimible a través de excepción ante ejecución;
- la mutación de la sanción de inexistencia jurídica o nulidad insanable del fallo en simple anulabilidad de éste, es decir, en nulidad declarable sólo en vía de recurso ejercido *in limine litis*, bajo apercebimiento de saneamiento en razón de cosa juzgada, es una noción que encuentra origen en el principio de validez formal del fallo que fue propio de los derechos germánicos y que se impuso en la época del derecho intermedio romano-germánico, primando hasta la época contemporánea;
- las ideas de simple anulabilidad del fallo y saneamiento de vicio *in procedendo* por operación de cosa juzgada sólo cobra vigor para la generalidad de los defectos formales graves, puesto que la noción romana de la inexistencia jurídica de la sentencia o nulidad insanable del fallo se mantiene hasta la época contemporánea para los casos en que no

¹⁷ Lira, *Prontuario de los Juicios*, Librería Central de Mariano Servat, 1895, Parte Teórica, Tomo I, página 340, nota (b).

¹⁸ Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 340, nota (b).

pueden reconocerse en el fallo ni siquiera sus elementos constitutivos jurídicamente esenciales;

- esta evolución institucional fue recogida en Chile en el Código de 1902 al establecerse el recurso de casación en la forma en tanto vía de impugnación que ha de ejercerse *in limine litis*, como única alternativa de invalidación del fallo para evento de concurrencia de la generalidad de los defectos formales graves; este arbitrio tiene su antecedente mediato en la *querella nullitatis* del derecho intermedio romano-germánico y sus antecedentes inmediatos en la *demande en cassation* del derecho revolucionario francés –del que proviene su denominación– y en el recurso de nulidad del derecho republicano chileno de la cuarta década del siglo XIX, a cuyo diseño se asemeja la casación formal en su configuración básica; pero la doctrina y la jurisprudencia chilenas mantienen la noción de inexistencia jurídica del fallo judicial –incluso pasado en autoridad de cosa juzgada– en los casos en que ésta es meramente aparente;
- si bien la *demande en cassation* del derecho revolucionario francés sólo podía plantearse ante la Corte de Casación, el recurso de casación en la forma del Código chileno de 1902 puede plantearse contra la sentencia de primera instancia y ante una Corte que no es de Casación –sino de Apelaciones–, singularidad que proviene de la adopción del diseño del recurso de nulidad bajo la denominación francesa de casación; y
- la atribución a la Corte de Casación chilena de la facultad de conocer del recurso de nulidad formal, que implica su involucramiento en las cuestiones de hecho determinantes de la concurrencia fáctica del motivo invalidatorio, así como en cuestiones de plena jurisdicción por medio de la posibilidad de emisión de sentencia subrogada en ciertos casos, que no son propias de un órgano de puro derecho, es una desviación del esquema original de Corte de Casación, que, no obstante, encuentra origen mediato en el propio derecho revolucionario francés e inmediato en el recurso chileno de nulidad instaurado en 1837; y en este último encuentra origen la posibilidad de deducción del recurso de casación formal en contra de la sentencia de primera instancia ante la Corte de Apelaciones, que es una particularidad del derecho nacional.

III. Bosquejo doctrinario de la nulidad formal de las sentencias civiles en el derecho chileno contemporáneo

III.1. Fundamento constitucional y ámbito concreto de la impugnación en casación formal

La casación formal es una institución procesal regulada en el Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil,¹⁹ que está destinada al escrutinio y decisión respecto de la validez de las sentencias judiciales, pero sólo desde la perspectiva de exigencias procesales mínimas, predeterminadas en la ley²⁰ y que conciernen: (i) a ciertos elementos ineludibles que han debido integrar el procedimiento o ritualidad antecedente a la sentencia jurisdiccional;²¹ y (ii) a precisas exigencias²² impuestas al contenido expositivo, argumentativo y decisional del fallo.

Unas y otras de estas exigencias procesales primarias deben ser satisfechas para que el fallo judicial configure una modalidad válida de ejercicio del poder soberano²³ en nuestro Estado de Derecho, aseveración que en Chile no es meramente doctrinaria, sino que es de lege data, porque –en el estado actual de nuestro ordenamiento normativo– la casación formal es una institución que desarrolla –en el nivel de la legalidad ordinaria– un enclave garantístico que viene previsto con prelación jerárquica en las reglas constitucionales: el inciso 1° del artículo 7° de la Carta Fundamental manda que los órganos estatales sólo actúan válidamente en la medida que obren dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley y agrega en su inciso final que todo acto que se ejecute en contravención de ese mandato es nulo; así, la casación formal –cuya operación se traduce en la invalidación de la decisión jurisdiccional adoptada fuera del marco garantístico mínimo que la ley procesal exige– sólo es bien comprendida en la medida en que se la concibe y entiende como un instrumento legal de garantía y efectividad de la base constitucional de sujeción a la juridicidad en el obrar de los órganos que ejercen el poder soberano. En otros términos, nos parece de evidencia que en Chile la casación formal tiene fundamento constitucional, en razón de la particularísima regla prevista en el artículo 7° de la Carta Fundamental, que encuentra su antecedente remoto en la norma del artículo 119 de la Constitución de 1823; nada autoriza a excluir a los órganos judiciales de la

¹⁹ Debe entenderse referida al Código de Procedimiento Civil toda cita de artículo contenida en este trabajo que no esté explícitamente referida a otro cuerpo normativo específico.

²⁰ Artículo 768.

²¹ Causales 1ª, 2ª, 3ª, 8ª y 9ª del artículo 768.

²² Causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768.

²³ No debe olvidarse que la sentencia judicial es una manifestación de la soberanía, que, al tenor del inciso 1° del artículo 5° de la CPE se ejerce “por las autoridades que esta Constitución establece”, entre las que se hallan, con arreglo al artículo 76, “los tribunales establecidos por la ley”.

calificación constitucional de “órganos del Estado”. No ocurre lo propio, por ejemplo, en el ordenamiento español.

Las exigencias procesales antecedentes mínimas de la sentencia judicial dicen relación con: **(i.a)** la competencia legal del tribunal;²⁴ **(i.b)** la legal integración personal del tribunal colegiado;²⁵ **(i.c)** la imparcialidad legal de los jueces;²⁶ **(i.d)** el cumplimiento del quórum legal en la formación de la decisión del tribunal colegiado;²⁷ **(i.e)** el pronunciamiento de la decisión por jueces que efectivamente hayan conocido de la causa por medio de su vista legal en el tribunal colegiado;²⁸ **(i.f)** el pronunciamiento de la decisión de segundo grado sobre la base de un recurso de apelación legalmente vigente;²⁹ **(i.g)** la satisfacción de los trámites y diligencias legalmente esenciales,³⁰ que, a su vez, dicen relación con³¹: **(i.g.a)** el emplazamiento legal;³² **(i.g.b)** el llamado legal a conciliación;³³ **(i.g.c)** ciertas garantías probatorias³⁴ que presentan profundidad más intensa en los juicios de mayor y de menor cuantía y en los juicios especiales,³⁵ incidiendo en éstos en el recibimiento a prueba cuando sea legalmente procedente,³⁶ la convocatoria a los actos procesales de producción probatoria,³⁷ la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión,³⁸ la agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes y la citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;³⁹ **(i.g.d)** la fijación de la causa en tabla para su vista en segunda instancia en los tribunales colegiados en la forma legal;⁴⁰ y **(i.g.e)** la convocatoria legal a oír sentencia definitiva;⁴¹ y, **(i.h)** la satisfacción de cualquier requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁴²

²⁴ Causal 1ª del artículo 768.

²⁵ Causal 1ª del artículo 768.

²⁶ Causal 2ª del artículo 768.

²⁷ Causal 3ª del artículo 768.

²⁸ Causal 3ª del artículo 768.

²⁹ Causal 8ª del artículo 768.

³⁰ Causal 9ª del artículo 768.

³¹ Previstos en el artículo 789 para los juicios de mínima cuantía; en el artículo 795 para la primera o única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y especiales; en el artículo 800 para la segunda instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y especiales; y en el artículo 796 para los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores.

³² Artículos 789, 795 N° 1°, 796 y 800 N° 1°.

³³ Artículos 789 y 795 N° 2°.

³⁴ Artículos 795 N°s 3°, 4°, 5° y 6°, artículo 796 y artículo 800 N°s 2° y 5°.

³⁵ Artículos 795 y 800.

³⁶ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 3°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁷ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 6°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁸ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 4°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁹ Artículos 795 N° 5° y 800 N° 2°.

⁴⁰ Artículo 800 N° 4°.

⁴¹ Artículos 795 N° 7° y 800 N° 3°.

⁴² Causal 9ª del artículo 768.

Las exigencias procesales requeridas al contenido expositivo, argumentativo y decisorio de la sentencia jurisdiccional, por su parte, tienen que ver con: **(ii.a)** la exigencia de exhaustividad⁴³ (ausencia de vicio de incongruencia omisiva o por defecto) de la exposición, de la argumentación de hecho y de derecho y de la decisión,⁴⁴ en modalidad simple, esto es, que el fallo las contenga efectivamente; **(ii.b)** la exigencia de exhaustividad (ausencia de vicio de incongruencia omisiva o por defecto) de la argumentación de hecho y de derecho y de la decisión,⁴⁵ en modalidad compleja, es decir, que la fundamentación y decisión contenidas en el fallo no padezcan de incoherencia o contradicción; **(ii.c)** la prohibición de indefensión procesal causada por omisión de oportuno sometimiento del asunto decidido a previa contradicción entre partes,⁴⁶ esto es, la congruencia del fallo (ausencia de vicio de incongruencia por *extrapetita partum* o *ultra petita partum*); y **(ii.d)** el respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada (*rei iudicata*).⁴⁷

Se ha aludido a las exigencias procesales mínimas, básicas o fundamentales, porque el instituto de la casación formal recibe aplicación como mecanismo de anulación de *toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées*, pero a condición que se trate de *formes de procédure prescrites sous peine de nullité*, en la fórmula de Chapelier, recogida por el legislador revolucionario francés.⁴⁸ No todos los errores *in procedendo* cometidos en el juicio de mérito pueden dar lugar a casación del fallo judicial, sino sólo algunos, taxativamente enumerados por el legislador, que –en palabras de Calamandrei– “de una manera más grave afectan la regularidad de la construcción procesal”.⁴⁹

De este principio, recogido con absoluta claridad por el legislador chileno en los artículos 768, 789, 795, 796 y 800, se sigue que es posible distinguir normas procesales primarias, cuya infracción origina la nulidad formal de la sentencia que tiene base en procedimiento írrito, declarable a través de casación formal del fallo; que son diversas de las normas procesales secundarias, concernientes a formas de procedimiento de menor intensidad imperativa, reclamables sólo por medio de recursos ordinarios e incidencias generales y especiales –como la

⁴³ La exigencia de exhaustividad del fallo consiste en que deben ponderarse y decidirse en la sentencia todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; el vicio de falta de exhaustividad en las sentencias es incorrectamente denominado por la jurisprudencia española como “incongruencia omisiva o por defecto” (Montero, *Los recursos en el proceso civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, página 419, con cita de sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000).

⁴⁴ Causal 5ª del artículo 768.

⁴⁵ Causales 5ª –en relación con los numerales 4ª y 5ª del artículo 170– y 7ª del artículo 768.

⁴⁶ Causal 4ª del artículo 768.

⁴⁷ Causal 6ª del artículo 768.

⁴⁸ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen 1, parte 2, página 90, nota 88.

⁴⁹ Calamandrei, citado, volumen 2, página 49.

de nulidad procesal—⁵⁰ pero cuya infracción —en la medida en que en el criterio legal no afecta a los cimientos básicos de la construcción procesal— no transmite vicio decisivo a la sentencia del juicio de mérito, la que, por lo mismo, no es declarable en casación formal.

En otros términos de expresión del mismo concepto, que pudieren generar mayor claridad, son normas procesales primarias aquellas cuya infracción —por imperio de los artículos 768, 789, 795, 796 y 800— transmite vicio de nulidad a la sentencia del juicio de mérito, esto es, al dispositivo del fallo, cuya nulidad cabe declarar en casación formal; en tanto que son normas procesales secundarias aquellas cuya infracción, conforme a los preceptos recién mencionados, sólo puede ser corregida por medio de vías ordinarias distintas de la casación formal, puesto que no origina nulidad del *dictum* judicial, saneándose el vicio en razón del efecto preclusivo de la emisión de la sentencia del juicio de mérito.

La regulación de la ley procesal, en cuanto distingue vicios de nulidad procesal circunscrita a los actos írritos en sí mismos, que no se transmiten al dispositivo del fallo judicial y que en consecuencia no originan casación formal de éste, de otros vicios de nulidad procesal taxativamente predispuestos por el legislador, que sí se transmiten a éste, halla perfecta coherencia con la regla del artículo 7° de nuestra Carta Fundamental; puesto que ésta se limita a mandar que los actos de los órganos estatales labrados fuera de su competencia legal o en forma diversa a la prescrita en la ley son nulos y esto mismo es lo que surge del ordenamiento procesal; el mandato constitucional no ha previsto que la nulidad por todo error *in procedendo* se transmita siempre a la sentencia del juicio de mérito, y es sólo ésta —la que se transmite porque incide verdaderamente en los cimientos esenciales de construcción del *dictum* judicial— la nulidad que es declarable en casación formal.

Aplicados los razonamientos precedentes a los juicios de mayor y de menor cuantía y a los juicios especiales, en doble instancia, sustanciados por juez unipersonal en primer grado y tribunal colegiado en segundo grado, fluye lo siguiente:

A. Que la sentencia definitiva de primera instancia, en perspectiva procesal, sólo es válida en la estricta medida en que:

A.1. haya incidido en un procedimiento antecedente que reúna las siguientes condiciones:

⁵⁰ Calamandrei, citado, volumen 2, página 49.

- competencia legal del tribunal;⁵¹
- imparcialidad legal del juez;⁵²
- emplazamiento legal;⁵³
- llamado legal a conciliación;⁵⁴
- recibimiento a prueba cuando haya sido legalmente procedente;⁵⁵
- convocatoria a los actos procesales de producción probatoria;⁵⁶
- práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión;⁵⁷
- agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes;⁵⁸
- citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;⁵⁹ y
- convocatoria legal a oír sentencia definitiva.⁶⁰

A.2. el contenido expositivo, argumentativo y decisonal de la sentencia reúna las siguientes condiciones:

- exhaustividad simple de la exposición (inserción efectiva de ésta);⁶¹
- exhaustividad simple de la argumentación de hecho (inserción efectiva de ésta);⁶²
- exhaustividad simple de la argumentación de derecho (inserción efectiva de ésta);⁶³
- exhaustividad simple de la decisión (inserción efectiva de ésta);⁶⁴
- exhaustividad compleja de la argumentación de hecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁵
- exhaustividad compleja de la argumentación de derecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁶
- exhaustividad compleja de la decisión (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁷

⁵¹ Causal 1ª del artículo 768.

⁵² Causal 2ª del artículo 768.

⁵³ Artículo 795 N° 1° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁴ Artículo 795 N° 2° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁵ Artículo 795 N° 3° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁶ Artículo 795 N° 6° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁷ Artículo 795 N° 4° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁸ Artículo 795 N° 5° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁹ Artículo 795 N° 5° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁶⁰ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 1°, 2° y 3°.

⁶¹ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°.

⁶² Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°.

⁶³ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 6°.

⁶⁴ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁵ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁶ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de derecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁷ Causal 7ª del artículo 768.

- congruencia del fallo (ausencia de vicio de *extrapetita partum* o *ultra petita partum*);⁶⁸ y,
- respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada;⁶⁹ y

A.3. que el procedimiento antecedente a la sentencia y ésta satisfagan todo requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁷⁰

Y

B. Que la sentencia definitiva de segunda instancia, en perspectiva procesal, sólo es válida en la estricta medida en que:

B.1. haya incidido en un procedimiento antecedente que reúna las siguientes condiciones:

- vigencia legal del recurso de apelación;⁷¹
- competencia legal del tribunal;⁷²
- imparcialidad legal de los jueces;⁷³
- emplazamiento legal perfeccionado con anterioridad al conocimiento del recurso de apelación por el tribunal;⁷⁴
- recibimiento a prueba cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁵
- convocatoria a los actos procesales de producción probatoria cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁶
- práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁷
- agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes;⁷⁸
- citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;⁷⁹

⁶⁸ Causal 4ª del artículo 768 en relación con el artículo 160.

⁶⁹ Causal 6ª del artículo 768.

⁷⁰ Causal 9ª del artículo 768. Es interesante acotar que a efectos de casación formal no se ha seguido el sistema gregoriano que considera implícita en toda prescripción procesal la sanción de nulidad procesal (Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, c); en Chile, la sanción de nulidad procesal debe venir expresamente predispuesta en la ley. Distinta es la regulación de la nulidad procesal declarable a través de incidencia, la que procede en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad (inciso 1º del artículo 83).

⁷¹ Causal 8ª del artículo 768.

⁷² Causal 1ª del artículo 768.

⁷³ Causal 2ª del artículo 768.

⁷⁴ Artículo 800 N° 1º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁵ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁶ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁷ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁸ Artículo 800 N° 2º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁹ Artículo 800 N° 2º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

- convocatoria legal a oír sentencia definitiva;⁸⁰
- fijación de la causa en tabla para su vista en la forma legal;⁸¹
- cumplimiento del quórum legal en la formación de la decisión del tribunal;⁸²
y
- pronunciamiento de la decisión por jueces que efectivamente hayan conocido de la causa por medio de su vista legal;⁸³

B.2. el contenido expositivo, argumentativo y decisonal de la sentencia reúna las siguientes condiciones:

- exhaustividad simple de la exposición (inserción efectiva de ésta);⁸⁴
- exhaustividad simple de la argumentación de hecho (inserción efectiva de ésta);⁸⁵
- exhaustividad simple de la argumentación de derecho (inserción efectiva de ésta);⁸⁶
- exhaustividad simple de la decisión (inserción efectiva de ésta);⁸⁷
- exhaustividad compleja de la argumentación de hecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁸⁸
- exhaustividad compleja de la argumentación de derecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁸⁹
- exhaustividad compleja de la decisión (coherencia o ausencia de contradicción);⁹⁰
- congruencia del fallo (ausencia de vicio de *extrapetita partum* o *ultra petita partum*);⁹¹ y,
- respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada;⁹² y

⁸⁰ Artículo y 800 N° 3° en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁸¹ Artículo 800 N° 4° en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁸² Causal 3ª del artículo 768.

⁸³ Causal 3ª del artículo 768.

⁸⁴ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 1°, 2° y 3°; con arreglo a los incisos 2° y 3° del artículo 170 la sentencia confirmatoria, que no modifica el fallo de primer grado, sólo requiere estas exigencias en la medida que éste no las contenga, y la sentencia revocatoria o modificatoria, igualmente, sólo requiere estas exigencias en la medida que éste no las contenga, puesto que si las contiene basta con la referencia a ellas.

⁸⁵ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°. Con arreglo al inciso 2° del artículo 170, la sentencia confirmatoria, que no modifica el fallo de primer grado, sólo requiere esta exigencia en la medida que éste no la contenga, lo que no obsta evidentemente a que la sentencia de segundo grado modifique, sustituya o complemente las consideraciones de hecho del dictamen de primera instancia.

⁸⁶ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°.

⁸⁷ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 6°.

⁸⁸ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁸⁹ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de derecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁹⁰ Causal 7ª del artículo 768.

⁹¹ Causal 4ª del artículo 768 en relación con el artículo 160 y con el inciso 1° del artículo 189.

⁹² Causal 6ª del artículo 768.

B.3. el procedimiento antecedente a la sentencia y ésta satisfagan todo requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁹³

De lo explicado se colige que la satisfacción plena de unas y otras de las dos categorías de exigencias procesales mínimas –pertinentes al procedimiento antecedente al fallo y a la formulación de éste– constituye una condición que es normativamente ineludible a la legitimación primaria de las sentencias judiciales y que origina la validez de éstas en la perspectiva procesal, es decir, en el capítulo concerniente a la contribución de la normativa procesal a la obtención de una decisión jurisdiccional justa; esta contribución a la interacción social civilizada es la finalidad fundamental del proceso, puesto que no debe olvidarse la enseñanza del ilustre procesalista florentino: “yo no sé concebir otra interpretación que no sea la finalista: el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara”.⁹⁴ En esta orientación teleológica pueden comprenderse adecuadamente las expresiones vertidas en otra obra suya: “el proceso debe estar construido de modo que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo las probabilidades de una sentencia injusta”.⁹⁵

Es por esto que la omisión de esas exigencias legales primarias en la construcción que ha de servir de cimiento de la sentencia judicial autoriza la declaración de nulidad de ésta, bien en virtud de recurso de parte,⁹⁶ bien de oficio;⁹⁷ y es a estos fines que la ley procesal civil instituye la casación formal como instrumento de desarrollo del principio de juridicidad en el orden judicial,⁹⁸ cautelando esta base

⁹³ Causal 9ª del artículo 768. Es interesante acotar que a efectos de casación formal no se ha seguido el sistema gregoriano que considera implícita en toda prescripción procesal la sanción de nulidad procesal (Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, c); en Chile, a los efectos de este vicio de casación formal, la sanción de nulidad procesal debe venir expresamente predisuelta en la ley. Distinta es la regulación de la nulidad procesal declarable a través de incidencia, la que procede en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad (inciso 1º del artículo 83).

⁹⁴ Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, volumen III, página 211.

⁹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 202.

⁹⁶ Artículos 764, 765, 766, 768, 770, 771 y 772.

⁹⁷ Artículo 775.

⁹⁸ El examen de la aplicación directa de la sanción constitucional de la nulidad de derecho público propiamente tal –prevista en el artículo 7º de la CPE– a las sentencias judiciales no es objeto de este trabajo y excede sobradamente a la extensión máxima de estas líneas; sin perjuicio, es interesante dejar anotado que algunos fallos del tribunal pleno de la Corte Suprema comienzan a reflexionar a este respecto, aunque sea tímidamente; así, se ha resuelto que la competencia del tribunal es condición de la legitimidad de las decisiones que se emitan en toda tramitación judicial, según lo prescribe el artículo 108 del COT, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 7º de la CPE (Rol N° 4.783/02); y una prevención de los ministros Libedinsky, Tapia, Gálvez, Álvarez, Hernández, Marín, Yurac, Espejo y Oyarzún, ha expresado que al tribunal le está vedado examinar asuntos ajenos al otorgamiento o rechazo de la autorización que le es requerida, porque la competencia de todo órgano jurisdiccional es condición esencial de la legitimidad de sus actuaciones, con arreglo a lo que previenen los artículos 7º, 10 y 108 del COT, en armonía con el inciso 1º del artículo 7º de la CPE; serían inválidas las resoluciones

fundamental, prevista en los incisos 1° y 3° del artículo 7° de la Constitución Política;⁹⁹ y otorgando satisfacción a la garantía constitucional de racionalidad y justicia de la ley procesal que es asegurada a todas las personas en el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la misma Carta Fundamental.

Aunque no es objeto específico de este trabajo, es conveniente dejar anotado que la legitimación jurídica máxima y validez plena de la sentencia judicial sólo se completa con la correcta aplicación de las leyes decisorias de la litis, cuya infracción –influyente en lo dispositivo– motiva nulidad¹⁰⁰ declarable por la Corte Suprema a través de casación de fondo,¹⁰¹ en razón de recurso de parte¹⁰² o de oficio en evento de defecto de formalización de la impugnación.¹⁰³

III.2. Anulabilidad de la sentencia que padece de vicio de casación formal sobre la base de ejercicio de medio de gravamen; eventual saneamiento del error *in procedendo* en razón de omisión de impugnación oportuna y surgimiento de la cosa juzgada:¹⁰⁴

Corresponde ahora precisar que del vicio *in procedendo* que origina nulidad procesal declarable en casación formal no surge una nulidad que opere ipso jure y pueda también ser declarada por medio de una acción ordinaria de declaración de certeza o a través de excepción que pueda oponerse ante la orden de ejecución del fallo; contrariamente, se trata de una anulabilidad de la sentencia que debe declararse en la época en que la ley procesal admite, esto

que pudieran adoptarse acerca de materias que no consistan específicamente en la decisión legalmente facultada (Rol N° 1.969/03).

⁹⁹ En relación con sus precedentes artículos 5° y 6°.

¹⁰⁰ Artículos 764, 765, 767 y 785.

¹⁰¹ Tanto la casación formal por error *in procedendo* como la casación de fondo por error *in iudicando* permite la declaración de nulidad de la sentencia que padece de uno u otro defecto, en los casos en que el instituto puede operar con arreglo a la ley procesal; así surge de las disposiciones que se han mencionado. En el orden doctrinario, en lo que hace a la casación de fondo por error *in iudicando*, existe discrepancia que ha enfrentado a los más notables procesalistas italianos de la primera mitad del siglo pasado; en el parecer de Chiovenda, la casación formal permite invalidación por defecto de actividad, desapareciendo la sentencia como acto jurídico, de suerte que ha de considerarse no producida; pero la casación de fondo corresponde a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia examinada, para la determinación de violación o falsa aplicación de la ley, de manera que el fallo casado cesa de tener valor como acto de aplicación de la ley decisoria de la litis, pero subsiste como acto jurídico válido en sí; en cambio, en opinión de Calamandrei, que razona sobre la base de textos normativos similares a los chilenos, la invalidación ocurre en uno y otro caso, resultado que conlleva un efecto garantístico más intenso (respecto de esta polémica: Calamandrei, *La Casación Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, N° 112, páginas 331 y siguientes).

¹⁰² Artículos 764, 765, 766, 767, 770, 771 y 772.

¹⁰³ Artículo 785.

¹⁰⁴ Es de interés acotar que en opinión del profesor Ortiz Sepúlveda, “instituciones como la cosa juzgada, la prescripción o los plazos, son una elocuente demostración del sacrificio de la moral en beneficio de la seguridad” (“La moralización del proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 177, enero-junio 1985, página 124).

es, *in limine litis*, de modo que la culminación o fenecimiento¹⁰⁵ del juicio –sin casación formal del fallo– conlleva el saneamiento del vicio de anulabilidad en virtud del efecto preclusivo que es propio de la cosa juzgada.

Se advertirá que este criterio obedece a una sostenida e interesante evolución de los sistemas jurídicos, desde una nulidad *ipso jure* por vicio *in procedendo* declarable por medio de acción ordinaria de declaración negativa de certeza –propia de los antecedentes romanos– hasta una anulabilidad que sólo es declarable en *limine litis* y en casación formal como medio de remoción de gravamen y con necesaria antelación a la cosa juzgada.

La sentencia es “anulable” cuando está “provista de todos los elementos necesarios para su existencia jurídica e idónea en su contenido para producir certeza en cuanto a la relación controvertida, pero está sin embargo afectada por un vicio de construcción (error *in procedendo*) en virtud del cual surge a favor de una parte el derecho de provocar por parte del juez su invalidación; en este caso la doctrina habla de anulabilidad o de nulidad sanable, porque cuando la parte, en el término que la ley le asigna, no se valga de este derecho de provocar la anulación, la sentencia mantiene definitivamente plena eficacia, como si el vicio que la afecta no hubiese existido nunca”.¹⁰⁶

Es este –el de la anulabilidad– el caso de la sentencia judicial que es pasible de invalidación por medio de casación formal, es decir, a través del ejercicio de un medio de gravamen; entretanto, el fallo se halla sujeto a condición resolutoria en opinión de Mortara y Kohler; o corresponde a una situación jurídica de posibilidad de sentencia, en la tesis de Chiovenda, en el sentido que “se transformará en un verdadero y propio acto jurisdiccional capaz de establecer la certeza del derecho solamente cuando haya quedado excluida la posibilidad de que sea emanado un nuevo pronunciamiento del juez superior”; o a un acto sometido a revocación en el parecer de Rocco; o a un fallo sujeto a condición suspensiva en la idea de Vasalli.¹⁰⁷ Como enseña

¹⁰⁵ Utilizamos en el texto una forma del verbo “fenecer” que, en otra modalidad, emplea la Carta Fundamental en el inciso 1° del artículo 76 al aludir a “procesos fenecidos”; esto es, a aquellos en que ha operado la cosa juzgada, al menos formal; sin que haya duda en orden a que este precepto constitucional ampara la cosa juzgada frente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la doctrina y la jurisprudencia debaten arduamente en orden a si es posible derivar de allí la protección constitucional de la cosa juzgada respecto de sentencias judiciales sucesivas (Pereira, “Fundamento constitucional de la cosa juzgada”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 175, páginas 29 y siguientes; Pereira, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Editorial Conosur, 1997, páginas 24 y siguientes; y Salas, “Reconocimiento constitucional de la acción procesal y de la jurisdicción de equidad y desamparo de la inmutabilidad de las decisiones judiciales”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 178, páginas 123 y siguientes).

¹⁰⁶ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 195.

¹⁰⁷ Calamandrei, *La casación civil*, páginas 208 y siguientes.

Calamandrei, ha ocurrido la “absorción de los motivos de nulidad en motivos de gravamen”¹⁰⁸ y la “nulidad” se ha convertido en “anulabilidad”.¹⁰⁹

III.3. La inexistencia procesal de la sentencia civil como límite al saneamiento del error *in procedendo*; fundamento constitucional y debido proceso.

Pero es preciso aclarar que el saneamiento del vicio *in procedendo* por fenechimiento del proceso judicial –sin que haya mediado casación formal oportuna– y coetánea *rei iudicata* constituye sólo la regla general, que cede en evento de cosa juzgada que lo sea meramente aparente; en términos tales que la ritualidad judicial sustanciada no sea más que la materialidad de un dossier que carece de eficacia de derecho en razón de omisión de presupuestos de existencia de la relación jurídico-procesal,¹¹⁰ llamados por Calda¹¹¹ “elementos conceptuales de la sentencia”, por Baligand¹¹² “caracteres conceptuales de la sentencia”, por Wach¹¹³ “caracteres esenciales de la sentencia” y por Hellwig¹¹⁴ la omisión del “estado de hecho que la ley presupone cuando habla de una sentencia”.

En estos casos, en opinión de Calamandrei, “aunque exteriormente se ofrezca una apariencia de fallo, se trata en realidad de un estado de hecho que jurídicamente no puede ser sentencia y que no tiene ninguno de los efectos de la sentencia, ni dentro del proceso, ni fuera de él”, de manera que la sentencia adolece de “inexistencia”¹¹⁵ que es declarable mediante el ejercicio de una acción ordinaria de declaración negativa de certeza,¹¹⁶ cuyo ejercicio “sería jurídicamente absurdo limitar dentro de un término prescripcional”;¹¹⁷ entre nosotros, Hoyos, que no se está más que ante “la vacua imagen de un proceso inexistente o nulo induciendo a error a la masa de los justiciables”.¹¹⁸

¹⁰⁸ Es decir, de ejercicio del derecho de gravamen, que es el poder de la parte vencida de provocar una nueva decisión sobre la relación jurídica controvertida en un grado superior de jurisdicción (Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 204).

¹⁰⁹ Calamandrei, *Instituciones*, obra citada, volumen III, página 298.

¹¹⁰ Pereira, obra citada, páginas 127 y siguientes.

¹¹¹ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹² Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹³ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹⁴ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194.

¹¹⁶ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 201.

¹¹⁷ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 201. El maestro florentino agrega más adelante que “prohibir poner en claro un fenómeno que ya existe como realidad jurídica, esto es, aquel vicio que quita perpetuamente a la sentencia toda aptitud para llevar la estabilidad y la certeza a las relaciones jurídicas sería el colmo del bizantinismo; a fin de tutelar, en interés de la paz social, la estabilidad de los fallos, se llegaría a hacer servir la incontrovertibilidad, que normalmente deriva de la cosa juzgada, para el objeto perfectamente opuesto, de hacer definitivo e incontrovertible el estado de falta de certeza jurídica de la relación controvertida (obra citada, volumen II, página 349). Lo que no debe llevar a olvidar que, como lo indica Chiovenda, la regla general está constituida siempre por el principio de la sanabilidad de los vicios por el transcurso de los términos para la impugnación (idem, página 351).

¹¹⁸ Hoyos, *Temas fundamentales de derecho procesal*, Editorial Jurídica, 1987, página 207.

Un caso de cosa juzgada aparente que se halla regulado por la ley procesal civil con especificidad es el previsto en los artículos 80 y 81, que admiten al litigante rebelde instar incidentalmente¹¹⁹ por la nulidad de todo lo obrado en el juicio en que no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, ofreciendo acreditar que por causa que no le ha sido imputable “han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44 o que ellas no son exactas en su parte substancial”; derecho que puede ejercer dentro de cinco días “contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido la institución de la cosa juzgada aparente y la sanción de nulidad de lo obrado¹²⁰ –declarable por medio de incidencia– a otros casos de defectuoso emplazamiento, como el proceso que se ha seguido con persona que carece de capacidad procesal,¹²¹ hipótesis también aceptada por la doctrina;¹²² que extiende la sanción a la omisión de concurrencia del presupuesto procesal que es la carencia de jurisdicción del órgano cognoscente.¹²³

Es que no es posible en ningún sistema jurídico ignorar la institución de la inexistencia jurídica en el orden procesal, entendida ésta –tal cual la define la doctrina procesal civil francesa– como la “condición del acto de procedimiento o de la providencia que no merece dicho nombre por la falta de alguno de sus elementos constitutivos esenciales; por ejemplo, la decisión dictada por una persona que no está investida de la función de juez”.¹²⁴

No es posible ignorarla –a pretexto de sanabilidad–, porque se inserta en las leyes que gobiernan el pensamiento humano; como enseñaba Aristóteles de Estagira, si hay ideas de las cosas que son, tendrán que haber ideas de las cosas que no son, de modo que la apariencia material de un fallo judicial es ontológicamente una sentencia jurisdiccional en la medida que podamos predicar de ella ciertas cualidades que le son esenciales, en términos tales que si éstas faltan, pues la apariencia de fallo judicial no es una sentencia jurisdiccional

¹¹⁹ Por mucho que la pretensión anulatoria se conciba en Chile como un artículo, esto es, como una cuestión accesoria del juicio, conceptualmente constituye una acción impugnatoria autónoma, en terminología de Montero (*Los recursos en el proceso civil*, obra citada, página 812; la vía chilena es equivalente al llamado “recurso de audiencia al rebelde” en la LEC de 1881 y “rescisión de sentencia firme” en la LEC de 2000) o acción declarativa de certeza negativa en las palabras de Calamandrei.

¹²⁰ Salas explica que “mientras no se abra campo en la jurisprudencia a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial (*Los Incidentes*, Editorial Jurídica, 1994, página 76).

¹²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 47, sección 1ª, página 247.

¹²² Santa Cruz, *Las nulidades en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 1942, página 86, citado en Pereira, *La cosa juzgada en el proceso civil*, obra citada, página 128, nota 153.

¹²³ Santa Cruz, ídem; también Hoyos, obra citada, página 207.

¹²⁴ *Vocabulario jurídico*, Asociación Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, Editorial Temis, 1995, página 461.

porque su sustancia no es lo que parecer ser;¹²⁵ es éste, claramente, el caso de una sentencia dictada por quien no es legalmente un juez¹²⁶ o el caso del fallo dictado en un proceso en que el demandado no ha sido legalmente emplazado, bien personalmente, bien por medio de quien no le representa en derecho, o en un proceso que se ha seguido en contra de una supuesta persona jurídica que carece de existencia legal o que se ha extinguido con antelación al emplazamiento; o el caso de una apariencia de fallo que no contiene una parte dispositiva o que contiene dispositivos contradictorios e incompatibles entre sí; idea que puede aplicarse además a la cosa juzgada labrada por fraude del juez o de las partes.

En síntesis, hay inexistencia procesal en los casos en que se está frente a una forma de la que ontológicamente no puede predicarse que “es” una sentencia, situaciones en que cabrá pronunciar su radical nulidad con fundamento y amparo en la regla del artículo 7° de la Carta Fundamental; como se ha visto, pese a la enorme fuerza del principio germánico de la validez formal de la sentencia judicial, de la que surgió la nulidad y el saneamiento por la operación de la cosa juzgada, éste encuentra límite en la idea racional que proviene de la filosofía realista aristotélica y este límite no ha podido menos que ser admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en eventos como los que han sido consignados previamente.

Es oportuno expresar que esta institución ha cobrado renovada vigencia en el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 22 de noviembre de 2004, resolvió que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales¹²⁷ ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”; de modo que cabe esperar la extensión de la idea de inexistencia de la sentencia judicial a los casos de infracción grave del debido proceso y de las garantías judiciales mínimas; en otros términos: la sujeción de la sentencia judicial al debido proceso y a las garantías judiciales mínimas viene a constituir –en el derecho contemporáneo– un elemento normativo que integra su sustancia o esencia ontológica.

¹²⁵ García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, Editorial Losada, 2004, páginas 112 y siguientes.

¹²⁶ Es éste el caso de los llamados “jueces tributarios” delegados de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos en aplicación de la regla prevista en el artículo 116 del Código Tributario; a este respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho: “23° Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental” (sentencia de 5 de septiembre de 2006 dictada en los autos Rol N° 499/06).

¹²⁷ *Cfr.*, *inter alia*, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998), art. 20; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, UN Doc. S/Res/955 (1994), art. 9; y Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, UN Doc. S/Res/827 (1993), art. 10.

III.4. Preparación del recurso como exigencia de justicia, moralidad y conveniencia.

Es interesante agregar que nuestro legislador –con origen directo en el artículo 15 de la ley mariana de 1° de marzo de 1837– previene como regla general que para que pueda ser admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley;¹²⁸ de este modo la ley procesal civil ha establecido, en cuanto obstáculo a la casación formal, la institución que la doctrina moderna conoce como abuso institucional de derecho por reclamación extemporánea¹²⁹ y que es esencial a una correcta operatoria procesal, porque no puede aceptarse que el litigante, objetando errores *in procedendo*, “cree dificultades a su adversario sin defender intereses propios legítimos”,¹³⁰ cuyo es el caso de la reclamación extemporánea o reservada. En efecto, la exigencia de preparación de la casación formal obedece a “un principio de justicia, de conveniencia y aun de moralidad”; porque “no es justo tener a los tribunales en perpetua ansiedad dejando al arbitrio de los litigantes el reclamar sin restricción de tiempo los defectos que tal vez inadvertidamente puedan aquellos cometer; ni es conveniente que pudiendo subsanarse una falta por el mismo que incurrió en ella, se permita –sin reclamar ante él– recurrir a otro tribunal y apelar a un medio extremo; ni puede permitirse, sin ofensa de la moralidad y sin faltar al decoro debido a la magistratura, que el litigante que advierte un defecto –muchas veces consentido o provocado por él– use de la perfidia de esperar a la determinación final del negocio, para, si le es contraria, reclamarla por el defecto consentido si le es desfavorable o conformarse con ella si le es favorable”;¹³¹ es ésta otra manifestación –especialmente fina– de la conversión de la acción ordinaria de nulidad por error *in procedendo* en medio de gravamen.

Se hace excepción a la exigencia de preparación: (i) en el sentido que cuando se trata de impugnar en casación formal la sentencia de segundo grado por motivo de *ultra petita partum*, *rei iudicata* o decisiones contradictorias, es innecesario que se haya reclamado contra la sentencia de primera instancia, aun cuando hayan afectado también a ésta los vicios que motivan el recurso;¹³² (ii) cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta;¹³³ (iii) cuando la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo

¹²⁸ Inciso 1° del artículo 769.

¹²⁹ Zeiss, *El dolo procesal*, Ejea, 1979, página 37.

¹³⁰ Zeiss, obra citada, página 37.

¹³¹ Bravo Murillo, citado por Pacheco en sus *Comentarios al Decreto de 4 de noviembre de 1838 que reglamentó en España el recurso de nulidad*, citado a su vez por Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 345, nota (u).

¹³² Inciso 3° del artículo 769.

¹³³ Inciso 2° del artículo 769.

de la sentencia que se trata de casar;¹³⁴ y (iv) cuando la falta haya llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia;¹³⁵ en el caso (i) la ley procesal civil privilegia la subsanación del error *in procedendo* en atención a su intensa gravedad en la operatoria jurisdiccional; y en los casos (ii), (iii) y (iv), la previa reclamación es lógicamente inexigible.

III.5. La exigencia de nexo causal entre el error *in procedendo* y el dispositivo del fallo como baremo de trascendencia del vicio de casación formal.

Pero no basta con la concurrencia de un motivo de casación formal para que la sentencia que padece de vicio pueda ser abrogada de la realidad jurídica concreta: el inciso 3° del artículo 768 dispone que el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del fallo. El profesor penquista don Julio Salas, tratando del principio de trascendencia de la nulidad procesal, recuerda las palabras de Couture: “para llegar a una adecuada solución en materia de nulidades por defectos de forma, hay que tener en cuenta que ella no es sino un medio de protección de intereses jurídicos lesionados a raíz del apartamiento de las formalidades y no una manera de amparar preciosismos jurídicos”.¹³⁶ En el orden de la casación formal –que es una modalidad de operación de la nulidad procesal– el legislador ha recogido el más exigente de todos los baremos de trascendencia del vicio¹³⁷ –sostenido por Mortara y criticado por la Relazione de Stoppato con análisis de legislaciones extranjeras– al recoger el sistema “que guarda relación con el nexo de causalidad entre la inejecución de ley procesal y el contenido de la sentencia” en términos tales que producen nulidad del fallo “solamente aquellas inejecuciones de preceptos procesales que puedan originar consecuencias sobre la decisión del mérito en daño de una de las partes (*pas de nullité sans grief*)”;¹³⁸ de modo que, en Chile, el acogimiento imperativo de la casación formal depende de que pueda demostrarse no sólo la existencia del error *in procedendo*, sino la rigurosa circunstancia de que el dispositivo agravante al recurrente trae una causa que es posible atribuir o imputar al vicio formal.

¹³⁴ Inciso 2° del artículo 769.

¹³⁵ Inciso 2° del artículo 769.

¹³⁶ Salas, *Los Incidentes*, Editorial Jurídica, 1994, página 86. Acerca de la referencia a la doctrina del sabio procesalista uruguayo sobre el principio de trascendencia, véase Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Desalma, 1990, página 390.

¹³⁷ Que es ésta una manifestación del principio de trascendencia se expresa en Salas, “Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena”, publicado originariamente en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 151-152, enero-junio de 1970, y en la Revista de Derecho Procesal, noviembre de 1972, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; y en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Lexis Nexis, 2006, página 188.

¹³⁸ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, d).

III.6. La casación formal como remedio extremo.

No puede preterirse, tampoco, que la casación formal chilena está concebida como un remedio extremo,¹³⁹ en el sentido que la casación formal no es de acogimiento imperativo en todo caso en que el daño derivado del error *in procedendo* habría podido o puede ser removido a través de otros medios procesales;¹⁴⁰ y esto por dos razones de *iure conditio*.

En primer lugar, porque al tenor del inciso 3° del artículo 768 el tribunal podrá desestimar el recurso de casación si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, de modo que si es posible que el agraviado quede indemne del efecto pernicioso del error *in procedendo* a través de otra vía procesal—como el fallo del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que ha de haber sido deducido conjuntamente—¹⁴¹ la impugnación formal puede ser rechazada.

Y, en segundo lugar, porque con arreglo al inciso final del artículo 768 el tribunal que conoce de la impugnación puede asimismo desestimar el recurso de casación en la forma limitándose a ordenar al de la causa que complete la sentencia cuando el vicio en que se funda el recurso sea la falta de pronunciamiento sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer oportunamente en el juicio; principio que es reiterado en el ámbito de la casación oficiosa por el inciso 2° del artículo 775 en cuanto previene que si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer en el juicio, el tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido.

III.7. El pronunciamiento de nulidad, en casación formal, como una declaración constitutiva; distinción en el orden de la inexistencia.

Por otra parte, en los términos de nuestro ordenamiento positivo,¹⁴² en evento de acogimiento de la impugnación, el fallo debe declarar la invalidación o casación¹⁴³ de la sentencia atacada. Este pronunciamiento tiene carácter

¹³⁹ Bravo Murillo, citado por Pacheco en sus Comentarios al Decreto de 4 de noviembre de 1838 que reglamentó en España el recurso de nulidad, citado a su vez por Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 345, nota (u); con la misma terminología, Chioyenda, *Principios*, citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen I, página 212.

¹⁴⁰ Esta específica modalidad de la concepción de la casación formal como remedio extremo, que se halla en la ley chilena, es distinta de la abordada—en sentido positivo y negativo—por la doctrina italiana clásica de Chioyenda y Calamandrei; véase, Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, páginas 244 y siguientes, en relación con el volumen I, páginas 211 y siguientes.

¹⁴¹ Inciso 2° del artículo 770.

¹⁴² Artículo 786.

¹⁴³ La palabra “casar” proviene del latín *casare*, que significa abrogar o derogar; por su parte, “casación” proviene del término francés *cassation*, derivado a su vez de *casser*, que se traduce como anular, romper o quebrantar.

constitutivo, porque produce en el mundo jurídico una variación.¹⁴⁴ No se trata de la simple declaración de una situación jurídica que es propia de una declaración de certeza. La variación negativa quita existencia y eficacia a la sentencia impugnada, que “se considera desde aquel momento en adelante como si nunca hubiera existido”,¹⁴⁵ cualquiera haya sido el motivo acogido. Diversa es la situación de la nulidad pronunciada por vicio de inexistencia; pese a que es de obvia necesidad el pronunciamiento judicial anulatorio, éste tiene la naturaleza de una declaración de certeza negativa, como ocurría en el derecho romano.

III.8. Eficacia de la declaración de nulidad, en casación formal, y suerte ulterior del proceso.

Pero en lo que hace a la suerte ulterior del proceso sí es preciso distinguir: (i) si el vicio que ha dado lugar a la invalidación de la sentencia fuere alguno de los de *ultra petita partem*, infracción a la cosa juzgada, omisión de exhaustividad de la exposición o de la argumentación de hecho y de derecho y o de la decisión u omisión de coherencia de la argumentación de hecho o de derecho o de la decisión, contemplados en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768, los incisos 3º y final del artículo 786 previenen que deberá el mismo tribunal que declaró la casación formal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley; así, el tribunal de casación se subroga al tribunal que dictó la sentencia impugnada para dictar la sentencia del grado correspondiente, con las exigencias propias de éste y dentro de la circunscripción competencial legalmente pertinente; es importante tener en cuenta que, en evento de casación formal, la abrogación del fallo es absoluta, de suerte que éste carece de ultractividad alguna, en términos tales que no implica predeterminación alguna respecto de la nueva sentencia; esta cualidad es diversa de la casación de fondo por error *in iudicando*, puesto que, en este último caso, con arreglo al inciso primero del artículo 785, la abrogación es parcial, desde que la sentencia de reemplazo debe dictarse conforme al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido y a los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso –que deben ser reproducidos– y a la parte del fallo no afectado por éste; o (ii) tratándose de cualquiera otra especie de vicio *in procedendo*, con arreglo a los incisos 1º y 2º del artículo 786, la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente, que es aquel a quien tocaría conocer del negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.

¹⁴⁴ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 279.

¹⁴⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 279.

III.9. La casación oficiosa en cuanto anormalidad de la concepción del instituto como medio de gravamen y del saneamiento del error *in procedendo*.

Finalmente, el artículo 776, desdibujando parcialmente la concepción de la casación formal como el ejercicio de un poder de gravamen, consagra ampliamente entre nosotros la institución oficiosa, al disponer que pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma;¹⁴⁶ no rige en Chile, en este orden, el “canon cardinal de todo el proceso y de todo el ordenamiento judicial, que es la regla *ne eat iudex ultra petita partium*”¹⁴⁷ considerándose las exigencias procesales mínimas como cuestiones de orden público que pueden ser puestas de relieve de oficio por los tribunales colegiados que cuentan con competencia legal de conocimiento y decisión en casación formal.

III.10. La casación formal es garantía de observancia del principio constitucional de sujeción de los fallos a la ley –*iura iudex secundum jus*–; pero es también una garantía imprescindible a la viabilidad de la casación en el fondo por error *in iudicando* en la *quaestio juris*.

Durante los tres primeros siglos de Roma la fuente básica de derecho privado y penal estaba formada por los usos y costumbres de antepasados –*mores majorum*–, circunstancia que generó incertidumbre jurídica, la que en concreto permitió y produjo la arbitrariedad de los magistrados patricios de que fueron víctimas los plebeyos; fue la justa reclamación de éstos –interpretada por los tribunos de la plebe– la que generó el establecimiento de una ley que rigiera y fuere igualmente aplicable a todos los ciudadanos: ésta fue la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) –que según Cicerón los niños aprendían de memoria– inspirada en las fuentes legislativas griegas de Solón y Licurgo, que encontraban base en el principio de isonomía (igualdad ante la ley); la concreta vivencia histórica demuestra, mejor que ninguna abstracción, que la fuente de derecho que es la ley es un instrumento normativo cuya finalidad es esta: lograr certidumbre e igualdad jurídica por medio de su aplicación correcta y uniforme.

Son estos mismos principios los que proclamaron mucho más tarde los revolucionarios franceses del siglo XVIII y que se recogen en Chile –en la suprema

¹⁴⁶ Aunque debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar; esta exigencia de la casación formal oficiosa, prevista por la ley procesal para evitar la indefensión de las partes, ha sido preterida por la Corte Suprema, en la práctica, con tanta intensidad, que desde un punto de vista práctico se justifica la mención en simple nota.

¹⁴⁷ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 270.

jerarquía del ordenamiento contemporáneo– en el inciso 1° del artículo 6° de la Carta Fundamental, en cuanto manda que los órganos estatales deben someter su acción a las normas dictadas conforme a la Constitución, es decir, básicamente a la ley, de manera que los fallos de los jueces deben subordinarse estrictamente a ésta;¹⁴⁸ también en el N° 2 de su artículo 19, en cuanto asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y prohíbe que autoridad alguna –concepto que cubre a los jueces– establezca diferencias arbitrarias; y, finalmente, en el N° 3° del propio artículo 19, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Sobre esta base, la casación formal es garantía –en un sentido básico y primario– de la estricta aplicación de la ley en las sentencias judiciales, en la medida que permite obtener la invalidación de aquellas que carezcan de consideraciones de derecho o de la cita de las leyes aplicadas,¹⁴⁹ puesto que esta omisión es índice evidente de pretensión de los jueces de fallar al margen de la ley; es por esto que la Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que la exigencia de fundamentación de derecho “tiende a asegurar la legalidad de los fallos”.¹⁵⁰

Empero, la casación formal no tiene por objeto asegurar la correcta y uniforme aplicación de la ley y es por esto que el más alto Tribunal ha expresado también que mediante esta vía de impugnación puede denunciarse la omisión de fundamentación, mas no la impropiedad de la argumentación del juez.¹⁵¹

Es bien sabido que la cautela de correcta y uniforme aplicación de la ley (represión del error *in iudicando* en la *quaestio iuris* o yerro de derecho) sólo es lograda por medio del arbitrio de casación en el fondo que permite lograr la invalidación de las sentencias dictadas con infracción de ley.¹⁵²

La infracción de ley puede ocurrir:¹⁵³

(i) en la premisa mayor del silogismo (error de derecho abstracto):

¹⁴⁸ El recuerdo histórico, normativo y –fundamentalmente– garantístico contenido en el texto no sobra –como pudiera pensarse– si se tienen en consideración –aunque sea anecdótica– expresiones actuales tan inaceptables como las del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Carlos Cerda Fernández, que constituyen –en mi concepto– una manifestación de la más peligrosa y criticable arbitrariedad judicial: “El juzgar implica diversos aspectos. O si se quiere, en el juicio jurisdiccional influyen variados elementos. El principal es el de la propia personalidad del juzgador. Su ideología, su manera de entender las cosas, su forma de ver el mundo, su visión de la realidad, sus valoraciones y principios” (*Iuris dictio*, Editorial Jurídica, 1992, página 222).

¹⁴⁹ Artículo 768 N° 5° en relación con el artículo 170 N°s 4 y 5.

¹⁵⁰ Por ejemplo, entre innumerables sentencias, Roles N°s 3.305/02, 4.773/02, 4.940/02, 4.347/02, 145/03, 363/03, 1.219/03, 1.882/03 y 833/04.

¹⁵¹ Por ejemplo, entre muchos fallos, Roles N°s 1.844/03 y 367/04.

¹⁵² Artículos 764, 765 y 767.

¹⁵³ Las siguientes explicaciones siguen las preclaras enseñanzas de Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, páginas 290 y siguientes.

(i.a) porque el juez ha ignorado –o se ha negado a reconocer– la existencia o la vigencia en el tiempo o en el espacio de cierta norma legal aplicable al caso concreto y por esto no la ha aplicado en el acto de juzgamiento; es lo en el derecho romano se denominaba error "*contra ius constitutionis*", en el derecho común "*error contra ius in thesi clarum*", en el derecho revolucionario francés "*contravention expresse au texte de la loi*", y Chiovenda llama "desconocimiento de una voluntad abstracta de ley";

(i.b) porque el juez, pese a reconocer la existencia y vigencia en el tiempo y en el espacio de la norma legal, la ha interpretado erróneamente y en virtud de este equivocado entendimiento de sentido o alcance la ha aplicado incorrectamente al caso concreto; es lo que se denomina "falsa interpretación de ley" u omisión de aplicación de "lo que se puede deducir de la ley";

(ii) en la premisa menor del silogismo (error de derecho concreto):

(ii.a) porque el juez ha incurrido en error en la calificación jurídica de los hechos que ha tenido por establecidos; esta modalidad consiste en que el juez ha elegido equivocadamente –entre los hechos establecidos– las circunstancias fácticas de verdadera trascendencia calificatoria –*essentialia negotii*– y es en razón de este yerro que ha extraído el caso concreto *sub iudice* de la del instituto jurídico en que ha debido hacerlo entrar o con el que ha debido cubrirlo, obviando, así, la aplicación de la norma legal que define el instituto jurídico aplicable a los hechos juzgados; y, en consecuencia, obviando también la aplicación de las leyes reguladoras de ese instituto jurídico; se trata del llamado error de "diagnóstico jurídico"; es preciso anotar que el error de calificación jurídica o de diagnóstico jurídico se presenta en el silogismo judicial instrumental, que es necesariamente previo al silogismo definitivo de aplicación de la ley a los hechos establecidos; en efecto, para determinar cuál es la ley aplicable a los hechos establecidos, ha de determinarse –con antelación y previamente– cuál es la calificación legal de estos últimos;

(ii.b) porque el juez, pese a que ha calificado correctamente los hechos establecidos, cubriéndolos dentro del instituto jurídico que es adecuado al caso concreto según la ley, y a consecuencia de esto también ha seleccionado acertadamente la norma legal aplicable a esas circunstancias fácticas, ocurre que más tarde ha incurrido en yerro –en establecimiento de semejanza o diferencia– al contrastar los hechos establecidos en el caso concreto con el hecho específico comprendido en la hipótesis de la regla legal que había seleccionado adecuadamente; de esta manera y en virtud de este equívoco ha obviado la aplicación de la norma legal, porque no ha atribuido al caso concreto los efectos abstractos que vienen previstos en la norma legal para el caso que se verifique en la realidad concreta el hecho legal específico que es objeto de

la hipótesis normativa; lo cual puede ocurrir de dos maneras: bien porque el juez ha atribuido los efectos previstos en la norma legal a un caso concreto distinto del hecho previsto en abstracto como hipótesis por aquélla o bien porque el juez ha omitido atribuir los efectos previstos en la norma legal a un caso concreto comprendido dentro del hecho previsto en abstracto y como hipótesis por aquélla; es lo que se denomina "falsa aplicación de ley" o "error de subsunción del caso particular bajo la norma"; y

(iii) en la conclusión del silogismo (error de derecho concerniente a la lógica del razonamiento legal): porque, pese a que el juez ha calificado correctamente los hechos establecidos y a consecuencia de esto ha seleccionado acertadamente la norma legal aplicable a esas circunstancias fácticas; pese también a que luego ha contrastado adecuadamente los hechos establecidos en el caso concreto con el hecho específico comprendido en la hipótesis de la norma legal seleccionada; pese igualmente a que ha reconocido la existencia y vigencia en el tiempo y en el espacio de la norma legal seleccionada; y, finalmente, pese a que ha interpretando correctamente la norma legal seleccionada, fijando acertadamente su sentido y alcance; ocurre que el juez no ha aplicado al caso concreto la consecuencia jurídica o efecto jurídico previsto en la norma legal –seleccionada adecuadamente– para el hecho que es hipótesis de ésta –dejando de aplicar esa consecuencia o efecto jurídico y con ello obviando la ley seleccionada correctamente – o bien ha aplicado una consecuencia o efecto jurídico distinto al previsto en la misma norma legal, con lo que igualmente ha dejado de aplicarla; es éste un "error de razonamiento" o un "error en la conclusión".¹⁵⁴

¹⁵⁴ Las distintas alternativas de error de derecho en la elaboración de los silogismos instrumentales o de fondo de la sentencia pueden ser reconducidas –todas– a las hipótesis citadas en el texto. Pero es imposible omitir referencia en nota a ciertas situaciones que –no obstante encontrarse cubiertas por lo dicho arriba– son clásicas y presentan singularidades. Una es la correspondiente a la interpretación de los contratos y el deslinde conceptual con su calificación jurídica, tema acerca del que puede consultarse provechosamente el comentario jurisprudencial del profesor Domínguez Aguila en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 215-216, enero-junio y julio-diciembre 2004, páginas 357 y siguientes, así como –en cuanto al período jurisprudencial que se analiza al final de este estudio– los fallos de la Corte Suprema recaídos en Roles N°s 3.482/02, 3.598/02, 3.692/02, 4.009/02, 4.109/02, 141/03, 913/03, 1.876/03 y 3.537/02. Y otra es la concerniente a la eventual infracción a leyes reguladoras de la prueba en cuanto silogismo jurídico instrumental de necesaria aplicación en el proceso de establecimiento de los hechos, en el sentido que "la única forma en que por medio de un recurso de casación en el fondo pueden variar los hechos establecidos por los sentenciadores de las instancias es a través de la denuncia y comprobación de haberse violado leyes reguladoras de la prueba, que son las que establecen parámetros fijos de apreciación" (Roles N°s 276/03 y 333/03); pero, todavía dentro de esta cuestión, es preciso hacer una referencia especial a la notable dispersión de criterios jurisprudenciales acerca de si es o no posible –y en qué caso es posible– que tenga lugar infracción a leyes reguladoras de la prueba en los eventos en que el legislador manda apreciarla con arreglo a la sana crítica: i) en los autos Roles N°s 3.321/02, 3.322/02, 3.325/02, 3.340/02, 3.344/02, 3.413/02, 3.414/02, 3.453/02, 3.476/02, 3.477/02, 3.511/02, 3.530/02, 3.594/02, 3.602/02, 3.615/02, 3.642/02, 3.698/02, 3.757/02, 3.785/02, 3.791/02, 3.804/02, 3.805/02, 3.851/02, 3.871/02, 3.889/02, 3.914/02, 3.937/02, 3.949/02, 3.958/02, 3.988/02, 4.222/02, 70/03, 323/03, 1.536/03, 1.542/03, 1.576/03, 1.609/03, 1.610/03, 1.652/03, 1.707/03, 1.879/03, 2.007/03, 63/04, 67/04, 82/04, 91/04,

Pues bien, la viabilidad de la revisión del juicio de derecho a través del instituto impugnativo del recurso de casación en el fondo encuentra asegurada su concreta viabilidad y eficaz operación a través de la previa garantía que implica la casación formal; en efecto, de las explicaciones precedentes es posible deducir que sólo es posible determinar, denunciar y ponderar un error de derecho o *in iudicando*, en la ineludible medida en que la sentencia judicial haya establecido efectivamente y de manera íntegra y completa los hechos acerca de los cuales se ha debatido en la litis –por cierto en cuanto sean pertinentes a la aplicación del precepto legal cuya infracción se denuncia–; establecimiento que ha debido realizarse por la sentencia de instancia de la manera prevista en la ley ordenatoria litis que es el artículo 170 N° 4° en relación con el Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, que rige la forma de los fallos; su infracción autoriza la casación formal en virtud del artículo 768 N° 5°.

Esto es así porque el error de *iure in iudicando*, yerro de derecho o infracción de ley, presupone conceptualmente unos hechos a los cuales la norma legal –supuestamente infringida– haya podido y debido ser aplicada; así, no es posible al recurrente de casación en el fondo demostrar argumentativamente un error de derecho si no tiene en la sentencia de instancia unos hechos establecidos firmemente y a partir de los cuales pueda razonar en derecho acerca de la correcta aplicación –a esos hechos– de la norma legal que dice infringida. Tampoco es posible –en esa misma omisión de establecimiento de hechos por la sentencia de instancia– al tribunal de casación en el fondo determinar la concurrencia o inconcurrencia de una infracción de ley porque el razonamiento de derecho exige hechos claramente establecidos y a los cuales la ley

211/04, 408/04, 425/04 y 1.066/04, la Corte Suprema ha decidido que la infracción es posible en la medida que los sentenciadores del fondo hayan procedido con desatención de las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o desestimar la eficacia de las probanzas producidas; ii) en los autos Roles N°s 875/03; 914/03, 965/03, 1296/03 y 1539/03, la Corte Suprema sostiene un criterio conceptualmente similar, pero exige que los sentenciadores del fondo hayan incurrido en “grueso error... aplicándolas de manera manifiestamente errónea o, incluso, arbitraria”; en similar sentido, en los autos Roles N°s 371/03 y 438/03, la Corte Suprema exige que “los sentenciadores de la instancia se hayan apartado de las reglas de la experiencia y buen sentido o criterio, de un modo muy notorio”; y (iii) en cambio, en contrario sentido, en los autos Rol N° 3.464/02, la Corte Suprema niega perentoriamente la posibilidad de infracción en este caso, puesto que afirma: “El recurso de casación en el fondo, según se manda en el artículo 767 del CPC en relación con lo dispuesto en el artículo 764 del mismo cuerpo legal, se halla instituido para invalidar determinadas sentencias pronunciadas con infracción de ley; enunciado este que conduce a desestimar el capítulo en análisis del arbitrio de nulidad propuesto en estos autos, habida cuenta de que, por no haberse definido en el artículo 425 del CPC ni en otra norma cualquiera de este cuerpo normativo el concepto de sana crítica, no puede, a su respecto, incurriarse en infracción de ley, que permita anular una sentencia, desde que no hay una norma legal susceptible de ser quebrantada para fundar su invalidación”; e igualmente, en los autos Rol N° 4.945/02, la Corte Suprema falló que “una vez más es preciso recordar lo que es jurisprudencia invariable (¿?) de esta Corte, en el sentido de que cuando la ley confiere al tribunal esa facultad de apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica, la causal de casación del artículo 546 N° 7° del CPP no puede configurarse, pues ello implica que, habiéndose abandonado el sistema de prueba tasada, ya no existen leyes que regulen la apreciación de la evidencia y que pudieran resultar quebrantadas por el fallador”.

supuestamente infringida haya podido y debido ser aplicada –el tribunal de casación carece de competencia legal para establecer por sí mismo los hechos del caso concreto–.¹⁵⁵

Lo que se acaba de decir es aplicable, desde luego, a la sentencia de casación en el fondo; pero hay más: en lo correspondiente a la sentencia de reemplazo que ha de pronunciar el tribunal de casación en el fondo –después de acoger el arbitrio invalidatorio de la sentencia de instancia– el inciso 1° del artículo 785 le impone imperativamente estarse a “los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido” y dictar –necesariamente sobre esta base fáctica predispuesta por los jueces de instancia que no puede ser alterada o adicionada en manera alguna– “la sentencia que crea conforme a la ley”. De esto se colige que si los hechos –a los que ha de aplicarse correctamente la ley denunciada como infringida– no han venido establecidos completa e íntegramente en la sentencia recurrida –de la manera y con la integridad prevista en el artículo 170 N° 4° en relación con el Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920 que rige la forma de los fallos–, por cierto en cuanto tenga conexión con el error de derecho denunciado, es posible colegir que el tribunal de casación en el fondo se hallará en la imposibilidad jurídica de dictar sentencia de reemplazo; y esta imposibilidad jurídica se traduce necesariamente en la imperatividad de desestimación del arbitrio de nulidad de fondo.

Muchos ejemplos jurisprudenciales pueden proporcionarse de lo que se acaba de expresar y, pese a esa pluralidad histórica, el concepto no es suficientemente comprendido en la práctica forense y este defecto de entendimiento conduce a la errónea selección de los arbitrios de impugnación.

Para citar sólo unos casos ejemplares, es posible mencionar: (i) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 4.040/02: “se recurre de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que confirma la de primer grado que rechaza las acciones de nulidad de un contrato de compraventa de un inmueble y de reivindicación del mismo; el recurso sostiene que el contrato indicado adolece de un vicio del consentimiento, ya que existió un error esencial en la cosa vendida, circunstancia que habilita a declarar su nulidad; aun cuando fueren efectivas las infracciones de ley mencionadas por el recurrente, lo cierto es que en ninguna de las sentencias de la instancia se encuentra establecido el error esencial alegado por el actor; por ende, de acogerse el recurso de casación, este tribunal estaría impedido de dictar la respectiva sentencia de

¹⁵⁵ Salvo el caso de infracción de ley en la sentencia de instancia en lo concerniente al silogismo instrumental en que han debido recibir correcta aplicación las leyes reguladoras de la prueba (por ejemplo, entre muchos, Roles N°s 276/03 y 333/03).

reemplazo que acogiera la pretensión del recurrente, ya que no es materia de esta sede de casación el establecimiento de dicho hecho básico; por ello, el recurso en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”; (ii) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 4.063/02: “por lo anterior la conclusión es que los jueces del fondo no fijaron hechos en sus sentencias y, al obrar de dicha manera, sin explicar sobre la base de qué hecho llegaron a determinar lo que se concedió, se impide a esta Corte Suprema analizar si la sentencia es ilegal, esto es, si hubo error de derecho o infracción de ley al aplicar esta clase de normas jurídicas a hechos claramente determinados”; y (iii) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 1.663/03: “empero, dicho error de derecho no influye en lo dispositivo del fallo; en efecto, como se dijo anteriormente, la Corte de Apelaciones eliminó del fallo de primer grado todo lo concerniente a la valoración de la prueba y al establecimiento de los hechos, específicamente al presupuesto fáctico consistente en la no existencia de simulación, sin establecer otros hechos, de suerte que no es posible acceder a la casación en el fondo solicitada desde que, en tal evento, esta Corte de Casación se vería en la imposibilidad de dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, teniendo presente que el artículo 785 del CPC previene que dicha resolución, la de reemplazo, ha de dictarse conforme al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, debiendo dejarse constancia que los presupuestos fácticos consignados en la sentencia de la Corte de Apelaciones y a los que se ha hecho referencia en la letra i) del motivo 2° de este fallo son absolutamente insuficientes para estos efectos; la no fijación de los hechos constituye una causal de casación de forma, recurso que no ha sido interpuesto por los actores; en consecuencia, el recurso de casación de fondo examinado deberá ser rechazado”.

De este modo, la casación formal opera como garantía indirecta de viabilidad y eficacia concreta del recurso de casación en el fondo –y por lo mismo de aplicación del principio *iura iudex secundum ius* que tiene en Chile reconocimiento constitucional explícito–, porque en aquel caso en que la sentencia de instancia omite el establecimiento de los hechos debatidos –cuya clara fijación es imprescindible a los fines de la aplicación de la ley decisoria de la litis– puede recurrirse de nulidad formal para el fallo que haya incurrido –en el orden fáctico– en falta de exhaustividad de hecho –incongruencia por omisión o por defecto– en modalidad simple o compleja –incoherencia o contradictoriedad de las consideraciones de hecho–.

La necesaria sujeción a la ley de los fallos judiciales es una base institucional en nuestro Estado de Derecho, que no es del exclusivo interés de las partes,

sino también de la nación entera;¹⁵⁶ la casación formal cumple –como se ha demostrado– un rol indirecto pero esencial a este fin; y el abogado litigante debe tenerlo en cuenta a objeto de seleccionar y emplear con correcta técnica y resultado adecuado los arbitrios recursivos.

¹⁵⁶ Tal vez ello justifique la casación de forma de oficio autorizada por el artículo 775 y la casación de fondo de oficio permitida por el artículo 785, usualmente criticadas por la doctrina, sin suficiente análisis en derecho constitucional en mi opinión.



**Ensayos
y
Estudios**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil¹

Ramón Domínguez Aguila

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

1. Introducción

La terminación del matrimonio, sea por nulidad o divorcio, produce sin dudas consecuencias económicas para los ex cónyuges. Algunas de ellas se producen hacia lo futuro, desde que, disuelto el matrimonio, los antiguos cónyuges terminan toda relación patrimonial que por causa del matrimonio existía entre ellos y en particular la proveniente del régimen de bienes existente entre ellos, de forma que para el porvenir cada uno tiene vida económica independiente. Es posible que se produzca entonces una diferencia patrimonial considerable entre ellos y uno de los antiguos cónyuges quede en situación de inferioridad patrimonial.

Para compensar de alguna medida al cónyuge más débil, la nueva Ley de Matrimonio Civil, siguiendo en ello las enseñanzas del derecho comparado, contempla la denominada "compensación económica", que, de acuerdo a los términos del art. 61, tiene como finalidad reparar, en alguna medida, la falta de patrimonio que se ha producido en el cónyuge más débil por no haber podido trabajar durante la vida matrimonial o haberlo hecho en menor medida de lo que habría querido y podido hacerlo, y ello en razón de haber destinado su esfuerzo al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar.²

¹ Este trabajo corresponde a la conferencia dictada el 16 de octubre de 2006, en la Universidad del Desarrollo.

² La necesidad de compensar al cónyuge más débil por medio de la compensación económica ha sido destacada al analizar la institución. Así, Carmen Aída Domínguez Hidalgo, *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*, publicación del Colegio de Abogados, Santiago 2005, pág. 9; Francisco Segura Riveiro, "La Compensación Económica al Cónyuge más Débil", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 214, págs. 109 y sgts.

Institución semejante, aunque no siempre con los mismos requisitos o condiciones, se contiene en la legislación comparada: española (arts. 97 y 98 Código Civil), que de acuerdo a la historia de nuestra ley es la principal fuente que se tuvo en vista para su dictación; francesa (art. 270 Código Civil, recientemente modificado, pero siendo esa modificación posterior a nuestra ley, nos atendremos a la situación anterior a la reforma de 2004); italiana (Ley 898 de 1970 y art. 175 del Código Civil); argentina (arts. 207 y 209 Código Civil modificados por la Ley 23.515). En otras legislaciones, como ocurre en el reciente Código Civil del Brasil, no se contiene la compensación económica; pero se extiende la obligación alimenticia del cónyuge culpable de divorcio para después de la disolución del vínculo, o bien se contempla la indemnización del daño moral producido por el divorcio, como en el art. 351 del Código Civil peruano de 1984.

La naturaleza jurídica de la compensación es por lo demás variable en las legislaciones que la contienen, pues como sucede, por ejemplo, en el caso de Francia, aunque la norma legal retiene como fundamento la idea de compensar una diferencia de nivel de vida que se produce por el divorcio, el carácter alimenticio no queda absolutamente excluido según la jurisprudencia, de forma que, al decir de unos autores, se termina por usar criterios de un pragmatismo discreto³ (Así, tras ella existen a veces fundamentos indemnizatorios, en otros alimenticios y no faltan los de mera equidad).

El sistema adoptado por nuestra ley resultó en definitiva difuso y difícil de explicar, como lo ha reconocido toda la doctrina que se ha detenido en el examen de la ley, puesto que, al recibirse en la elaboración de la norma contribuciones inspiradas en diversos derechos, se mezclaron instituciones diversas, hasta el punto que una autora ha podido afirmar que la nueva ley tiene una cierta originalidad que proviene más bien de la confusión en el tema, de lo híbrido que es su regulación, de forma que finalmente no obedece a ninguna de las fórmulas adoptadas en otros derechos, ni siquiera el español y el francés, que fueron su principal inspiración.⁴ Por lo demás la historia del establecimiento de la ley en nada ayuda a esclarecer la institución, porque el debate parlamentario revela que existieron opiniones inconexas que mezclaban instituciones.⁵ Ello podrá apreciarse en las consideraciones que siguen.

³ Así, Jean Hauser et Danielle Huet-Weiller, "Dissolution de la famille", en *Traité de Droit Civil* sous la direction de J. Ghestin, N° 445, París 1991.

⁴ Así, Carmen Aída Domínguez Hidalgo, "El Convenio Regulador y la Compensación Económica: Una Visión de Conjunto", en *Matrimonio Civil y Divorcio*, Cuadernos Extensión, Universidad de Los Andes. N° 11, pág. 103, Santiago 2005.

⁵ Así, Carmen Aída Domínguez, art. citado, nota 4.

2. Los requisitos de la compensación económica

De atenernos al texto literal del art. 61, los requisitos de la compensación económica parecen simples: a) el demandante de la compensación ha debido dedicarse durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común; b) debe además acreditar que por causa de lo anterior no pudo desarrollar una actividad económica o si lo hizo, fue en menor medida de lo que podía y quería; c) que de ello resulte un menoscabo económico.

Respecto del primer requisito, el demandante deberá acreditar que durante el matrimonio, o parte de él, se dedicó al cuidado de los hijos. Si no han existido hijos, al menos probará que se dedicó a las labores de mantención del hogar, es decir, las propias del cuidado y mantención de éste y de la vida familiar.

No resulta claro de la ley, sin embargo, si esa dedicación le fue impuesta por las circunstancias, es decir, sin tener otra alternativa, o si fue decisión del cónyuge demandante, no obstante que podía trabajar fuera del hogar. La doctrina que ha examinado la institución no es unánime al respecto. Así, algunos autores entienden que no tiene importancia el verificar si el cónyuge que la demanda decidió por sí mismo dedicarse a los hijos o al hogar o si no tenía otra alternativa;⁶ pero otros pretenden que la compensación se asemeja a un lucro cesante, de forma que si la mujer (pues ella será normalmente la demandante) pudiendo trabajar optó libremente por dedicarse total o parcialmente al hogar, el texto de la ley le negaría este derecho.⁷

Por nuestra parte, pensamos que sea por opción personal, sea porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron, la mujer tendrá siempre derecho a la compensación si se dan los otros requisitos. La opción de permanecer en el hogar cuidando los hijos o atendiendo las labores propias de la familia es legítima y aun deseable para muchos matrimonios y no parece entonces correcto interpretar la ley en el sentido que sólo la que se ha visto obligada a dedicarse a los hijos o al hogar tenga derecho a compensación. La ley lo que quiere es "compensar" a quien en lugar de trabajar se dedicó al hogar y a los hijos y con ello basta.

En cuanto al segundo requisito, nos parece que con lo dicho ya resulta explicado: si las labores de hogar o el cuidado de los hijos impide trabajar, porque

⁶ Así, Carlos Pizarro Wilson, "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena", en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3 (2004), pág. 92; en el mismo sentido, Alvaro Rodrigo Vidal Olivares, "La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil", pág. 26, en *Derecho Chileno del Matrimonio*, en prensa. Edit. Jurídica 2006.

⁷ En este sentido, Hernán Corral Talciani, "Una ley de paradojas. Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil", en Revista de Derecho Privado, N° 4, pág. 267.

ellos requirieron dedicación total, la mujer tendrá derecho a compensación económica. Si esa dedicación permitió trabajar parcialmente, habrá derecho a compensación, aunque en términos inferiores a la que destinó todo el tiempo a ello. La ley dice "o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería". Hace referencia precisamente al caso de aquella mujer que por dedicarse a los hijos o al hogar sólo tuvo un impedimento parcial para desarrollar plenamente su actividad económica. La cuestión que aquí se presenta dice relación con el empleo de la conjunción copulativa "y", que denota la concurrencia de ambos requisitos: podía y quería. De aquí resulta que no bastaría que la mujer probase que ella tuvo disposición o voluntad para trabajar en mayor medida o tener una actividad económica más remunerada o a mayor tiempo, sino que debe probar a la vez que tenía las condiciones objetivas para esa mayor actividad. Se trata de combinar un aspecto subjetivo (quería) con uno objetivo (podía). Así, habrá de acreditarse que la demandante, por su preparación profesional, por sus títulos o su experiencia o sus medios, podía haber desarrollado aquella mayor actividad que alega haber tenido el propósito de realizar y que fue impedida por dedicarse a los hijos o al cuidado del hogar.

El último requisito es el más complejo: el menoscabo económico. La ley no lo ha definido y es el requisito esencial, puesto que aparece como la justificación de la institución, y por ende, requisito de la acción. El menoscabo económico aparece así como el efecto producido patrimonialmente al cónyuge por no haber podido trabajar o haberlo hecho en menor medida que lo que se quería y podía.

Aunque algún expositor ha pretendido que el solo hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar sin poder trabajar determina un menoscabo económico,⁸ nos parece más lógico y de acuerdo a la ley entender que se trata de un requisito que debe acreditarse y prueba es que el art. 62 señala algunas circunstancias que permiten determinar que ha existido tal menoscabo y que son las mismas que permitirán también precisar su monto.⁹

Pero lo que no aparece claro es el concepto de menoscabo económico y ello porque el art. 62 para su determinación propone en forma no taxativa criterios varios que mezclan aspectos del pasado con situaciones del futuro. Y señala algunos que no dicen relación con una pérdida económica producida por el hecho de no haber trabajado, sino con una situación personal en que queda el cónyuge luego del divorcio para enfrentar un trabajo futuro, como es el estado de salud, por ejemplo, los beneficios previsionales y aun la buena o mala fe, aunque en este caso, de acuerdo a la historia de la ley, se hace referencia a

⁸ C. Pizarro Wilson, art. citado pág. 92.

⁹ Así, R. Vidal Olivares, art. citado, pág. 26.

aquel cónyuge que reclama la compensación y, sin embargo, ha tenido culpa en el divorcio.¹⁰

El menoscabo económico es una pérdida en cuanto a que no se obtuvo el beneficio económico que habría podido obtenerse si se hubiese trabajado. De allí que algunos hayan tratado de asemejarlo a un lucro cesante; pero en verdad no se trata de valorar matemáticamente lo que habría podido obtenerse con un trabajo. Si así fuese, se trataría entonces de admitir criterios reparatorios que jamás han sido acogidos ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, puesto que las ganancias probables dependen de meras posibilidades que, por lo mismo, son hipotéticas y no ciertas. Criterio semejante ha sido constantemente desestimado en la jurisprudencia por ejemplo a propósito del daño patrimonial que causa un accidente del trabajo.¹¹ Se trata más bien de lo que, en la teoría del análisis económico del derecho, se denomina el costo de oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad laboral, o como dice el derecho francés en materia de indemnizaciones, la pérdida de una "chance", es decir, la atribución de un valor económico a la posibilidad.

Pero también se mezclan en la idea de menoscabo económico aspectos subjetivos que impiden que éste consista en una mera comparación patrimonial entre los haberes de los cónyuges y que acercan la institución chilena a los criterios que se mantienen en el derecho español, porque se consideran también las perspectivas futuras, teniendo en cuenta la edad, salud, situación previsional de los cónyuges. Así, entonces, no se trata de una mera verificación económica que llevara a sostener que el menoscabo consiste en una pérdida de nivel de vida,¹² sino de apreciar la situación de cada caso para verificar si se ha producido una situación injusta desde el punto de vista patrimonial para uno de los cónyuges, al disolverse el matrimonio.

3. El fundamento de la compensación económica

Aunque pudiera entenderse que pronunciarse sobre el fundamento de la compensación económica tiene sólo un interés teórico, es lo cierto que además presenta un valor práctico, porque de él depende, en definitiva para el juez, la guía para resolver sobre su monto, además que un mal entendimiento de la fundamentación puede llevar a fijar puntos de prueba incompatibles con la institución.

¹⁰ Sobre ello, Javier Barrientos Grandón y Aranzazu Novales Alquézar, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, pág. 426, Santiago 2005.

¹¹ Así, entre múltiples sentencias, sólo por vía ejemplar, Corte de Concepción, 12 de enero 2000, rol laboral 167-99.

¹² En este sentido, por ejemplo, Susan Turner, "Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil", pág. 88, en *Revista de Derecho*, U. Austral, vol. XVI, 2004.

Es así como debe desde el inicio distinguirse la compensación económica del derecho de alimentos y de todo carácter alimenticio. Esta circunstancia quedó clara en la discusión parlamentaria.¹³ Por lo demás ella resulta de la forma misma en que ha sido reglamentada. Así, los alimentos tienen por objeto responder a las necesidades de mantención hacia el futuro de los cónyuges y, en definitiva, corresponden al deber de socorro entre los cónyuges, pero cuando éste no se ha cumplido y es reclamado por el necesitado, pues en la vida normal del matrimonio se confunden. Por ende, son las necesidades del alimentario y las facultades económicas del alimentante las que determinan el monto de los alimentos. En la compensación de que tratamos, se pretende, de alguna medida, resarcir al cónyuge demandante de una pérdida patrimonial ya producida, lo que aleja de ella todo carácter alimenticio. En ello hay unanimidad doctrinaria.¹⁴ Y no desmiente lo que se ha venido diciendo el hecho que el art. 66 inc. final, para el efecto del pago en el caso de dividirse en cuotas, señale que “se considerará alimentos”, puesto que claramente la asimilación tiene sólo por objeto asegurar el pago y no se trata de una identificación entre ambas instituciones. Por lo demás esa asimilación, cuando se trate de hacer efectivo el apremio personal que permite usar el art. 15 de la Ley de Pago de Pensiones Alimenticias, es de dudosa constitucionalidad, puesto que si el apremio personal es posible para las pensiones de alimentos, ello es bajo la base de que los instrumentos internacionales suscritos por Chile que autorizan tal medio, como excepción al principio de la improcedencia de prisión por deudas, así lo entienden. Mas esa excepción no puede extenderse por simple mandato legal, visto lo que se dispone en el art. 85 inc. 2° de la Constitución.

La diferencia entre prestación compensatoria y alimentos es común en el derecho francés¹⁵ y lo es también en el derecho español.¹⁶

La compensación tiene un carácter reparatorio. Los autores que la han examinado en Chile han discutido si puede dársele un carácter indemnizatorio y todos llegan a sostener que no lo tiene plenamente, porque no se trata de una responsabilidad civil y tanto así que no exige culpa del demandado.¹⁷ Pero es lo cierto que debe distinguirse una indemnización de una compensación. La cuestión no es extraña en el derecho civil. Se presenta en materia de responsabilidad civil cuan-

¹³ Véase Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, págs. 198 y 199 con la intervención de los senadores Chadwick y Espina, en Boletín, N° 1759-17.

¹⁴ Así, C. Pizarro W., art. citado, pág. 82; A. Vidal O, art. citado pág. 15; P. Veloso Valenzuela, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, pág. 186, en Actualidad Jurídica, N° 13 (2006); J. Barrientos y A. Novales, ob. cit. pág. 416; C. Domínguez Hidalgo, art. citado, pág. 105.

¹⁵ Por ej. sobre la materia R. Lindon y A. Bénavent, “Prestation compensatoire et pension alimentaire”, en J.C.P. 1986, I, 3234 y la sentencia de Cass. Civ. 7 de marzo 1985, J.C.P. 1985, IV, 179; D. 1986, I.R. 16, obs. Groslière.

¹⁶ Así claramente en sentencia Tribunal Supremo de 29 de junio de 1988 y A. Sánchez Pedrero, *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, pág. 139, Valencia, 2003.

¹⁷ Así, C. Pizarro W., art. citado pág. 89.

do se trata de la reparación de los daños morales y allí es usual entender que la suma pagada por ellos no tiene carácter indemnizatorio, porque es imposible restituir a la víctima en el valor dañado, que por esencia es extrapatrimonial. Pero se agrega que esa suma tiene un carácter compensatorio en el sentido que si no restablece en el valor dañado, al menos entrega una compensación que, en alguna medida, puede ofrecer una cierta satisfacción a la víctima.

Tratándose de la compensación económica en el caso de terminación del matrimonio ocurre lo mismo: se trata de una forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio. Aunque los autores que han tratado en Chile la compensación han reconocido todos que hay un cierto carácter indemnizatorio en ella, todos observan que no puede adoptarse tal fundamento a cabalidad, porque no hay aquí una responsabilidad.¹⁸ Por nuestra parte, aceptamos que no hay aquí una cuestión de responsabilidad civil, puesto que no se trata de atribuir la reparación del daño a quien lo ha causado, concepto esencial en todo sistema de responsabilidad. El demandado, que será normalmente el marido, no ha causado el menoscabo económico por su hecho. El menoscabo proviene de una circunstancia legítima de opción, como es el dedicarse al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que se proyecta a la vida futura una vez producido el divorcio o declarada la nulidad del matrimonio, ya que el cónyuge que hizo tal opción no está ahora en condiciones de afrontar debidamente la vida económica futura o lo está en forma desmedrada. Si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial. Pero que la institución tiene un carácter indemnizatorio es indudable, pues justamente ese es su fundamento. Sin embargo, indemnizatorio no es, como dijimos, sinónimo de reparatorio, pues no se trata de restituir un valor perdido por su equivalente exacto, como ocurre en la responsabilidad civil con la indemnización del daño patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de éste. Se trata sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante.

Recientemente, el Servicio de Impuestos Internos, ante consultas hechas sobre el tratamiento tributario de la compensación económica frente a la ley tributaria, ha estimado que ella se asemeja más bien a la reparación de un daño moral y

¹⁸ Por ej., A. Vidal Olivares, "La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 215-216, págs. 277 y sgts.

no constituye por tanto renta.¹⁹ No podemos compartir la identificación de la compensación económica con el daño moral, puesto que éste dice relación con derechos de la personalidad y atributos no patrimoniales. Pero el criterio del Servicio de Impuestos Internos interesa en cuanto estima que “no podría considerarse daño emergente ni lucro cesante” y que para otorgarle carácter extrapatrimonial “es el hecho que tales cuidados o labores propias del hogar común pueden restringir o cancelar las posibilidades de un desarrollo personal en otras esferas”. La conclusión interesa entonces por lo que se viene señalando: no se trata de avaluar lo que habría podido ganarse y fijar en razón de ello el monto de la compensación, pues si así fuese, no sería entonces “compensación”, sino derechamente “indemnización de daño económico” y más derechamente un lucro cesante impropio. Se trata entonces de “compensar”, de otorgar una satisfacción que en alguna medida mitigue la pérdida de oportunidades producida por la dedicación a los hijos o al hogar.

Decir compensación y no restitución o reparación es importante al momento de fijarse el monto por el juez, pues entonces su medida no podrá fijarse en función de supuestas utilidades o ganancias que habrían podido producirse con un trabajo para el demandante, sino que quedará, como ocurre con toda compensación, a criterio del tribunal, tomando en consideración los parámetros que fija el art. 62, como son la duración del matrimonio, la situación patrimonial de ambos cónyuges, la edad y estado de salud del beneficiario, su posibilidad de insertarse en el mercado laboral y su cualidad profesional. Es verdad que la ley señala además la colaboración que haya podido prestar a las actividades lucrativas del otro cónyuge; pero allí no se hace sino ofrecer un criterio de equidad para el juez, y en cuanto a la buena o mala fe, ya se ha comentado más arriba. Cabe advertir que esos criterios están señalados a modo ejemplar y no taxativo, además que el juez no tiene por qué aplicarlos todos a la vez.

En verdad, la regla del art. 62 no ha sido afortunada, porque los criterios que ofrece tienen dispares propósitos y ello ayuda a introducir una confusión impropia en la institución; pero en esencia, el criterio compensatorio que hemos señalado es el que ofrece adecuada explicación de ella y además permite comprender cómo se separa de los modelos españoles y francés, aunque hayan podido inspirarla. Del modelo francés, porque éste pretende mantener para el demandante, en cuanto sea posible, el nivel de vida que tenía antes del divorcio. Del modelo español, pues éste pretende más bien igualar las situaciones patrimoniales de ambos cónyuges y en el caso de la ley chilena, “no se trata de igualar patrimonios, sino condiciones económicas para enfrentar el futuro”.²⁰

¹⁹ Véase Ord. N° 4.606, de 18 de noviembre de 2005: Tributación de Compensaciones Económicas a Favor de Cónyuges de Acuerdo a lo Dispuesto por el art. 61 y sgts. de la Ley 19.947. En el mismo sentido, ORD. 4605 de la misma fecha.

²⁰ A. Vidal Olivares, art. citado en Revista de Derecho, U. de Concepción, pág. 283.

Pero del carácter reparatorio de la compensación debe derivar una última consecuencia esencial: se trata de reparar el menoscabo económico producido por el hecho de la dedicación a los hijos o al hogar común. Hay entonces entre el menoscabo y esa dedicación un vínculo causal que debe ser probado por el demandante. No se trata de que éste acredite que su situación económica es desmedrada o que no es lo mejor que pudo haber sido, sino que esa situación de menoscabo fue producida por la dedicación a los hijos o al hogar. El demandante lo que afirma es que: si yo no me hubiese dedicado a criar a mis hijos o a atender el hogar, habría tenido un trabajo o una actividad económica que producido el divorcio o la nulidad del matrimonio, habría podido continuar o que, al menos, me habría producido bienes que tendría. Por ende, como no se trata de alimentos, ni de subvenir a la sola falta de medios de subsistencia, la prueba de esta necesidad de nada serviría para obtener compensación económica, porque no habría vínculo causal entre esa situación de necesidad y el hecho de haberse dedicado a los hijos o al hogar.²¹

4. El monto de la compensación

De lo dicho antes, resulta claro que, a diferencia de una reparación de daños patrimoniales, la ley no determina al juez a fijar el monto de la compensación en un equivalente a un daño causado. No es posible entonces usar los criterios de fijación del lucro cesante, pues en éste la indemnización debe ser equivalente a la ganancia perdida. Tampoco los propios de la obligación alimenticia, pues en ésta la pensión depende de las necesidades del alimentario y en función de la capacidad económica del alimentante. Más aún, recientemente la I. Corte de Concepción ha anulado de oficio una sentencia que pretendía fijar la compensación luego de puntos de prueba iguales a los de una demanda de alimentos y precisamente por existir diferencia entre ambas instituciones.²²

Así, entonces, el art. 62 de la Ley de Matrimonio Civil determina que el establecimiento del monto de la compensación quede entregado al criterio del juez después de considerar los variados criterios que la norma contiene. Y son los mismos criterios que permiten decidir si cabe o no la compensación. En efecto, bien podría suceder que un cónyuge se dedicó a los hijos o al hogar, que pudo haber trabajado porque tenía calificación para hacerlo; pero a quien no se dé compensación porque los bienes que retire al término del régimen matrimonial sean de un monto tan importante que fuere inequitativo concederle además compensación económica.

²¹ "Debe pues existir una relación causal entre ambos requisitos, de modo que si el cónyuge demandante no tuvo una actividad económica durante el matrimonio por otras razones, como un impedimento de salud o su mera decisión de no laborar, no tendrá tal derecho" dice la sentencia de la Corte de Concepción de 22 de mayo de 2006, autos rol civil 463-05.

²² Sentencia de 22 de mayo de 2006, citada.

5. Compensación económica y régimen patrimonial del matrimonio

La ley no atiende, para dar derecho a la compensación económica, al régimen matrimonial de los antiguos cónyuges. Así, nada en la ley señala que cónyuges casados en sociedad conyugal o en participación en los gananciales no puedan obtener dicha compensación. Un autor ha entendido que existiendo sociedad conyugal no habría nada que compensar, por existir división de los gananciales.²³ Pero la ley no niega en tal caso la compensación. Con todo, será difícil que ella se dé existiendo tal régimen. En la inmensa mayoría de los casos, la casi totalidad de los bienes existentes al término del régimen serán gananciales y como ellos se reparten por igual entre ambos cónyuges, no se observa cómo podría otorgarse compensación, si al hacerlo se desequilibraría la situación igualitaria para el cónyuge que debería pagarla. Serán sólo casos excepcionales en que el demandado tenía cuantiosos bienes propios y existan mínimos gananciales en que podría otorgarse la compensación o bien aquellos en que, en definitiva, no existan bienes que dividir, a pesar de lo cual el marido mantiene facultades laborales que su mujer ha perdido por haberse dedicado a los hijos o al hogar.

Por otra parte, si durante el matrimonio la mujer que se dedicó el hogar o a los hijos obtuvo del marido para su propio patrimonio bienes en propiedad, aunque existiera separación de bienes, si esos bienes son importantes, atendido el patrimonio del marido, tampoco se justifica la compensación económica.

Estas conclusiones vienen impuestas por el hecho mismo de considerar el art. 62, entre los criterios para fijar la compensación "la situación patrimonial de ambos".

²³ Pablo Rodríguez Grez, "Ley de Matrimonio Civil", en *Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*, pág. 45, Universidad del Desarrollo, 2004.

Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales

José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. Dificultades dogmáticas para la admisión de la reparación de los daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales

El tema de la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales ha encontrado tradicionalmente una serie de obstáculos dogmáticos, que han imposibilitado un normal desarrollo de una jurisprudencia favorable al resarcimiento de los daños morales derivados de dicho incumplimiento, lo que es particularmente acusado en España.¹

1. La consideración de la responsabilidad civil como una institución extraña al ámbito familiar

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima.²

¹ También lo ha sido, hasta tiempos recientes, en la jurisprudencia italiana, donde el primer pronunciamiento rotundo de la Corte de Casación Civil, favorable a la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones conyugales, es el contenido en la Sentencia de 10 de mayo de 2005, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 691.

Con anterioridad, la Sentencia de la Corte de Casación Civil de 26 de mayo de 1995, *Giurisprudenza Italiana*, 1997, II, c. 843, había admitido la posibilidad de sujetar al cónyuge que incumplía una obligación matrimonial a responsabilidad aquiliana, pero constatando que ello sólo era posible siempre que los hechos que hubieran dado lugar a una declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, integraran los extremos del ilícito previsto en la cláusula general de responsabilidad expresada en el artículo 2043 del "Codice" (equivalente al artículo 1902 del Código Civil español).

² CARBONE, E.: "Réquiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 700, habla de la existencia de una costumbre de sacrificar los derechos individuales a una malentendida paz doméstica, como un triunfo del "mos" respecto del "ius", situando la inmunidad aquiliana entre cónyuges en el marco de un planteamiento, más amplio, de intentar preservar el enclave doméstico de la invasión del derecho estatal.

Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable.

Según observa la sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005,³ se asiste a un tránsito de la "familia institución" a la "familia comunidad", configurada, no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y añade: por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

Ello explica que los jueces comiencen a conocer demandas de responsabilidad civil, por hechos ilícitos acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, hasta hace pocos años inimaginables,⁴ como son, precisamente, las dirigidas por un cónyuge contra el otro por incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio o por los hijos contra los padres para obtener el resarcimiento del daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento de la filiación no matrimonial.⁵

2. La negación del carácter jurídico de los deberes conyugales

Otro de los obstáculos tradicionales es la idea de que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

³ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693.

⁴ Hay, incluso, quien considera que la condición de miembro de la familia no sólo exime de los daños causados en el seno de la misma, sino que, por el contrario, sujeta a una responsabilidad más estricta, tesis esta con la que no estoy de acuerdo, pues no hay un apoyo legal convincente para, con carácter general, sujetar a los miembros de la familia a una diligencia más rigurosa, que a la que deben desplegar en otras relaciones ajenas a la misma.

⁵ Sobre este tema puede verse PIZARRO WILSON, C.: "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, colección de monografías de la "Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 101-116.

Esta tesis aparece reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999,⁶ en cuyo fundamento jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”.

Más rotunda es la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003,⁷ la cual, en una declaración “*obiter dicta*”, se pronuncia también en contra del resarcimiento de “los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno”. Y continúa: “Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los arts. 67 y 68 (...) se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna”.

Este planteamiento me parece incorrecto.⁸ Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz

⁶ *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5726.

⁷ *Aranzadi JUR*, 2003, N° 244422.

⁸ En favor del carácter no meramente ético de los deberes conyugales, sino también de su consideración de verdaderas obligaciones jurídicas, y, en consecuencia, del resarcimiento, “ex” artículo 1902 del Código Civil, del daño moral que ocasione su incumplimiento, se pronuncian en la doctrina científica española un número significativo de autores.

En este sentido se manifiestan GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al artículo 67 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, artículos 22 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 186, ídem: “Comentario al artículo 68 del Código Civil”, *Ibidem*, pp. 195-196, GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al artículo 67 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 322, LA CRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, en LA CRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, fascículo 1^o, 3^a edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 146-147, ídem: “Comentario al artículo 68 del Código Civil” (redacción del precepto en la 2^a edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 657, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^o T.: “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006-1, N° 16, pp. 154-155, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre los miembros de una pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003-1, N° 10, p. 77.

Otros autores guardan silencio sobre el tema que nos ocupa, de lo que no creo que necesariamente deba deducirse una posición contraria a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el supuesto de violación de las obligaciones conyugales, sino que, con total claridad, lo único que se desprende de su lectura es, tan sólo, la imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de

desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los artículos 67 y 68, que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos. Precisamente, la significación jurídica de los deberes conyugales es la razón por la cual los contrayentes tienen que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento, ya que, en caso contrario, el matrimonio sería nulo: la exclusión de los deberes conyugales constituye, en puridad, la exclusión de la causa del negocio jurídico matrimonial y, de ahí, la relevancia de la simulación y de la reserva mental como causas de invalidez del matrimonio (artículo 73.1 del Código Civil).

La sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005⁹ afirma claramente que los deberes que para los cónyuges derivan del matrimonio, no sólo tienen carácter moral, sino también naturaleza jurídica, afirmando la existencia de un auténtico derecho subjetivo de cada uno de ellos a que el otro se comporte conforme a dichos deberes.¹⁰

El hecho de que los cónyuges no puedan reclamarse el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas por vía judicial no significa que no tengan carácter

dichas obligaciones y de acudir, en caso de no cumplimiento de las mismas, al régimen general de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es el caso de ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, Derecho de familia, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 126-132; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 92-94, y creo que también de ROCA TRIAS, E.: “Efectos personales y patrimoniales del matrimonio”, en ROCA TRIAS, E. (coordinadora) y otros: *Derecho de familia*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 88-90.

Los autores, que expresamente se oponen a la tutela aquilina de los derechos-deberes de los cónyuges son, pues, minoritarios.

Entre ellos está FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret*, Barcelona, octubre de 2001, pp. 14-16, que fundamenta su posición, entre otros argumentos, en la idea de que las normas del derecho de familia son un sistema, completo y cerrado, que contiene específicas sanciones aplicables en el caso de incumplimiento de los deberes conyugales, esto es, la separación o el divorcio (téngase en cuenta que escribe antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio). No obstante, parece que el propósito del autor es negar la aplicación del artículo 1902 del Código Civil al incumplimiento de la obligación de infidelidad, ya que, tras pronunciarse contundentemente a este respecto, añade lo siguiente: “La exclusión de la acción de responsabilidad no rige, sin embargo, respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. Así pueden ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor, intimidad, libertad sexual o patrimonio”. No queda claro si, a su juicio, el resarcimiento debe quedar, o no, limitado al caso de que el incumplimiento suponga un hecho delictivo, ya que se refiere a este posible criterio para delimitar la responsabilidad del infractor, pero sin decantarse claramente en favor de él.

⁹ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693.

¹⁰ Con la misma rotundidad se manifiestan las Sentencias del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999, “Il diritto di famiglia e delle persone”, XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988, y de 4 de junio de 2002, *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

jurídico,¹¹ sino que ello se explica por su naturaleza personalísima, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal y la integridad física y moral de los esposos. No se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto, el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; y ello, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato. Por otra parte, incluso en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución específica de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intuitu personae*) haga inviable tal ejecución, como, por ejemplo, sucede en el caso del contrato de alimentos.

La supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo.

La Ley 15/2005 ha suprimido así todas las causa de separación o divorcio contempladas en el derecho anterior, las cuales giraban, básicamente, en torno a la idea del "cese efectivo de la convivencia conyugal", a través del cual tenía lugar la constatación objetiva de la quiebra del matrimonio, exigiéndose, a este respecto, el transcurso de una serie de plazos, de duración variable, que podían llegar hasta los cinco años, en ausencia de una previa demanda de separación, si lo que había existido era una separación de hecho, impuesta por uno de los cónyuges al otro.

Actualmente se establece como única causa de separación o divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, con tal de que ésta se manifieste, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo, que no es necesario que se cumpla, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o liber-

¹¹ LA CRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 133, afirma que, aunque no sea posible la exigencia coactiva de los deberes jurídicos, no por ello pierden su condición jurídica, hablando el autor de que los deberes conyugales tienen una "sanción imperfecta". Y, más adelante, dice: "No creo que puedan excluirse, en los casos de infracción de las obligaciones recíprocas, en particular, los de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice; pues si el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause" (p. 146).

tad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, según resulta de la actual redacción del artículo 86 del Código Civil.

Se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno sólo de los cónyuges, el cual podrá imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la convivencia, consagrándose, así, un "divorcio por sorpresa". En mi opinión, esta solución, aunque sea eficaz en el orden procesal, en el sentido de que, sin duda, agilizará los juicios de divorcio, tiene sus inconvenientes, porque da lugar a una total desvalorización de la idea de estabilidad del matrimonio; y me pregunto si, en la práctica, no se estará consagrando una especie de repudio, colocando al cónyuge abandonado en una situación de indefensión frente a un mero cambio de voluntad del que, unilateral y sorpresivamente, decide divorciarse.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, afirmándose en ella que "el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna". Ahora bien, esta manera de razonar parece olvidar que la estabilidad del matrimonio es todavía un valor social, no absoluto, pero sí digno de protección, que queda totalmente desatendido con la nueva regulación; y asimismo que el matrimonio no sólo es cauce de desarrollo de la personalidad del cónyuge que se pretende divorciar, sino también del cónyuge a quien se impone el divorcio, contra su voluntad y sin ninguna constatación objetiva de la quiebra de la convivencia. Quizás hubiera sido preferible que el legislador español hubiese seguido una posición semejante a la adoptada por el francés, que admite el divorcio por mutuo consentimiento, con gran amplitud (esto, desde la Ley N° 1975-617, de 11 de julio de 1975), pero no el divorcio por mera voluntad de uno solo de los cónyuges, el cual, no ha sido contemplado por la reciente Ley N° 2004-439, de 26 de mayo de 2004 (en vigor, desde el 1 de enero de 2005), que ha realizado una profunda reforma en materia de divorcio en Francia, con el fin de agilizar y facilitar la tramitación del procedimiento tendente a su obtención; y que, a diferencia de lo acontecido en España respecto de la Ley 15/2005, ha sido fruto de largos años de estudio y de reflexión.

Volviendo al tema que nos ocupa: por cuanto concierne al temor del Tribunal Supremo, expresado en la Sentencia de 30 de julio de 1999, a la multiplicación de las demandas de reparación por daños morales, de admitirse la aplicación

de la responsabilidad civil en el ámbito del matrimonio, aunque digno de ser tenido en cuenta, me parece excesivo, pues el resarcimiento sólo procederá ante incumplimientos, graves o reiterados, de las obligaciones conyugales, y siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual. Y, desde luego, el supuesto, contemplado en la referida sentencia, de infidelidad reiterada de la mujer durante el matrimonio, que da lugar a que los hijos, que el marido pensaba que eran suyos, no lo sean, me parece un claro supuesto de ilícito civil, susceptible de dar lugar a la obligación de reparar el daño moral subsiguiente.

3. La reconducción del incumplimiento de los deberes conyugales al ámbito de las causas de separación y divorcio

En la jurisprudencia española se ha negado el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, argumentando que el legislador, al considerarlo como causa de separación, estaba excluyendo que éste produjera otros efectos distintos, salvo los expresamente previstos por la ley, como era el de ser causa de separación y como sigue siendo el de ser causa de desheredación (artículo 855.1º del Código Civil).

En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999,¹² que afirma que, en caso de incumplimiento de los deberes conyugales, “es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”.

Antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el anterior artículo 86.1º del Código Civil establecía, en efecto, como causa de separación, “El abandono injustificado de hogar, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”.

Sin embargo, este argumento, que suponía el apriorismo de considerar que las normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado y completo, nunca me pareció convincente,¹³ ya que el hecho de que el artículo 86.1º del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 2005, tipificara como causa de separación la falta de cumplimiento de los deberes conyugales no significaba que el legislador estuviera excluyendo que produjera otros efectos distintos, como, por ejemplo, el resarcimiento del daño a que diera lugar el incumplimiento, siempre, claro está, que concurrieran los requisitos a los que el artículo 1902 del Código subordina la responsabilidad del autor de hecho dañoso.

¹² *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999, N° 5726.

¹³ A favor de él se pronunció, sin embargo, FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, cit., p. 14.

No se puede decir que existiera un concurso de normas, que hubiera que resolver mediante la aplicación de la regla "ley general desplaza a ley especial", ya que el anterior artículo 86.1° y el artículo 1902 tenían fundamentos y finalidades distintos: en un caso, se preveía la separación del matrimonio, en el otro, la reparación de un daño. Concretamente, para que tuviera y tenga lugar la aplicación del artículo 1902 en el tema que nos ocupa, no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento.

Es de observar que la jurisprudencia italiana, así como la francesa, consideran compatible una pretensión de resarcimiento, con apoyo en los artículos 2043 y 1382 de sus respectivos Códigos Civiles (correspondientes al artículo 1902 del Código Civil español), con el pronunciamiento de una separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges.

Así, por cuanto concierne a la jurisprudencia italiana, la importante sentencia de la Corte de Casación Civil de 10 de mayo de 2005¹⁴ afirma que no puede recurrirse al argumento de la especificidad y carácter completo de las normas de derecho de familia, para sostener que la violación de las obligaciones conyugales encuentran su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio. Afirma, así, que la naturaleza, función y límites de estas medidas hacen evidente que las mismas no son estructuralmente incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, y no excluyen la significación que un determinado comportamiento pueda revestir, a efectos de la separación o del divorcio, con la relevancia del mismo, como hecho generador de responsabilidad aquiliana.¹⁵

Por lo que atañe a la jurisprudencia francesa, ésta es claramente favorable a acudir a la responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los deberes conyugales, y ello a pesar de que en el derecho galo existe un precepto específico, el artículo 267 del "Code", el cual prevé que el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva de su consorte, pueda obtener del mismo una indemnización de daños y perjuicios, con el fin de reparar las consecuencias, de particular gravedad, que sufra con motivo de la disolución del matrimonio (a lo que también tiene derecho el cónyuge que haya sido demandado en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo conyugal, si él mismo no ha presentado ninguna demanda de divorcio).

¹⁴ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 693-694.

¹⁵ La tesis contraria ha tenido defensores en la doctrina científica italiana hasta tiempos relativamente recientes. Véase, por ejemplo, en este sentido, CASTAGNARO. O. B.: "Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali", *Giurisprudenza italiana*, 1997, II, c. 2293.

En la práctica judicial del país vecino se ha planteado en numerosas ocasiones la cuestión de si este precepto impide al cónyuge que sufre un daño distinto que pueda demandar su resarcimiento por la vía del derecho común, esto es, mediante la aplicación del principio general de responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 1382 del mismo Código.

La Corte de Casación se ha pronunciado reiteradamente a favor de la compatibilidad de los dos preceptos, en diversos fallos, que casan y reenvían sentencias de apelación, que habían denegado una pretensión resarcitoria, formulada al amparo del artículo 1382, con el argumento de que en el ámbito del divorcio este precepto quedaba desplazado por el artículo 267 (ambos del *Code*).

Entre los pronunciamientos más recientes, puede destacarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 11 de enero de 2005,¹⁶ la cual afirma que el cónyuge que sufre un perjuicio distinto al resultante de la ruptura del matrimonio puede demandar la reparación en las condiciones previstas en el derecho común, considerando que la sentencia recurrida había violado el artículo 1382 del Código Civil, al haber pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, y no haber extraído las consecuencias pertinentes de ello (concesión de una indemnización de daños y perjuicios).¹⁷

En cualquier caso, el argumento esgrimido por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 para negar el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, ha perdido en nuestro derecho toda

¹⁶ *Bulletin Civil*, 2005, I, N° 13.

¹⁷ La misma doctrina se halla en la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Casación de 27 de febrero de 1980 (*Bulletin Civil*, 1980, II, N° 45), la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 25 de junio de 1980 (*Bulletin Civil*, 1980, II, N° 2), la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1981 (*Bulletin Civil*, 1981, II, N° 30) y la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 6 de julio de 2005 (*Bulletin Civil*, 2005, I, N° 307).

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación francesa de 13 de marzo de 1985 (*Bulletin Civil*, 1985, II, N° 64) precisa que la viabilidad de la demanda de resarcimiento de un daño, distinto del originado por la disolución del matrimonio, resultante de la culpa del cónyuge que ha tomado la iniciativa de demandar el divorcio por ruptura de la vida común, no está subordinada a la presentación por parte de la víctima de una demanda reconventional de divorcio por culpa.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1996 (*Bulletin Civil*, 1996, N° 47), anulando la sentencia recurrida, admite incluso que el resarcimiento de daños pueda tener lugar en el caso de un divorcio pronunciado por culpa compartida de ambos cónyuges, concretamente, en el caso de sufrir la mujer la violencia del marido. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación de 6 de julio de 2005 (*Bulletin Civil*, 2005, I, N° 307), que considera fundada la afirmación de la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa compartida, de que los hechos imputables a la mujer no eran excusa para el comportamiento del marido, aunque la revoca por no haber extraído las consecuencias pertinentes en orden al resarcimiento de daños demandado por la mujer.

consistencia, tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio y, entre ellas, las contempladas en el número 1º del artículo 86 del Código Civil en su anterior redacción.

Es más, una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil, para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos,¹⁸ lo que no casa con el claro tenor de los artículos 67 y 68 del Código, que –recuerdo– hablan de “deberes” y de “obligaciones”. Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la Ley 15/2005, y otra cosa muy distinta es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no veo ninguna razón consistente.¹⁹ Desde luego, no me lo parece el argumento de que la reparación de estos daños pueda suponer una especie de restricción indirecta al ejercicio de la facultad de divorciarse, porque, con el mismo argumento, podría sostenerse la improcedencia de sujetar al cónyuge que solicita el divorcio al pago de una pensión compensatoria o de atribuir la vivienda conyugal al cónyuge no propietario, en cuya compañía queden los hijos o cuyo interés sea el más necesitado de protección.

4. La exclusión de la responsabilidad de los cónyuges mediante el recurso al argumento de la pensión compensatoria

Finalmente, existe otro argumento para excluir la responsabilidad civil del cónyuge que incumple sus deberes conyugales, cual es la existencia de una prestación compensatoria por divorcio.

Este argumento, que jurídicamente me parece insostenible, sin embargo es muy posible que explique la resistencia de los jueces a aplicar las normas de la responsabilidad civil en el caso que nos ocupa.

Parece, así, existir un evidente nexo entre la generosidad del legislador español a la hora de reconocer la pensión compensatoria y esa resistencia jurisprudencial a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

¹⁸ Lo apuntan certeramente ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161, y MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Separación y divorcio sin causa”, cit., p. 153.

¹⁹ Como pone de relieve MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Separación y divorcio sin causa”, cit., p. 151, “no se trata de introducir criterios de culpabilidad en la separación y en el divorcio, sino de determinar cuando existe un daño en qué supuestos debe ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses del cónyuge, es decir, la injusticia de un concreto daño indemnizable con independencia de que éste pueda, si quiere, optar por la separación o el divorcio”.

Hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil, en su redacción por Ley 30/1981, de 7 de julio, preveía la pensión compensatoria con carácter vitalicio en favor del cónyuge a quien el divorcio le producía un desequilibrio económico. Se trataba de una regulación que, sin duda, estaba pensada para la disolución de matrimonios de larga duración, muy favorable para el cónyuge que quedaba en peor situación económica tras el divorcio, normalmente la mujer.

Sin embargo, a medida en que el divorcio se generaliza, la mujer accede al mercado de trabajo en condiciones cada vez más parecidas a las del varón, y se produce la disolución de matrimonios de breve duración, la jurisprudencia va tendiendo a atribuir un carácter temporal a la pensión compensatoria, orientación esta que ha tenido su reflejo en el vigente artículo 97, que, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, atribuye al juez la potestad de decidir si concede la pensión con carácter vitalicio o temporal.²⁰

En cualquier caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el argumento de acudir a la pensión compensatoria para negar la posibilidad de que prosperen demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales, me parece insostenible.²¹

En primer lugar, porque la pensión compensatoria y la responsabilidad civil tienen finalidades distintas, que, además, no son incompatibles: la primera trata de corregir el desequilibrio económico que el divorcio produce a un cónyuge, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en la situación que tenía durante el matrimonio; la segunda, por el contrario, se orienta a resarcir el daño moral que experimenta un cónyuge, por la violación de los deberes conyugales que comete el otro.

En segundo lugar, porque los presupuestos de ambas son también distintos: la pensión compensatoria se liga a una situación objetiva de desequilibrio económico; en cambio, la responsabilidad civil del cónyuge sólo surge cuando la conducta culpable del cónyuge que incumple sus deberes causa al otro un daño, esencialmente, de carácter moral.

²⁰ Sobre este tema puede verse MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: "Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 213-232.

²¹ FRACCON, A.: "Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi", *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. c. 699, observa que no puede justificarse una especie de inmunidad relativa, invocando una especial tutela de las instituciones familiares, como, por ejemplo, la pensión compensatoria por divorcio. La diversa naturaleza y finalidad de estos remedios dejan intacta la aplicabilidad del artículo 2043 del *Codice*, para aquellos comportamientos que presenten los requisitos de la responsabilidad civil, del mismo modo que no excluyen la tutela penal, allá donde se produzcan sus supuestos de hecho típicos.

En tercer lugar, porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo. Sería, por ejemplo, el caso de una mujer infiel, a la que el divorcio colocara en una situación económica peor a la que gozara durante el matrimonio. Ésta tendría derecho a percibir la pensión, ya que su culpa no le privaría de ésta, no obstante, podría quedar sujeta a responsabilidad civil, por incumplimiento del deber de fidelidad.

II. Presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales

Admitida la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, surge la necesidad de precisar sus presupuestos, en relación con el artículo 1902 del Código Civil.

Para que dicha responsabilidad surja no bastará, desde luego, la sola constatación del ilícito civil, sino que, además, será necesario la existencia de un daño moral que deba ser resarcido, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el dolo o culpa del infractor.

Parece innecesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del artículo 1902 del Código Civil, y no por la del artículo 1101 de dicho Código, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, constitutivo de "status", del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo.

1. El daño resarcible

El primero de los presupuestos es la existencia de un daño resarcible, el cual no puede ser identificado con el que estrictamente resulte del divorcio, cuya causa, en el derecho actual, es la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges de no permanecer casado, siendo irrelevante, a este efecto, la razón por la cual se inste la disolución del matrimonio (por ejemplo, un incumplimiento de las obligaciones conyugales del otro consorte).

En este sentido me parecen certeras las palabras de la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002,²² según la cual el juez, para sujetar a res-

²² *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

ponsabilidad civil a uno de los cónyuges, debe comprobar la existencia de un daño objetivo imputable a otro cónyuge, etiológicamente reconducible a una violación grave de los deberes matrimoniales, y no a la crisis conyugal en cuanto tal, que, por sí misma, generalmente produce un estado de sufrimiento psico-emotivo, afectivo y de relación, además de incomodidades económicas y de comportamiento, por lo menos para una de las partes.

El daño resarcible "ex" artículo 1902 del Código Civil consistirá, pues, en la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones que libre y recíprocamente asumieron al tiempo de contraer el matrimonio, con el fin de desarrollar en él su personalidad.

Se tratará de un daño moral, el cual deberá ser probado por quien lo invoca,²³ por ejemplo, el sentimiento de abandono, ansiedad o baja estima, ocasionado por la violación de los deberes por parte de su cónyuge, así como el quebranto emocional sufrido por el varón, que se creía padre de un niño nacido constante el matrimonio, y que no lo es.

Se excluyen, pues, los daños patrimoniales, provocados por el divorcio, que deberán encauzarse, en su caso, a través de la prestación compensatoria del artículo 97 del Código Civil.

2. El criterio de imputación de responsabilidad

El criterio general de imputación de responsabilidad civil en derecho español es la culpa, sin distinción de grados, según resulta del artículo 1902 del Código Civil.

Sin embargo, en algunos supuestos de daños, originados en el ámbito familiar, la responsabilidad civil sólo surge si el autor del hecho dañoso ha incurrido, no en una diligencia regular o media, sino en dolo o, al menos, en culpa grave. Así sucede respecto de la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados en los bienes de los hijos por su administración durante el ejercicio de la patria potestad, que sólo procede en el caso de que hayan obrado con dolo o culpa grave (artículo 168); o respecto de la responsabilidad del cónyuge que administre los bienes gananciales por los daños causados a la sociedad, la cual sólo tiene lugar en el caso de actuación dolosa de aquél (artículo 1390).

Con apoyo en dichos preceptos, autorizada doctrina sostiene que en el ám-

²³ A este respecto, afirma la Sentencia de la Corte de Apelación de Chambery de 23 de septiembre de 2002 ("Legifrance") que no basta, para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, demostrar la existencia de culpa, sino que, además, hay que caracterizar el perjuicio y cuantificarlo.

bito de las relaciones familiares sólo el dolo o la culpa grave han de ser los criterios generales de imputación de responsabilidad.²⁴

A tal efecto, se invoca también la jurisprudencia alemana,²⁵ en particular, una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 1989,²⁶ la cual sostiene que el resarcimiento de daños por incumplimiento de deberes conyugales exige una conducta dolosa que pueda subsumirse en el ámbito de aplicación del parágrafo 826 del BGB, precepto que permite la reparación de los daños causados por comportamientos dolosos contrarios a la moral. Concretamente, la referida sentencia afirma que la mujer infiel puede quedar sujeta a responsabilidad civil extracontractual, si ésta ha realizado afirmaciones falsas para tranquilizar al marido, que duda acerca de su paternidad; excluye, sin embargo, que pueda surgir responsabilidad de la mera reticencia de la mujer que guarda silencio acerca de su adulterio.²⁷

En mi opinión, parece dudoso poder extraer una regla general de unos preceptos que son excepcionales; y por cuanto se refiere a la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo alemán citada, no me resulta muy convincente, ya que el rigor de ésta se justifica, porque en el sistema de responsabilidad civil alemán existe una tipificación de los ilícitos civiles, lo que no sucede en el sistema español, que, como el francés o el italiano, no sigue el principio de tipicidad, sino que en él se contiene una cláusula general de responsabilidad civil, el artículo 1902 del Código Civil, en la que es posible incluir todo hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete. No parece, pues, razonable exigir respecto del cónyuge que incumple los deberes conyugales una culpabilidad reforzada, que no requiere el precepto en que se fundamenta su responsabilidad y en cuyo ámbito de aplicación encaja su comportamiento, sin necesidad de realizar ninguna interpretación forzada del mismo.²⁸

Desde luego, no la exige la jurisprudencia francesa, ni la italiana, que aplicando la regla general contenida en los artículos 1382 y 2043 de sus respectivos Códigos Civiles, no requieren una especial culpabilidad del cónyuge que in-

²⁴ MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M^o T.: "Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, colección de monografías de la Revista de Derecho Patrimonial, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

²⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad civil", cit., p. 75.

²⁶ "Neue Juristische Wochenschrift", 1990, pp. 706-709.

²⁷ Conozco la sentencia gracias al trabajo de FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", cit., p. 15, de quien tomo la cita.

²⁸ En contra, sin embargo, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, *Aranzadi Civil*, 2004, Nº 1994, que, apoyándose en la jurisprudencia alemana supra expuesta, afirma que la infidelidad sólo puede dar lugar a un daño resarcible, "si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso, en que se haya engañado al marido sobre su paternidad".

cumple para imputarle responsabilidad, sino, simplemente, su comportamiento negligente.

Hay que tener en cuenta que una cosa es que, como constantemente afirma la jurisprudencia italiana, la responsabilidad sólo surja por incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, lo que me parece imprescindible en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios, y otra cosa, diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el ordinario, lo que ya no me parece correcto.

La sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002²⁹ es buena muestra de esta distinción. En ella, al referirse a la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil en el ámbito de la relaciones conyugales, se dice que el juez debe comprobar, ante todo, la objetiva gravedad de la conducta asumida por el agente, violando uno o más de los deberes derivados del matrimonio, en el marco de una valoración comparativa del comportamiento de ambos cónyuges en el contexto familiar. Describe, así, el hecho dañoso, identificándolo con un incumplimiento grave de las obligaciones conyugales, pero, al referirse al criterio de imputabilidad, aplica la regla general del artículo 2043 del *Codice*, afirmando que es necesario averiguar si el comportamiento es subjetivamente imputable al cónyuge que incumple, en cuanto le sea reprochable dolo o culpa.

3. El nexo de causalidad

Ha de quedar acreditada la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales y el daño moral, cuya reparación se pide.

El nexo puede quedar roto por un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, un contratiempo económico o una enfermedad que imposibilite a uno de los cónyuges a cumplir su deber de asistencia y socorro; también por la propia conducta del demandante, cuya infidelidad, por ejemplo, puede motivar la de su consorte; en otras ocasiones, con su comportamiento puede no romper el nexo de causalidad, pero sí concurrir a la producción del daño o a su agravamiento, lo que deberá ser apreciado para reducir su cuantía.

La sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999³⁰ conoció de la demanda de responsabilidad civil de una mujer divorciada, que había estado casada durante treinta y un años, con un varón que, desde el comienzo mismo del matrimonio, había mostrado desinterés sexual hacia su esposa.

²⁹ *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

³⁰ "Il diritto di famiglia e delle persone", XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988.

Sólo mantuvieron relaciones sexuales en cuatro ocasiones, pero no de manera completa. Un año después de casarse, visitaron a un médico, que diagnosticó que el marido tenía una "carencia de masculinidad", ante lo cual inició una terapia, que abandonaría tres años después. Los cónyuges se separaron de mutuo acuerdo, a instancia de la mujer, veintiséis años después de casarse. Pasados seis años se divorciaron.

La demanda de divorcio fue presentada por el marido y aceptada por la mujer, que, a su vez, reconvino, demandando una indemnización por el daño por ella sufrido, argumentando que la indiferencia e incapacidad sexual de su cónyuge le habían ocasionado un síndrome nervioso depresivo, también referido a la frustración de las expectativas de ser madre, del cual sólo había sido consciente después de la separación, que había promovido con un retraso de más de veinte años, debido a la oposición que a ella mostraban los familiares del marido.

El tribunal realiza interesantes consideraciones de carácter sustantivo. Constata que la doctrina prevalente reconoce la naturaleza plenamente jurídica, y no sólo moral, de los derechos derivados del matrimonio, de modo que puede decirse que de ellos resulta una posición jurídica tutelada, o, incluso, un derecho subjetivo de un cónyuge, respecto del otro, a que éste tenga un comportamiento acorde a tales obligaciones y, en caso contrario, considera posible sujetar a quien incumple la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se den los presupuestos generales del artículo 2043 del *Codice*. Expone, así, que los remedios específicamente previstos en sede de derecho de familia, a favor del cónyuge que cumple, no pueden desplazar aquéllos de los que goza en cuanto persona, al ser la familia un ámbito de autorrealización y no de restricción de los derechos irrenunciables, como el derecho a la salud, a la integridad personal, al honor, etc. Afirma, en definitiva, que el derecho personalísimo del individuo no consiente una derogación de la cláusula general de responsabilidad.

Sin embargo, la sentencia no estimó la pretensión de la mujer, por entender que en el caso litigioso no existía nexo de causalidad entre el ilícito atribuido al marido (falta de asistencia en la esfera afectiva y sexual) y el daño cuyo resarcimiento pedía.

Considera que el argumento de la demandante, de que sólo había sido consciente del daño moral al tiempo de obtener la separación no era creíble, ya que, de la documentación médica adjuntada al proceso, resultaba que, veinte años antes de la separación ya se encontraba en cuidados por un síndrome ansioso depresivo reactivo ante su situación matrimonial, el cual se había ido agravando con los años. Por lo que respecta a la afirmación de que no se había separado antes por la oposición a ello de los familiares del marido, el tribunal entiende

que las presiones de éstos no tenían la entidad suficiente para determinar la voluntad de una persona adulta y con autonomía económica en un contexto socio-familiar como era el de los años setenta en la ciudad de Milán.

Entiende, en definitiva, que el propio comportamiento de la demandante no se limita a un aspecto cuantitativo, esto es, no concurre meramente a la producción o agravación del daño, sino que se trata de una serie causal del todo autónoma, que se inserta en el proceso etiológico, rompiendo un nexo de causalidad con la conducta del demandado. Y concluye: nada sino su libre voluntad impedía a la mujer desligarse del marido, y si no lo hizo cuando se detectaron los primeros síntomas de depresión, fue una opción suya, cuyas consecuencias no puede imputarse más que a sí misma.

III. Descripción del hecho dañoso

Prestaremos una especial atención al hecho dañoso, que no tiene por qué constituir un delito penal, por ejemplo, de lesiones o de abandono de familia; de hecho, si lo fuera, la responsabilidad civil del infractor no se regiría por los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, sino por los artículos 107 y siguientes del Código Penal, o, en su caso, si se tratase de un delito contra la intimidad o el honor (calumnia o injurias), por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El hecho dañoso puede ser un mero ilícito civil, consistente en el incumplimiento de los deberes conyugales, que objetivamente ha de ser grave o reiterado, como decía el artículo 82.1º del Código Civil en su anterior redacción.

Esto no significa exigir una culpabilidad reforzada al cónyuge que incumple, sino excluir que los tribunales se vean obligados a conocer de demandas de responsabilidad civil dirigidas a obtener la reparación de daños morales, basadas en la alegación de incumplimientos nimios de las obligaciones conyugales.³¹

Los deberes conyugales son las obligaciones recíprocas contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que constituyen la causa del negocio jurídico matrimonial,³² esto es, las de convivencia, respeto, asistencia y fidelidad.

³¹ La sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 694, afirma que no deben tomarse en consideración comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar composición en el interior de la familia, a través del espíritu de comprensión y tolerancia, que es parte del deber de recíproca asistencia, sino únicamente aquellas conductas que por su intrínseca gravedad sean agresiones a derechos fundamentales de la persona.

³² Como constata CARRIÓN OLMOS, S.: "Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, 19 de julio de 2005, p. 3.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha añadido al artículo 68 del Código Civil un último inciso, que dice que los cónyuges “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

La constitucionalidad de esta disposición³³ suscita dudas, en la medida en que supone una ingerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.³⁴

Este intervencionismo estatal, calificado como “una norma de pedagogía social”,³⁵ que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se utilice esta palabra), resulta paradójico,³⁶ si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges,³⁷ así como también lo es de la reforma operada por la Ley

³³ CARRIÓN OLMOS, S.: “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, colección de monografías de Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 180, juzga esta disposición “quizá no del todo afortunada, al menos por cuanto a su ubicación se refiere”. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 93, consideran que se trata de “un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”. SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 70, entiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’ se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

³⁴ Tiene razón PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, artículos 143 a 148, p. 6. cuando habla de la necesidad de individualizar en los deberes conyugales el contenido mínimo para garantizar la identidad sustancial del matrimonio, respetando, al mismo tiempo, la legítima diferenciación de las diversas realidades familiares.

³⁵ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia”, cit., p. 153.

³⁶ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: “La incidencia”, cit., p. 156, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 157, llaman la atención sobre este punto.

³⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpa, afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.³⁸

A mi entender, una vez proclamado en el artículo 66 del Código Civil que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, proclamación seguramente necesaria al tiempo de promulgarse la Ley 30/1981, dado los antecedentes históricos de sumisión de la mujer al marido (que, por supuesto, no son exclusivos de nuestro derecho), el Estado no tiene por qué predeterminar legalmente la distribución de las funciones que cada uno de los cónyuges asumirá en el matrimonio, sino que debe respetar los acuerdos a los que ambos lleguen libremente a este respecto, por ejemplo, que uno de ellos se dedique a las labores del hogar y el otro trabaje fuera de casa, opción que, desde un punto de vista constitucional, es tan perfectamente legítima como aquella en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas.³⁹

En cualquier caso, me parece que el ámbito propio para extraer consecuencias del incumplimiento de este denominado “deber” es el de la pensión compensatoria, ya que el número 4º del artículo 97 del Código Civil establece que “La dedicación pasada y futura a la familia es uno de los criterios para determinar la cuantía de aquélla”; por lo que no será examinado en este trabajo.

1. Incumplimiento del deber de convivencia

El deber de convivencia constituye la premisa de la existencia de una plena comunidad de vida entre los cónyuges y actúa como condición para el ejercicio de los demás.

Parece, pues, pertinente plantearse el supuesto de abandono de hogar.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003⁴⁰ contempló la demanda interpuesta por una esposa separada, que padecía una limitación funcional en la columna y una enfermedad en la sangre, contra su marido, a quien acusaba de haber abandonado el hogar familiar,

³⁸ Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, pone de relieve que “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”. Más adelante, al referirse a las uniones formadas por personas del mismo sexo, afirma que “Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas”. Y, más precisamente, se afirma que “El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta Ley trata de dar respuesta”.

³⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 135, afirma, así, “la necesidad de respetar, junto al ‘libre desarrollo’, las bases sobre las cuales establecieron libremente los cónyuges la vida familiar”.

⁴⁰ *Aranzadi JUR*, 2003, N° 244422.

pidiendo que fuera condenado al resarcimiento del daño moral que le había ocasionado con tal abandono.

La Audiencia no acogió esta pretensión resarcitoria, por entender que había existido una separación de hecho libremente consentida por ambos esposos y que durante dicha separación el marido había entregado a la mujer la mitad de su pensión.

A mi parecer, el abandono de hogar podría dar lugar a una reparación de un daño moral⁴¹ si el mismo fuera acompañado de una desatención de los deberes de asistencia y ayuda mutua, lo que no sucedió en el caso litigioso.

Más dudosa es la cuestión de si la negativa, persistente e injustificada, de uno de los cónyuges a mantener relaciones sexuales con el otro puede dar lugar a una pretensión resarcitoria.⁴²

En la jurisprudencia francesa es clara la consideración como causa de divorcio de la negativa injustificada de un cónyuge a consumar el matrimonio o a mantener relaciones sexuales con el otro, siempre que sea fruto de un comportamiento voluntario y no se justifique por razones que excluyan todo tipo de menosprecio o ultraje, como por ejemplo, la impotencia que no pueda vencerse por un tratamiento médico⁴³

Pero, además, en la jurisprudencia italiana se ha planteado si el comportamiento de un cónyuge, contrario a mantener relaciones sexuales con el otro, puede dar lugar a un daño moral resarcible por vía del artículo 2043 del Código Civil, admitiéndolo –como ya ha sido expuesto– la sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999,⁴⁴ que, sin embargo, no dio lugar al resarcimiento por falta de prueba del nexo de causalidad.

Más recientemente, la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005⁴⁵ ha afirmado que el derecho a la sexualidad es una posición

⁴¹ Cfr., en tal sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146.

⁴² GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", cit., pp. 195-196, habla de una vertiente positiva del deber de fidelidad, "de práctica de relaciones sexuales entre los cónyuges", por supuesto incoercible, a cuyo incumplimiento, sin embargo, no atribuye consecuencias jurídicas a efectos de un resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de lo que acontece cuando trata de lo que llama deber de fidelidad en sentido negativo, entendido como obligación de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros".

⁴³ Veáanse, así, las Sentencias de la Corte de Casación de 21 de marzo de 1950 (D 1950, p. 395), 16 de julio de 1962 (*Bulletin Civil*, II, N° 592), 16 de diciembre de 1963 (*Daloz*, 1964, p. 227), 22 abril 1964 (*Bulletin Civil*, II, N° 308), 5 de noviembre de 1969 (*Daloz*, 1970, p. 223) y 4 de octubre de 1978 (*Daloz*, 1979, *Information Rapide*, p. 211).

⁴⁴ "Il diritto di famiglia e delle persone", XXX, julio-septiembre, 2001, p. 988.

⁴⁵ *Giurisprudenza Italiana*, 2006, abril, c. 694.

subjetiva tutelada constitucionalmente y que, en su proyección a la procreación, constituye una dimensión fundamental de la persona y una de las finalidades del matrimonio.

En el caso litigioso, el marido no había informado a la mujer, antes de celebrarse el matrimonio, de que padecía una impotencia "coeundi", a causa de una malformación, que conocía perfectamente.

La Corte consideró que la intensidad de los deberes conyugales ha de reflejarse necesariamente sobre las relaciones entre las partes en la fase precedente al matrimonio, imponiéndoles –incluso, en defecto de un vínculo conyugal, pero ante la perspectiva de constituirlo– una obligación de lealtad, corrección y solidaridad, que se sustancia también en una obligación de informar de toda circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de todas situaciones susceptibles de comprometer la comunión material y espiritual, a la cual el matrimonio se dirige. Constató, así, que la falta de lealtad del varón había ocasionado a la mujer una violación en su dignidad como persona, en su libertad-dignidad, en su autónoma determinación al matrimonio, en sus expectativas a una vida sexual armónica, en sus proyectos de maternidad, y en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, la solidaridad y el pleno desarrollo de las propias potencialidades en el ámbito de la peculiar formación social constituida por la familia.

2. Incumplimiento del deber de respeto mutuo

Me parece incuestionable que el incumplimiento del deber de respeto mutuo ha de dar lugar a una indemnización.⁴⁶

Tal deber se proyecta sobre los derechos de la personalidad,⁴⁷ lo que exige, por supuesto, la interdicción de actos que supongan una lesión de la integridad física o moral de su consorte (por ejemplo, malos tratos), pero también la necesidad de respetar su honor, absteniéndose de comportamientos que puedan disminuir su propia estima y consideración ante la sociedad (por ejemplo, insultos, en particular si se pronuncian ante terceros).

⁴⁶ Cfr., así, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 186, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 326, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146. Por el contrario, LETE DEL RÍO, J. M.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 644, considera "muy discutible afirmar, con carácter general, que el incumplimiento de la obligación o deber de respeto de un esposo respecto del otro pueda dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios".

⁴⁷ Afirma PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 54, que, en línea de principio, los derechos de la personalidad de los cónyuges no experimentan limitaciones o preclusiones de carácter general, ni en el ámbito personal, ni por el hecho de pertenecer a la familia.

La sentencia de la Corte de Apelación de Turín, de 21 de febrero de 2000,⁴⁸ aunque no conoció de una demanda de resarcimiento, contempló un supuesto, que, sin duda, creo que podía haber dado lugar a él, por violación de la obligación de respeto. Imputó, así, al marido la separación, a causa de que públicamente había asumido un comportamiento, que se califica como "mobbing", en relación con su cónyuge, a la que había injuriado, denigrado, ofendido sobre el plano estético y desvalorizado como mujer y madre.

En un caso, en el que específicamente la cuestión litigiosa sí giraba en torno a la procedencia de una pretensión resarcitoria por incumplimiento de deberes conyugales, la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa de 11 de enero de 2005⁴⁹ anuló la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa de la mujer, a quien se le atribuía un comportamiento violento, injurioso y humillante, incluso en presencia de terceros, respecto de su marido, pero que, sin embargo, había rechazado la demanda de resarcimiento de este último, con el argumento de que en los juicios de divorcio no resultaba procedente la aplicación del artículo 1382 del Código Civil.

El deber de respeto implica también el reconocimiento de un ámbito razonable de privacidad del otro cónyuge, que abarca la esfera de ideas, sentimientos y actividades que, exclusivamente, atañan a él;⁵⁰ e, igualmente, la prohibición de divulgar aspectos de su vida privada, de los que tenga conocimiento por razón de la convivencia o de la relación de confianza que se establece entre los cónyuges, así como de los que afecten a la vida íntima de familia, prohibición esta que incluso persiste tras la disolución del matrimonio.⁵¹

La sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 30 de abril de 2002⁵² conoció del siguiente supuesto. Unos cuatro meses después de contraer matrimonio, el marido interpuso una demanda de divorcio por culpa de la mujer. Cinco días antes había aparecido en el periódico un anuncio en el que se decía que el marido no se hacía ya cargo de las deudas que pudiera contraer la mujer. Seis días más tarde, en el mismo periódico apareció otro anuncio en el que se decía que el marido desmentía lo publicado anteriormente. La mujer interpuso una demanda de daños contra el marido, alegando que el anuncio era difamatorio e injurioso y, más tarde, contra la madre de éste. Posteriormente,

⁴⁸ *Il Foro Italiano*, 2000, c. 1555.

⁴⁹ *Bulletin Civil*, 2005, I, N° 13.

⁵⁰ PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 63.

⁵¹ Cfr., en tal sentido, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, tomo II, en AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (dirigido por F. GALGANO), Libro primo: *Persone e famiglia*, artículos 84 a 158, Zanichelli Editore Bologna, *Il Foro Italiano*, Roma, 1993, p. 250, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 185, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 324, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146.

⁵² Sala Primera, N° del recurso 00/00801 ("Legifrance").

desistió de la demanda presentada contra su marido, al considerar que éste no era el autor del primer anuncio, sino que el mismo era, exclusivamente, atribuible a su suegra.

En primera instancia se condenó a la madre del marido a pagar 5000 euros de indemnización a la demandante, condena que se confirmó en segunda instancia, donde se precisó que el bien jurídico lesionado no era el honor, sino la intimidad, afirmado que la publicación del primer anuncio constituyó una publicidad, respecto de terceros, de la ruptura de los esposos y, por lo tanto, una atentado culpable al derecho a la vida privada de la demandante.

No me cabe duda de que si el redactor del anuncio hubiera sido el marido, éste hubiera debido ser condenado a reparar el daño causado, al haber dado publicidad a un hecho de la vida privada de ambos. No hay que olvidar que el artículo 18 de la Constitución Española y la Ley 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla este precepto, protegen el derecho a la intimidad, en su faceta personal y familiar, por lo que un cónyuge puede exigir al otro que no revele a terceros, en particular a través de la publicación de un anuncio en un periódico, los problemas conyugales por los que atraviesan.⁵³

Hay que tener en cuenta que, en caso de infracción del derecho al honor o a la intimidad, será aplicable el artículo 9 de la Ley Orgánica de 1/1982, que presenta ciertas especialidades respecto del régimen general del artículo 1902 del Código Civil.

En primer lugar, probada la intromisión ilegítima de un cónyuge en estos derechos de la personalidad del otro, se presumirá la existencia del daño moral, exceptuándose, así, la regla general, según la cual quien reclama un daño debe probar su existencia.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta los criterios de valoración del daño moral establecidos en el precepto, esto es, la gravedad de la lesión, la difusión del medio en que ésta se haya producido y el beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último que es extrínseco al daño mismo, pero que permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

⁵³ Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", p. 146, constituye infracción del deber de respeto "manifestar y propagar noticias acerca de la vida matrimonial".

En el mismo sentido se pronuncian FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 250, y PARADISO, M.: *I rapporti personali*, cit., p. 63, para quienes las informaciones relativas a noticias reservadas de datos familiares sólo se pueden divulgar con el acuerdo de ambos cónyuges.

En tercer lugar, se amplía el plazo de reclamación previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor, que no es de un año, sino de cuatro, aunque dicho plazo se califica en el número cuarto del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, como de caducidad, y no como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

3. Incumplimiento del deber de asistencia y socorro

Me parece igualmente indiscutible que la vulneración grave o reiterada del deber de asistencia y socorro (tanto en el aspecto estrictamente económico, como en el moral)⁵⁴ es un ilícito civil que puede dar lugar a la obligación de resarcimiento a cargo del que lo incumple, tal y como lo reconocen la jurisprudencia italiana y francesa.⁵⁵

En la jurisprudencia italiana la sentencia del Tribunal de Florencia de 13 de junio de 2000⁵⁶ estimó la demanda resarcitoria interpuesta por la mujer, quien en los primeros años de su matrimonio había comenzado a manifestar síntomas de esquizofrenia paranoide, que, en principio, fue sólo episódica, para luego cronificarse y llevarle a una situación de aislamiento de la vida familiar y social, ya que la misma permaneció recluida en el salón de su casa durante cuatro años, durante los cuales el marido no manifestó ningún interés por su estado de salud. Su única actuación fue la de someterla a un tratamiento sanitario público, desentendiéndose de ella, cuando ésta abandonó su internamiento y negándose a recibirla en el domicilio familiar, a pesar de que médicamente se consideró que ésta era la solución óptima.

El tribunal entendió que el marido había incurrido en una conducta antijurídica, pues había violado el deber de asistencia, moral y material; que existía un daño reparable, esto es, el daño biológico temporal causado a su mujer durante los cuatro años que permaneció recluida en el salón de su casa sin ningún contacto familiar y social; y así mismo que había quedado probado el nexo de causalidad, ya que el injustificado retraso en iniciar su tratamiento médico había constituido el factor determinante del referido daño biológico.

La sentencia del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002⁵⁷ condenó al marido a pagar una indemnización de 5.164,57 euros a la mujer demandante. En el caso litigioso, los cónyuges habían contraído matrimonio después de siete años de noviazgo. A los dos años la mujer quedó embarazada, ante lo cual el marido manifestó hostilidad e indiferencia, intentando, sin conseguirlo, que la mujer

⁵⁴ TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di Diritto civile*, 34ª edición, Cedam, Padova, p. 1993, p. 260.

⁵⁵ Cfr., en tal sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", cit., p. 326.

⁵⁶ "Famiglia e Diritto", 2000, p. 161.

⁵⁷ *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, c. 2289.

abortara y manifestándole su deseo de no proseguir la convivencia, tres meses después del comienzo de la gestación. Empezó a regresar al domicilio conyugal a altas horas de la madrugada y a ausentarse de él periódicamente durante días, constatándose que mantenía una relación extraconyugal. Aunque el marido continuó conviviendo formalmente con la mujer, lo cierto es que se encontraba ilocalizable cuando ésta lo necesitaba, no le prestó asistencia afectiva, psicológica y material a lo largo del embarazo, y se despreocupó de la suerte del recién nacido, de modo que la mujer acabó cayendo en un grave estado depresivo.

El tribunal justificó la condena argumentando que el demandado había incurrido en una conducta transgresiva de los deberes conyugales especialmente grave, en cuanto que había sido realizada con un desprecio manifiesto a la persona de la demandante y la había abandonado en condiciones de particular fragilidad y de necesidad de asistencia, moral y afectiva, como consecuencia de su estado de embarazo, el cual había sido querido y buscado por ambos cónyuges.

En la jurisprudencia francesa existen diversos fallos en los que se condena a pagar una indemnización de daños al cónyuge que incumple el deber de asistencia de su consorte.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1981⁵⁸ anuló la sentencia recurrida, que había pronunciado el divorcio por culpa exclusiva del marido, el cual había abandonado el domicilio conyugal hacía muchos años y, no obstante, había desestimado la demanda de la mujer, por la que ésta reclamaba a aquél una indemnización de los perjuicios morales y materiales sufridos por dicha situación prolongada de abandono.

La sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 25 de febrero de 1981⁵⁹ anuló igualmente la sentencia recurrida, en la cual se había pronunciado el divorcio por ruptura prolongada de la vida común, rechazando la pretensión de resarcimiento de daños de la mujer, a pesar de constatar que el abandono que habían sufrido ella y los hijos por parte del marido le había producido consecuencias (negativas) considerables.

En la jurisprudencia de instancia la Sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 30 de abril de 2003,⁶⁰ que había pronunciado el divorcio por culpa del marido, condenó a éste a pagar a la mujer una indemnización de 1500 euros. En el caso litigioso el marido había expulsado a su mujer del domicilio conyugal para introducir en él a su amante y posteriormente la había dejado sin recursos y sin ayuda durante varios meses.

⁵⁸ *Bulletin Civil*, 1981, II, N° 30.

⁵⁹ *Bulletin Civil*, 1981, II, N° 41.

⁶⁰ Sala 7ª, N° de recurso 01/6335 ("Legifrance").

4. Incumplimiento del deber de fidelidad

Ha quedado expuesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999⁶¹ ha negado que la infracción del deber de fidelidad constituya un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil.

Creo que esta sentencia no crea jurisprudencia, porque la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999,⁶² que resolvió un caso semejante a aquélla, no contiene la misma *ratio decidendi*.

Esta última sentencia contempló también una demanda de resarcimiento, que suponía la infidelidad de la mujer. El matrimonio se había contraído canónicamente en 1956. Los cónyuges se separaron canónicamente en 1974, por sevicias y adulterio del marido, y en 1976 recaería sentencia de nulidad canónica. En 1990 se practicó una prueba de paternidad, que dio como resultado que uno de los hijos nacido durante el matrimonio no era del marido, quien interpuso una demanda de reparación del daño moral sufrido, por "el comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad".

El Tribunal Supremo no estimó el recurso interpuesto por quien se había creído padre sin serlo, pero no fundamentó su fallo en la afirmación de que el incumplimiento de los deberes conyugales no puede dar lugar a una reparación de daños y perjuicios, como, en cambio, haría la posterior sentencia de 30 de julio, sino en la consideración de que no habían quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente, esto es, que la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo. Por otro lado, parece que en este supuesto no podía alegarse la infidelidad de la mujer, cuando el propio demandante había incurrido en la misma conducta, ya que la sentencia canónica de separación tuvo como causa sus sevicias y adulterio.

A mi parecer, la tesis sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 es errónea, porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo,⁶³ es un auténtico deber jurídico.⁶⁴

Es verdad que el adulterio fue despenalizado por la Ley de 28 de mayo de 1978, pero una cosa es que se suprima la tutela penal de la obligación de fidelidad

⁶¹ Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, 1999, N° 5726.

⁶² Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, 1999, N° 5721.

⁶³ Como constata GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 338.

⁶⁴ TORRENTE A. Y SCHLESINGER, P.: *Manuale de Diritto Privato*, 14^a edición, Giuffrè, Milano, 1994, p. 803, afirman que la afirmación solemne encaminada a reafirmar que la fidelidad constituye el contenido de una verdadera y propia obligación jurídica, constituye un elemento importantísimo para delinear el modelo de matrimonio que el legislador propone a los ciudadanos y en el cual la comunidad de vida conyugal continúa implicando una relación persona entre los cónyuges de carácter exclusivo.

(lo que es razonable, en atención al carácter subsidiario y de último remedio que ha de tener el derecho penal) y otra cosa, muy distinta, es que se la prive de tutela civil, a través del artículo 1902 del Código Civil.⁶⁵

Creo, así, que la infidelidad, siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral resarcible,⁶⁶ tal y como mantienen los tribunales franceses e italianos.

En la jurisprudencia francesa la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación de 13 de abril de 1992⁶⁷ revocó la sentencia recurrida, la cual había pronunciado el divorcio por culpa recíproca de los cónyuges, al haber entendido que habían vivido en la sospecha, el desinterés y la falta de respeto, y que se habían distanciado hasta el punto de llevar cada uno de ellos una vida independiente. Sin embargo, la Corte de Casación le reprocha que, a pesar de haber constatado que el marido mantenía una relación extraconyugal y que había ejercido violencia sobre la mujer, no había averiguado si de ello resultaba un daño para la misma.

Digna de destacar es también la sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 16 de mayo de 2002⁶⁸, que, habiendo pronunciado el divorcio por culpa exclusiva del marido, le condenó a pagar a la mujer 4000 euros, por su comportamiento durante el matrimonio, en particular por sus relaciones extraconyugales.⁶⁹

En la jurisprudencia italiana la sentencia de la Corte de Casación Civil de 19 de junio de 1975⁷⁰ admitió que la infracción de la obligación de fidelidad pudiera constituir un daño reparable para el cónyuge traicionado, como consecuencia del descrédito social que de ella resulte.

A mi parecer, sin negar el descrédito social que la infidelidad pueda producir a quien la sufre, también origina un daño moral, que puede ser, incluso, más grave, esto es, el originado por la falta de respeto de quien la comete, el cual defrauda la confianza que en él tenía el otro consorte, merced a la asunción

⁶⁵ Observa LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 142, que "han cambiado las formas de tutela de tal deber, y por tanto las consecuencias de su infracción, pero persiste el deber mismo".

⁶⁶ En tal sentido se manifiesta GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al artículo 68", cit., p. 196, y, más contundentemente, GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C.: "Comentario al artículo 68 del Código Civil", p. 338, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 146; también FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 259, que conecta el daño moral causado por la infidelidad conyugal con el descrédito social, que el adulterio puede suponer para el cónyuge que lo sufre; en contra, sin embargo, FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", cit., p. 15.

⁶⁷ N^o de recurso 90/21490 ("Legifrance").

⁶⁸ Sala 1^a, N^o de recurso 01/00320 ("Legifrance").

⁶⁹ Véase también la sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 30 de abril de 2003, Sala 7^a, N^o de recurso 01/6335 ("Legifrance").

⁷⁰ *Repertorio del Foro Italiano*, voz "Matrimonio", N^o 288.

recíproca de la obligación de exclusividad sexual, contraída por ambos cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio.

Por ello, no puedo estar de acuerdo con la posición mantenida por la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002,⁷¹ que, en el caso por ella enjuiciado, consideró que la infidelidad de la mujer no era susceptible de dar lugar a una indemnización, y ello a pesar de los sufrimientos morales que pudiera haber causado al marido, porque, aunque la misma fuera idónea para hacer intolerable la continuación de la vida en común, sin embargo, no tenía una gravedad específica y un especial carácter lesivo de la personalidad del cónyuge traicionado. La razón esgrimida por el tribunal, que desde mi punto de vista es insostenible y que sólo puede explicarse desde una valoración de la infidelidad desde un punto de vista exclusivamente social, es que se trataba de un acto de infidelidad "ordinaria", al haber sido mantenida clandestinamente y ocultada al marido y a los hijos.

¿Cabe sujetar a responsabilidad civil extracontractual a la persona con la cual mantiene relaciones sexuales el cónyuge infiel?

El problema ha sido resuelto de manera diversa por la jurisprudencia italiana de instancia, en la que existen fallos contradictorios.

La sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988⁷² admite que la persona que mantiene relaciones sexuales con uno de los cónyuges pueda estar sujeta a responsabilidad civil extracontractual sólo en la medida en que no haya tenido una conducta meramente pasiva, sino un comportamiento positivo o activo, idóneo a ampliar el riesgo asumido por cada uno de los cónyuges, al tiempo de celebrarse el matrimonio, de ser traicionado.

En cambio, la sentencia del Tribunal de Monza de 15 de marzo de 1997⁷³ ha respondido negativamente a la cuestión, argumentando –a mi juicio, improcedentemente– que el principio de autorresponsabilidad lleva a atribuir a la conducta del cónyuge capaz de autodeterminarse relevancia causal exclusiva en la inobservancia de las obligaciones derivadas del matrimonio.

En el mismo sentido se pronuncia la ya citada sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002,⁷⁴ que fundamenta su solución en la especial naturaleza de las obligaciones conyugales, y, en particular, la de fidelidad, que, por sus componentes emotivos y de intercambio de amor y sexo, impiden que

⁷¹ *Il Foro Italiano*, 2003, c. 1089.

⁷² *Repertorio del Foro Italiano*, 1989, voz "Responsabilità civile", N° 83.

⁷³ *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voz "Responsabilità civile", N° 136.

⁷⁴ *Il Foro Italiano*, 2003, c. 1089.

pueda calificarse al tercero de inductor al incumplimiento, y al cónyuge, de inducido. Y, además, afirma que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad impide perfilar la existencia de un deber de terceros de abstenerse de mantener relaciones sexuales con personas casadas.

Esta sentencia me parece criticable.

En primer lugar, porque, en línea de principio, sólo admite la responsabilidad de terceros por la lesión de derechos de crédito ajenos, cuando hayan sido los inductores del incumplimiento contractual del deudor, lo que no me parece adecuado, ya que, una vez admitida la existencia de un deber jurídico general de respetar los derechos ajenos, la responsabilidad del tercero, frente al acreedor insatisfecho, surgirá siempre que haya habido una cooperación maliciosa o negligente a dicho incumplimiento, y ello con independencia de que haya sido, o no, el inductor del mismo.

En segundo lugar, porque, afirmado el deber de respetar los derechos de créditos ajenos, como una manifestación del genérico principio *neminem laedere*, creo que es ineludible afirmar lo propio respecto de las obligaciones conyugales.

Ciertamente la obligación de fidelidad, directamente, sólo vincula a los cónyuges que la asumen al casarse, y no a los terceros, los cuales no son parte en el negocio jurídico de la que deriva. Ahora bien, una cosa es que los terceros no sean destinatarios directos de esa obligación de fidelidad y otra cosa muy distinta es que no deban respetarla, en cuanto que la misma es correlato de un auténtico derecho subjetivo de cada uno de los cónyuges. Y excluir su responsabilidad cuando lesionen dicho derecho, invocando el principio de libre desarrollo de la personalidad –como hace la sentencia comentada– me parece, sencillamente, inadmisibles, pues el referido principio, que, en nuestro derecho, alcanza rango constitucional debe combinarse con el respeto a los derechos de los demás, que también es considerado fundamento del orden político y de la paz social por el artículo 10 de la Constitución.

Creo, en definitiva, que la infidelidad sujetará a responsabilidad extracontractual tanto al cónyuge infiel como al tercero que mantuvo relaciones sexuales con él (siempre que supiera o debiera saber que estaba casado), lesionando el derecho a la fidelidad del cual es titular el otro consorte,⁷⁵ frente al cual responderán ambos solidariamente.

⁷⁵ Cfr., en tal sentido, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 373, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Efectos del matrimonio", cit., p. 146.

Recientemente, en la jurisprudencia española de instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004⁷⁶ ha conocido de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación tanto al cónyuge infiel como a su amante habitual.

El marido, al descubrir la infidelidad de su mujer, se separó de ella. Posteriormente, mediante las correspondientes pruebas de paternidad, averiguó que tres de los cuatro hijos habidos durante el matrimonio no eran de él, sino del amante de su mujer, razón por la cual interpuso una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y su amante.

En primera instancia se acogió parcialmente su pretensión resarcitoria, condenándose a los demandados al pago de 50.000 euros, "por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores"; se rechazó, en cambio, la reparación "del mayor impacto emocional", producido por la infidelidad misma, argumentando que ésta "no puede ser indemnizada".

La Audiencia elevó, sin embargo, la condena a la cantidad de 100.000 euros, ya que, a diferencia de lo entendido por la sentencia recurrida, consideró también indemnizable el daño moral del marido, resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer.

La sentencia identifica el daño resarcible con la "dolencia [del marido] que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos", a la que se le reconoce "una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos". Pero, más adelante, para justificar el aumento de la cuantía de la indemnización, afirma que "los padecimientos del demandante no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa".

Comparto el resultado al que llega esta sentencia, de gran importancia, en cuanto pionera en nuestra jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales; discrepo, sin embargo, en su afirmación acerca de la exigencia de un criterio de atribución de responsabilidad, basado en el dolo, al que, ya antes, he mostrado mi rechazo.

Dice, así, que la infidelidad sólo pueda dar lugar a un daño resarcible, "si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso, en que se haya engañado al marido sobre su paternidad".

⁷⁶ *Aranzadi Civil*, 2004, N° 1994.

Justifica dicha tesis en el reconocimiento de una pretendida doctrina jurisprudencial contraria a la indemnización del daño moral resultante del mero incumplimiento del deber de fidelidad, no cualificado por un dolo específico de los infractores.

Concretamente, afirma lo siguiente: “acogemos la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se especifica que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal”.

No insistiré en la crítica de la tesis, de la consideración de las normas de derecho de familia como un sistema cerrado y completo excluyente de la cláusula general de responsabilidad civil, pero sí en la constatación de que la misma sólo se contiene en la segunda de las sentencias citadas, pero no en la primera, la cual no se pronuncia sobre el tema de si el incumplimiento del deber de fidelidad puede, o no, dar lugar a la reparación del daño moral subsiguiente: no entra en esta cuestión, sino que se limita a entender no probados los fundamentos fácticos en que el actor había basado su demanda de resarcimiento, esto es, que la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo, extremos estos que se consideran no probados.

La Audiencia realiza una lectura “a contrario” de la primera sentencia de 22 de julio de 1999, que me parece aventurada. De ella deduce que, de haberse probado que la mujer había silenciado la falsa paternidad del marido, y solamente en este caso (no, por lo tanto, si no conocía este extremo), el Tribunal Supremo hubiese estimado la pretensión resarcitoria del marido engañado. Yo creo que intentar adivinar lo que el Supremo hubiera dicho, de haberse planteado este supuesto de hecho, es una pura conjetura y, para ser honesto, no tengo muy claro que se hubiera pronunciado a favor del resarcimiento.

A mi entender, la infracción del deber de fidelidad, en sí misma, en cuanto lesión del recíproco derecho de los cónyuges a la exclusividad sexual del otro, puede dar lugar a un daño moral resarcible, con independencia de que, como consecuencia de ella, haya, o no, nacido un hijo extramatrimonial. De hecho, en el caso litigioso la Audiencia reconoció que la causa principal de los padecimientos del demandante había sido la infidelidad misma de la mujer, más que la pérdida de los que creía ser sus hijos.

El nacimiento de un hijo no matrimonial no es *conditio sine qua non* de la existencia del daño moral, aunque, lógicamente, de darse, puede agravarlo significativamente, ya que al impacto emocional sufrido al constatar la infi-

delidad del otro cónyuge habrá que añadir el ocasionado por la pérdida del vínculo biológico con el que creía ser su hijo. Y, a efectos de afirmar la oportuna responsabilidad civil, que la mujer infiel y el amante hayan, o no, ocultado al marido este hecho, suponiendo que lo supieran, me parece indiferente, ya que el daño es sustancialmente el mismo y, en cualquier caso, los infractores serán siempre susceptibles de un reproche culpabilístico, suficiente para fundamentar su responsabilidad "ex" artículo 1902 del Código Civil.

Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil

Rubén Celis Rodríguez

Profesor Titular

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

I. De los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público

La Ley N° 19.638, de 14 de octubre de 1999, establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

En su artículo 3° el “Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas”.

En el artículo 8° se les reconoce el derecho a “crear personas jurídicas de conformidad con la legislación vigente”.

Y en el inciso final de la letra c) del artículo 10 se precisa que la entidad religiosa (término que comprende a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, de acuerdo con el artículo 5°) “gozará de personalidad jurídica de derecho público por el solo ministerio de la ley” desde que quede firme la inscripción de la escritura pública en que consten el acta de constitución y sus estatutos, la cual debe efectuarse en el Registro que lleva el Ministerio de Justicia.

En Chile son 250 las entidades religiosas que gozan de personalidad jurídica de derecho público, en virtud del procedimiento que se contempla en el artículo 10 de la Ley N° 19.638. Es del caso considerar, además, a las entidades que, por aplicación del artículo 20 de la misma ley, se les ha reconocido su personalidad de derecho público otorgada en el pasado, como es el caso de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, y la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Antioquía, con lo cual su número se eleva a 252. Sólo se escapan las comunidades religiosas Adventistas del Séptimo Día y Testigos de Jehová.

En otros países, donde la vinculación entre la iglesia principal y el Estado es de suyo fuerte y vigorosa, se da a los contrayentes la opción de celebrar el matrimonio religioso o civil, con igual valor jurídico. Es el caso, por ejemplo, de Suecia y Dinamarca (Luterana), de Gran Bretaña (Anglicana), de Irlanda (Católica).

Hay otros países en que se ha secularizado el matrimonio como consecuencia de la formal separación entre la Iglesia y el Estado, donde ambas formas de matrimonio son igualmente eficaces. Es el caso de España, Portugal e Italia, cuya religión principal es la Católica, y en América podemos citar a Brasil, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, Perú, Colombia, República Dominicana y Guatemala.

En otros países, el matrimonio religioso no produce ninguna consecuencia jurídica y se considera un sacramento. Podemos citar, entre otros, a Francia, Holanda, Alemania y Austria. Y en América, a Cuba, Uruguay, Argentina, México, Nicaragua, Venezuela y Chile.

Es jurídica y técnicamente un error considerar que entre nosotros la unión religiosa sea un matrimonio que produzca los mismos efectos que el matrimonio civil, desde su inscripción ante un oficial del Registro Civil. (Art. 20, inc. 10 Ley de Matrimonio Civil).

Así lo confirma, de otra parte, el inciso final del citado artículo 20, el cual precisa que lo efectos del matrimonio una vez inscrito ante cualquier oficial del Registro Civil, "se registrarán, en todo, por lo prescrito en esta ley y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia". Ergo, antes de dicha inscripción el mal llamado matrimonio religioso no produce ningún efecto, lo que nos lleva a concluir que sería inexistente si vence el plazo fatal de ocho días para cumplir con la indicada formalidad.

No estoy de acuerdo, pues, en calificar de matrimonio a las uniones civiles que se celebran ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público y rechazo, categóricamente, que "producirán los mismos efectos que el matrimonio civil" (art. 20).

Si fuera matrimonio, no sería requisito esencial la comentada inscripción que deben practicar personalmente los contrayentes, los cuales, además, deben "ratificar (ante el oficial del Registro Civil) el consentimiento prestado ante el ministerio de culto de su confesión" dentro del plazo de ocho días, que, a mi juicio, es un término fatal y en el cual se comprenden "aun los días feriados" (arts. 49 y 50 del Código Civil).

Y en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil se prescribe que de no practicarse dicha inscripción en el recordado plazo, "tal matrimonio no produciría efecto civil alguno". Dicho en otras palabras, el mal llamado matrimonio religioso sería inexistente. No sería nulo, porque el acto nulo (salvo los casos de nulidades declaradas por ley) puede convalidarse con el transcurso del tiempo. El acto inexistente es "la nada jurídica".

¿Cuál fue, entonces, el sentido de incorporar el matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público? Creo que quien lo explicó y en breves términos fue el senador Nelson Avila, que calificó al actual artículo 20 como "mala moneda de cambio... para que la Iglesia otorgara su bendición a este proyecto" (sesión 27, de 13 de enero de 2004).

La Iglesia Católica siempre se opuso al divorcio vincular en Chile, con el argumento de que esa forma de disolución del matrimonio acarrearía la desgracia para los cónyuges y haría infelices a los hijos. Como consecuencia de esa impresentable tesis, Chile era el único país del mundo donde todos los cónyuges y los hijos eran felices. En todo el resto del mundo, donde se acepta el divorcio vincular, las mencionadas personas habían perdido definitivamente la felicidad.

La Iglesia Católica olvida que ya están por cumplirse 81 años en que el Estado de Chile se separó de ella y por razones que es prudente que esa entidad religiosa no dé a conocer.

De otra parte, la Iglesia se olvida que las leyes no tienen religión y el derecho menos.

No se percataron en la Iglesia que en la misma sesión 27, el Senado eliminó en el actual artículo 20 el inciso quinto, que precisaba que "realizada la inscripción dentro del plazo señalado en el inciso segundo (ocho días para inscribir el acto del matrimonio religioso ante cualquier oficial del Registro Civil) para todos los efectos legales la fecha del matrimonio será la de su celebración ante la entidad religiosa". Se confirmó así lo que he dicho. En Chile el matrimonio religioso es sólo un sacramento y no produce ningún efecto civil.

II. De la compensación económica

De partida señalemos que la Ley de Matrimonio Civil, su Capítulo VII, lo encabeza con el epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de reparación, nulidad y divorcio”, y el párrafo 1° lo destina a la compensación económica.

Hay un error, evidentemente, en el titular pretranscrito, porque la compensación económica tiene sólo cabida en los casos de divorcio y de nulidad matrimonial, pero nunca en las separaciones de hecho y judiciales, donde se mantiene el deber de socorro mutuo en razón de continuar casados.

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, “si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos y 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 y 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”.

En el artículo 63 se precisa que la compensación económica “y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidas por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.

En el artículo siguiente se dice que “a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto”.

En este precepto queda en claro que el cónyuge que se considera acreedor de esta prestación tiene tres oportunidades procesales para solicitarla al juez que conoce del divorcio o de la nulidad del matrimonio: en la demanda, en un escrito complementario o en la reconvenición.

Si no solicita la compensación en cualquiera de estas tres oportunidades, a mi modo de ver, precluye su derecho.

El artículo 62 enunció algunos factores que el juez debe considerar para determinar la existencia del menoscabo económico que habría sufrido el cónyuge más débil y para fijar la cuantía de la compensación económica.

El citado precepto dice que deberán considerarse “especialmente 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”.

La disposición pretranscrita me merece los siguientes comentarios. Como el artículo 62 señala algunos factores a los cuales les atribuye una especial relevancia, no excluye otros que el juez, en su prudencia, puede también considerar, lo que, en mi sentir, no parece ser una buena técnica jurídica, ya que puede llevarnos al arbitrio judicial. Circunstancias que para un juez pueden ser irrelevantes para otro pueden ser acreedoras de una especial consideración.

De otra parte, varias de las circunstancias que señala por vía ejemplar el artículo 62, amén de su vaguedad, se fundan en meras hipótesis de los provechos pecuniarios que habría conquistado el cónyuge acreedor de la compensación económica, con lo cual se desconoce el principio básico de que el daño, para ser reparable, debe ser cierto y no el resultante de simples conjeturas.

Como el artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil dice que todas las materias por ella reguladas deben ser resueltas cuidando proteger siempre al cónyuge más débil, esta última calidad va a ser determinante para que el juez acuerde la procedencia de la compensación económica y fije su cuantía.

¿Qué debe entenderse por “cónyuge más débil”? La tarea de precisar esa calidad no hay dudas que le va a corresponder al juez, aunque no es aventurado asegurar que en la mayoría de los casos –por no decir en todos–, el cónyuge más débil será la mujer. A ella, en efecto, le corresponde dedicarse al cuidado de los hijos y a desarrollar, o, a lo menos, supervigilar las labores propias del hogar común (art. 61), razón por la cual la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Adriana Delpiano, en una sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que se celebró el 9 de julio del año 2003, aseguró que “hoy en día el 80% de las mujeres más pobres del país, que tienen hijos, no trabajan por una remuneración”.

La señora Delpiano, en la señalada sesión, acotó que, “aunque la fuerza de trabajo femenina ha ido creciendo en nuestro país, en la actualidad alcanza solamente al 35%, lo que significa que el 65% de las mujeres está dedicado al trabajo doméstico no remunerado. Por otro lado, agregó, en el caso de las mujeres que trabajan, existe una brecha salarial del 68% respecto de los hombres”.

Cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la compensación económica. S.E. el Presidente de la República hizo llegar una indicación a la ya nombrada Comisión del Senado, proponiendo que si a consecuencias del divorcio “alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención”, el tribunal,

entre otras medidas que podrá adoptar en su favor, propone la determinación del "pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio".

En la indicación presidencial se hace presente que el tribunal, para acceder a la solicitud del cónyuge, debe "considerar especialmente" las circunstancias, que son prácticamente todas las que se reproducen en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil.

El senador Espina fue de opinión que el pago que se le hiciera al cónyuge para su modesta subsistencia podía consistir en una suma única de dinero o en una renta periódica, beneficio que debía reputarse "alimentos para todos los efectos legales". Era de opinión, también, que el cónyuge inocente podía demandar indemnización por los perjuicios que le causare el divorcio, de acuerdo a las reglas generales.

La renta periódica, en razón de ser considerada alimentos, cesaba de pagarse si el cónyuge beneficiario contraía nuevo matrimonio o hacía vida marital y, también, si variaban las circunstancias que motivaron su establecimiento.

Hizo presente el senador Espina que esta prestación económica al ser considerada alimentos no estaría afecta a impuesto.

El Ministro de Justicia de la época, señor José Antonio Gómez, para no perpetuar el conflicto familiar que se presenta en los alimentos cuando se solicitan aumentos o rebajas, era de opinión que la compensación debía considerarse una indemnización.

Esta opinión no fue compartida por la Ministra señora Delpiano, porque para la indemnización habría que alegar que el cese de la convivencia es imputable a culpa de uno de los cónyuges y las rupturas "tienen causas subjetivas y es muy difícil determinar culpabilidades".

"Si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trate deben considerarse una compensación por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años".

La señora Ministra sugirió "precisar que no se trataría de una pensión de alimentos, sino de una pensión compensatoria, a favor de aquel cónyuge que ha dedicado parte importante de su vida al cuidado de sus hijos, y que por esta razón se puede ver perjudicado en sus oportunidades económicas futuras".

La Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer de la época, señora Cecilia Pérez, informó que en España y en Francia se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica de la compensación calificándola de "figura híbrida". "Pero, sostuvo, a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarlo a los alimentos, no sólo por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza".

El ex Ministro de Justicia, señor Luis Bates Hidalgo, frente a las opiniones vertidas sobre este tema, sostuvo que con ellas se "incrementarían las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta institución. Ello, agregó, porque las consecuencias de llegar a la conclusión de que es indemnización o alimentos, son diferentes. Atendidos los hechos que la originan, podría sostenerse que no es una indemnización de perjuicios, por cuanto esta requiere de un ilícito previo, que en el caso no se produce, y que tampoco sería una pensión alimenticia, aunque los hechos podrían estimarse causa de alimentos".

La profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile señora Paulina Veloso indicó en la Comisión del Senado, donde se debatió este tema, que la compensación es una figura "nueva en el derecho comparado". "Se contempló en la legislación española del año 1981 y en la suiza del año 1999, que tienen similar regulación. La jurisprudencia de esos países ha invocado el enriquecimiento sin causa. La misma razón ha sido aceptada por los tribunales chilenos para acoger los derechos de los convivientes. Ello, porque se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le generó un empobrecimiento respecto de las expectativas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro, que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos comunes".

"Respecto del arresto por incumplimiento", recordó la profesora Veloso que "el Pacto de San José de Costa Rica aceptó como excepción a la prohibición de prisión por deudas el caso de los alimentos".

Comparto plenamente la opinión de la profesora Veloso.

El legislador no precisó cuál es la naturaleza jurídica de la compensación económica, pero considerando las causas que justifican su pago, no vaciló en concluir que es una forma de reparación del enriquecimiento que recibe un cónyuge a expensas del sacrificio del otro, sacrificio que además de ser injusto, tiene un innegable contenido pecuniario.

El artículo 66, inciso 2°, de la Ley de Matrimonio Civil señala que si su monto se va a pagar en cuotas, ellos se considerarán *“alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago”*.

Con la comentada asimilación no ha querido la ley decidir que la compensación económica tenga el carácter de alimentos.

La compensación económica tiene un carácter inmutable y los alimentos son esencialmente revisables si cambian las circunstancias, o las necesidades del alimentario o sufre deterioros la fortuna del alimentante.

La comentada asimilación la hizo el legislador para que proceda aplicar al cónyuge incumplidor los apremios previstos en la Ley N°14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, entre los cuales se consulta el arresto.

Esta asimilación no tiene que sorprendernos. Don Andrés Bello recurrió a ella para dar solución jurídica a un caso que, en rigor, no lo habría tenido o por razones de equidad. Ejemplo del primer caso lo encontramos en el ya derogado artículo 1180 del Código Civil. Don Andrés Bello nunca decidió si el cónyuge sobreviviente era heredero o no tenía tal calidad cuando le correspondía recibir, como asignatario, la porción conyugal íntegra o la complementaria. Entonces dijo que *“el cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado heredero”*. No dijo que fuera heredero. Lo prueba el hecho de que en el mismo artículo se precisaba que por lo que percibiera a título de porción conyugal, *“sólo tendría la responsabilidad subsidiaria de los legatarios”*. La anotada asimilación la hizo don Andrés Bello para que el cónyuge, como asignatario de la porción conyugal, pasara a integrar la comunidad hereditaria.

Ejemplo del caso en que se recurre a la equidad lo encontramos en el artículo 1522, inciso 2°, según el cual si son los codeudores solidarios no interesados los que pagan la deuda, *“serán considerados como fiadores”*.

De aplicarse a dichos codeudores la misma regla que juega en el caso de efectuar el pago el codeudor solidario interesado, aquél tendría que cobrarle a cada uno de estos últimos sólo su parte o cuota en la deuda. Como el codeudor solidario no interesado resulta ser decisivo para que el acreedor le preste dinero a los deudores interesados, es de equidad que reciba un trato distinto. Y así lo decide el legislador, ya que al considerarlo como fiador, se aplica el artículo 2372, que le va a permitir al codeudor no interesado demandar a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de la deuda. Y como en este caso se aplica el artículo 2370, el fiador tendría acción de reembolso para cobrar lo

pagado por intereses y gastos y también derecho de demandar indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

La compensación económica, a mi modo de ver, no debe pagársele a la mujer que tuvo patrimonio reservado y renunció a los gananciales. Esa decisión revela que la administración de su patrimonio reservado fue más exitosa que la que tuvo el marido con los bienes de la sociedad conyugal.

Como ante esta renuncia el marido debe asumir el pago de las deudas sociales, y éstas pueden ser de un monto elevado, pasaría el marido a convertirse en el cónyuge más débil.

Considero, también apoyado en razones de equidad, que la compensación hay que compatibilizarla con los gananciales, con el crédito de participación y aun con los bienes que cada cónyuge ha logrado incorporar a su patrimonio en el régimen de separación.

Los senadores señores Bombal, Chadwick, Novoa, Coloma y Larraín consideraron que “no sería prudente acordar una indemnización por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objeto precisamente compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje convenientemente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, lo que se propone es efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, y, de acuerdo al resultado, hacer procedente la compensación económica, o denegarla”.

El senador Espina discrepó de tales apreciaciones “por estimar que son dos materias distintas la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado del hogar. Ese perjuicio se proyectará a futuro, porque no tendría régimen de salud, ni jubilación, y tendría que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguiría un trabajo bien remunerado”.

“Destacó que la repartición de los gananciales no es un regalo, sino que el resultado de la liquidación de la sociedad que existió entre los cónyuges; se entrega lo que corresponde a uno de los socios por derecho propio. En cambio, la compensación no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno

de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura, en una evaluación que no corresponde a la compensación, porque no se dan los supuestos legales”.

La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora Cecilia Pérez indicó “que, efectivamente, la compensación procederá en forma independiente a la partición de bienes, porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, tenga, al producirse la terminación del matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquel en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente”.

A mi modo de ver, la llamada compensación económica es una renta para el cónyuge que la percibe.

Es un crédito que hace valer sobre el cónyuge que tuvo la posibilidad de lograr un mayor éxito económico.

Coincide con la definición que da de la voz renta el Decreto Ley N° 824, de 31 de diciembre de 1974, sobre Impuesto a la Renta, que dice que se entenderá por tal “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinde una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, *cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación*”.

Esta renta está gravada con impuesto de primera categoría, ya que el número 5° del artículo 20 del D. L. N° 824 dice que dicho tributo se “determinará, recaudará y pagará sobre *todas las rentas, cualquiera que fuere su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas*”.

La renta en comentario tributará, además, en el Global Complementario. Considerando que el impuesto de Primera Categoría puede ser imputado al Global Complementario, el tributo que gravaría a la compensación económica podría llegar al 40%.

Es del caso tener presente que la compensación económica, cuando se pague en dinero, va a representar una cantidad que le permita al cónyuge acreedor continuar su vida en las mismas condiciones que, según su posición social, mantenía en su matrimonio.

Cuando se dictó la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que creo el régimen de participación en los gananciales, y que, salvo un par de excepciones, entró en vigencia el 24 de diciembre del mismo año, comentamos que el

crédito de participación en los gananciales era renta y debía tributar en Primera Categoría y en el Global Complementario.

Dicho crédito debía pagarlo el cónyuge que había logrado un mayor éxito económico por las mismas razones que sirven de causa al pago de la compensación económica.

El Presidente de la República de la época, que era don Eduardo Frei Ruiz Tagle, haciendo uso de la exclusiva facultad que le acuerda el numeral 1° del artículo 62 de la Constitución Política de la República, envió un Mensaje al Congreso para declarar que el crédito de participación en los gananciales no constituía renta.

El 17 de noviembre del mismo año se publicó la Ley N° 19.347, cuyo artículo 1°, N° 1° agregó como número 30 al artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que contiene la enumeración de los ingresos que no constituyen renta, el siguiente texto: "30. La parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales".

En el artículo 2° la misma ley dispuso que entraría en vigencia junto con la Ley N° 19.335, que estableció el citado régimen patrimonial.

Como en mi concepto tanto el crédito de participación en los gananciales como la compensación económica comparten la misma causa, la rápida precisión que hizo la Ley N° 19.347 confirma mi opinión de que este último ingreso es renta y debe tributar según ya se explicó.

El Señor Director del Servicio de Impuestos Internos, en ejercicio de la facultad que le acuerda la letra b) del artículo 7° de su Ley Orgánica (DFL N° 7, de 15 de octubre de 1980) en sendos oficios números 4.605 y 4.606, ambos del 18 de noviembre del año 2005, llega a la conclusión de que la compensación económica no es renta, sino que "tiene la calidad de daño moral", razón por la cual la favorece la exención del impuesto que grava ese ingreso, conforme lo dispone el numeral I del artículo 17 del Decreto Ley N° 824, de 31 de diciembre de 1974.

No comparto ninguno de los argumentos que apoyan esta interpretación. De partida la compensación económica no tiene nada que ver con este modo de extinguir las obligaciones que el Código Civil llama compensación (artículos 1655 a 1664), toda vez que los cónyuges que se divorcian o que anulan su matrimonio no son recíprocamente deudores. No participo en absoluto de la

conclusión de que la compensación económica “no importa un incremento patrimonial”, ya que constituye “una mera expectativa, por lo que no se estima que sea devengada y, menos aún, percibida”. Cómo va a ser una mera expectativa si el artículo 61 de la Ley N° 19.947 dice que el cónyuge que se halla en la situación descrita en dicho precepto “tendrá derecho” y luego el artículo 64, en su inciso 2°, precisa que “si no se solicitare en la demanda (la compensación económica) el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho”.

El Señor Director incurre reiteradamente en el error de afirmar que uno de los cónyuges “sufrir un menoscabo económico como consecuencia del divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”.

La filosofía, el principio valórico, el objetivo que sirve de fundamento a la compensación económica aparece con meridiana claridad en la Ley N° 19.947, particularmente en los artículos 61 y 62 inciso 1° de ella.

¿Puede concluirse, racionalmente, que el cónyuge que se dedica al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común sacrificando para ello sus expectativas económicas, que en muchos casos serán hipotéticos o eventuales, cree que está sufriendo un daño moral?

Bástenos, para dar una acertada e indiscutible respuesta, que esa actividad, regularmente, es desempeñada por la mujer.

El Señor Director tiene otra opinión. Dice que con “la compensación analizada es claro que se pretenda compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los efectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad de matrimonio.

El artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, repitiendo lo que dice el numeral 1 del precepto anterior, dispone que si el cónyuge no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación... el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuera necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable”.

Este inciso 1° del artículo 66 me merece los siguientes comentarios: 1° Si el deudor no tiene bienes, entonces estamos ante un cónyuge débil y no se explica por qué va a tener que pagar la compensación; 2° ¿En cuántas cuotas dividirá el Juez el pago de la compensación?; “En cuantas cuotas fueren necesarias”, dice la ley. Entonces éstas podrían ser eternas. Para el pago del crédito de par-

ticipación en los gananciales el juez puede conceder plazo sólo hasta un año, el cual concederá siempre que se den seguridades que el cónyuge acreedor quedará indemne; y 3° Habría sido recomendable que se fijara en qué unidad reajutable se van a expresar las cuotas, porque al entregar al arbitrio del juez esta determinación, los cónyuges deudores pueden ser tratados de distinta manera.

Un juez a un deudor le puede expresar sus cuotas en UF y a otro en UTM. En el régimen de participación en los gananciales el crédito debe expresarse en unidades tributarias mensuales.

Pensamos que también es conveniente precisar si la compensación económica es o no una deuda hereditaria.

Interesa tener claridad sobre este punto, porque si lo fuera, que es lo que yo creo, la parte de la compensación que el cónyuge deudor no pagó en vida se transmitiría a los herederos y habría que deducirla del acervo ilíquido como baja general.

Este saldo insoluto es una deuda del causante, la cual, como todas las demás, no se extingue por la muerte.

Tengamos presente que entre las modalidades de pago que acepta la ley está la constitución de usufructo, uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor, derechos que no son transmisibles y se extinguen con su muerte.

III.

El artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil, en su inciso 3°, dice que en la sentencia “el juez, además, *liquidará el régimen matrimonial* que hubiese existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado”.

En el artículo 8° se introducen algunas modificaciones en el Código Orgánico de Tribunales y una de ellas dice que se agrega al artículo 227 el siguiente inciso final: “Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre *la separación judicial, la declaración de nulidad o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de separación judicial* que hubo entre los cónyuges”.

El artículo 32, por su parte, dice que una vez que la sentencia que declare la separación judicial se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matri-

monial, *los cónyuges adquirirán la calidad de separados*" y termina el inciso 2° precisando que esa calidad "*no los habilita para contraer matrimonio*".

Y el artículo 34 dice que por "la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges.

Ha quedado en claro que el juez que declaró la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio, puede, a solicitud de los cónyuges, convertirse en árbitro y liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, lo cual contraría la prohibición contenida en el artículo 317 del Código Orgánico de Tribunales y reiterada en el artículo 318, que no habilita a los jueces de letras "*aceptar compromisos*" y el artículo 227 del mismo Código, en su N° 1, que dice que "*la liquidación de una sociedad conyugal*" debe resolverse por árbitro.

De otra parte, el artículo 1323 del Código Civil dice que "*sólo pueden ser partidores los abogados habilitados para ejercer la profesión*" y el artículo 316 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "*Es prohibido a los jueces ejercer la abogacía*". Los jueces, además, no están habilitados para ejercer la profesión, porque no se encuentran obligados a pagar la patente municipal que les impone el D.L. N° 3637, de 10 de marzo de 1981.

De ahí que don Fernando Alessandri R. haya sostenido, categóricamente, que la partición es "*materia de arbitraje forzoso; su conocimiento jamás puede llevarse a los tribunales de justicia*". (*Partición de Bienes*, Edit. Lexis Nexis-Chile, 2002, pág. 5).

En el mismo sentido opinan don Manuel Somarriva U. (*Indivisión y Partición*, Edit. Jurídica de Chile, 1987, pág. 274) y don Patricio Aylwin A. (*El Juicio Arbitral*, Santiago, 1953, página 172, número 105).

Y lo que a mi modo de ver resulta más grave es que vulnera el artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile, que proclamó que "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, *pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*". En otras palabras, el juez está llamado a resolver una contienda, un conflicto jurídico, calidad que no tiene la liquidación de un régimen patrimonial del matrimonio.

Para el profesor Somarriva la liquidación de la sociedad conyugal "consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales y, en caso afirmativo, partarlos por mitades entre los cónyuges,

reintegrar las recompensas que la sociedad adeuda a los cónyuges o que estos adeudan a la sociedad, y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal. (*Derecho de Familia*, Adiar Editores Ltda., T. I., 1983, pág. 306).

Y lo que es particularmente grave es que como el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley, la Excma. Corte Suprema no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia (Art. 83, inc. final, Constitución Política de la República de Chile).

Es un error del artículo 32 crear un estado civil nuevo, que sería el de “*separados*”, toda vez que los cónyuges separados judicialmente conservan la calidad de “*casados*” y nadie puede tener más de un estado civil que provenga de una misma situación jurídica. Este error vuelve a repetirse, y con mayor claridad, en el artículo 6° transitorio.

En el mismo artículo 32 resulta innecesario decir que los separados judicialmente no están habilitados para contraer matrimonio y que mantienen su condición de casados.

Y si, como dice el artículo 34, la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales terminan, cabe preguntarse bajo qué régimen patrimonial continúa el matrimonio. No podría ser el de separación de bienes, porque no lo presume la ley: hay que elegirlo. Como no se dice nada sobre esta materia, Chile sería el único país del mundo en que el matrimonio no estaría regido por un estatuto patrimonial, conclusión, que para ser suave, habría que calificarla de impresentable.

La imprevisión¹⁻²

Bruno Caprile Biermann

Magister, Universidad de Paris II, Francia

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

Resumen

El trabajo analiza la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico chileno, donde se observa que mientras en el derecho privado la doctrina discute su admisión y la jurisprudencia de la Corte Suprema derechamente la rechaza, en el ámbito administrativo tanto la legislación especial como la jurisprudencia administrativa la acogen. Luego, en una segunda parte, de *lege ferenda*, se analizan los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la aplicación de la teoría, así como su ámbito de aplicación, para referirse luego a sus efectos. En esta segunda parte se efectúa un análisis del derecho comparado, procurando ilustrar las principales interrogantes que deben resolverse para la admisión de la teoría de la imprevisión en su país de origen, con especial referencia al derecho colombiano.

1. La imprevisión es, sin lugar a dudas, un tema que fascina a los juristas y suscita un enorme interés doctrinario,³ que contrasta con el reducido contencioso y, por ende, con los escasos pronunciamientos jurisprudenciales que genera. De hecho, el Congreso chileno estudió un proyecto de ley “que permite la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles” (boletín 309-07), el cual inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 14.03.1991 y fue archivado por el Senado el 20.04.2004.⁴

¹ Este trabajo corresponde a la conferencia dictada en el Coloquio Internacional sobre la Terminación del Contrato, dictado por la Universidad del Rosario, en Bogotá, Colombia, el 4 y 5 de agosto de 2005. El autor agradece muy especialmente a la Universidad del Rosario, en la persona de su Decano, don Alejandro Venegas Franco, y del Director del Coloquio, don Alberto Gaitán Martínez, la gentil invitación que le formularan, así como al profesor Fabricio Mantilla Espinosa, por su gentil acogida y cooperación en la revisión de este trabajo.

² Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

³ Además de la abundante literatura sobre el tema, la afirmación puede demostrarse con el hecho de que las Jornadas Brasileñas de la Asociación Henri Capitant fueron convocadas para tratar de la revisión judicial de los contratos.

⁴ Los detalles y principales documentos de la tramitación pueden consultarse en www.bcn.cl.

2. Siguiendo a PEÑAILILLO, se la define como “una causal de modificación y aun de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse”.⁵

3. La imprevisión ha sido invocada, fundamentalmente, a raíz de mutaciones importantes en los precios ocasionadas por guerras, devaluaciones monetarias o inflación desbocada. Así, en el célebre caso del Canal de Craponne, mediante resolución de 6 de marzo de 1876, la Corte de Casación francesa rechazó aplicarla, pues conculcaba la intangibilidad del contrato. En cambio, el Conseil D'État la acogió en la sentencia de 30 de marzo de 1916, dictada en el también conocido caso de la Compañía de Gas de Bordeaux.⁶ Dicha compañía reclamaba que, tras el estallido de la Primera Guerra Mundial, el precio del carbón, insumo indispensable para la producción de gas, se había incrementado considerablemente, trastocando la economía del contrato y que, de mantenerse esa situación, le impediría continuar prestando el servicio público que se le había encomendado.⁷⁻⁸ Más adelante analizaremos la sentencia de 10.01.1925, en que la Corte Suprema de Chile rechazó la aplicación de la imprevisión: el actor reclamaba contra el Fisco precisamente por los efectos que acarrearía en la economía del contrato la fuerte devaluación monetaria que se había producido durante su ejecución.⁹

⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 221, nota al pie N° 21. ABE-LIUK la define como “la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 852, pág. 699). DE LA MAZA describe la teoría de la imprevisión como “la doctrina jurídica (conjunto de principios debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas” (DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., pág. 93).

⁶ D. 1916.III.25.

⁷ Un completo panorama de la evolución de la institución en el derecho francés puede consultarse en GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 267 y s., págs. 314 y s.. Consúltese también ULLOA MARTÍNEZ, Luis, *Evolución histórica...*, ob. cit., págs. 312 y s.

⁸ El legislador francés también ha citado leyes que permiten la revisión judicial del contrato. La ley Faillot, de 21.01.1918, facultó al juez para suspender o resolver los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del 01.08.1914 y cuyo cumplimiento hubiere devenido demasiado oneroso para el deudor. Leyes posteriores, de 09.03.1918, 06.07.1925, 08.04.1933 y 12.07.1933, le concedieron facultades similares para revisar los contratos de arrendamiento. La situación se repitió después de la segunda guerra mundial: una ley de 22.04.1949 autorizó a los tribunales para revisar los contratos celebrados antes del 02.09.1949, que comprendieran la obligación de entregar mercaderías o de ejecutar obras u otras prestaciones sucesivas o diferidas y cuyo cumplimiento le causara un perjuicio que sobrepasara la previsión de las partes al momento de su celebración.

⁹ Cf. infra N° 11.

4. En la institución se observa una fuerte pugna entre la fuerza obligatoria de los contratos (art. 1545 CC chileno, 1134 Code, 1372 CC italiano, 1901 CC español), el respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) y la necesidad de seguridad jurídica de las transacciones versus la equidad y el respeto de la buena fe.¹⁰ Sus detractores advierten que, de admitirse, se introduciría un germen de inseguridad jurídica al afectarse la fuerza obligatoria de los contratos. Sin embargo, se ha constatado que en los países en que ha sido acogida (que constituyen hoy día la regla general), no se han producido esos funestos vaticinios, sino que los tribunales han sabido aplicarla con mesura.¹¹ No olvidemos tampoco que el art. 1546 prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que la imprevisión dice relación precisamente con el período de ejecución de la convención.

En los tiempos actuales se postula otra forma de vislumbrar la revisión del contrato que no es “a través del prisma del sempiterno conflicto entre libertad y equidad, entre seguridad y solidaridad. Con el tiempo, en efecto, en una perspectiva muy pragmática en virtud de la cual un buen contrato es aquel razonablemente equilibrado, cuya ejecución legítimamente esperada debe poder obtenerse pese a las vicisitudes de su formación o de su ejecución, la intangibilidad del contrato no es ya el único valor perseguido y aplicado en materia contractual. **La proporcionalidad y la perennidad contractual** constituyen también valores en progresión constante en nuestro universo contractual contemporáneo, que fundan y legitiman la revisión del contrato”.¹² “En esa perspectiva, la revisión aparece entonces como un factor de estabilidad, de continuidad, en la medida en que sólo ella permite salvaguardar un contrato condenado a una desaparición cierta. Se ha entendido, en esta concepción, que lejos de constituir una fuente de inseguridad, la revisión se presenta bajo los atavíos seductores de un factor de salvaguardia de un contrato amenazado de desaparecer”.¹³

¹⁰ La cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, que las partes están obligadas a cumplir la prestación siempre que se mantengan las circunstancias que se tuvieron en vista al momento de su celebración, de origen canónico y que fue acogida primeramente en el derecho internacional, se ha proyectado en los ordenamientos internos precisamente a través de teoría de la imprevisión.

¹¹ Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 242, quien cita la experiencia argentina, holandesa y del fuero de Navarra.

¹² En un trabajo destacado, el profesor y hoy día ministro de la Corte de Casación, Denis MAZEAUD, enseña: “A la figura tradicional del contrato intemporal e intangible, necesariamente justo pues libremente querido y equitativamente concebido, propulsado por la sola energía de la palabra dada, insensible al tiempo que pasa, resistente a las enfermedades de la economía, impermeable a los trastornos políticos y sociales, se ha, si no substituido, al menos superpuesto, otra visión del vínculo contractual”. En cuanto a la proporcionalidad y perennidad, afirma que “La primera constituye una exigencia, en virtud de la cual todo desequilibrio ya no es necesariamente considerado como un atentado a la libertad, que conduce a corregir, a sancionar, principalmente a través de la revisión del contrato, los excesos intolerables y los abusos inadmisibles. Inspirada por la segunda, la revisión representa una alternativa a la nulidad o a la ruptura de un contrato irregular o desequilibrado a un punto tal que su ejecución ya no es concebible; la ilicitud que afecta el contenido del contrato o la inestabilidad que perturba su entorno económico y social ya no doblan fatalmente las campanas del contrato (MAZEAUD, Denis, “La révision du contrat, Rapport Français”, en Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant, 2005, pág. 7).

¹³ *Ibidem*.

5. Tal como aparece de las líneas que preceden, la imprevisión puede analizarse como una hipótesis de revisión judicial de los contratos. En este sentido, se emparenta con la lesión, toda vez que en ambas instituciones se sanciona un desequilibrio en las prestaciones; pero mientras en la lesión esa desproporción se produce al momento de la formación del contrato (“desequilibrio congénito”) en la imprevisión se presenta durante la ejecución del contrato (“desequilibrio sobreviniente”).¹⁴ Por lo mismo, la sanción de una y otra difiere: nulidad para la lesión, resolución para la imprevisión.

Se vincula también con las cláusulas abusivas, pues junto a la lesión y la imprevisión constituyen casos en que se autoriza la revisión del contrato por un desequilibrio en las prestaciones.¹⁵ Naturalmente, la confianza que se tenga en la judicatura influye poderosamente en la atribución de la facultad de revisar los términos del acuerdo contractual.¹⁶

6. La imprevisión y el caso fortuito presentan algunos rasgos comunes (un hecho imprevisible posterior a la formación del contrato), pero se los distingue claramente, puesto que mientras el caso fortuito torna imposible (irresistible) la ejecución del contrato, la imprevisión sólo la torna más onerosa. En definitiva, se trata de una diferencia de magnitud o dificultad para cumplir el contrato. Sus efectos son también diferentes: el caso fortuito conduce a la extinción de la obligación; la imprevisión, a restaurar el equilibrio de las partes y, sólo si esto no es posible, a la resolución.¹⁷ Se distingue también del enriquecimiento sin causa, pues, como su nombre lo indica, el enriquecimiento carece de justificación, en tanto que en la imprevisión la tiene: el contrato.

7. La tendencia del derecho comparado apunta claramente a la admisión de la imprevisión a través de reformas legislativas que la regulan expresamente. Así ocurrió en Italia (art. 1467 CC), Colombia (art. 868 CCO), Portugal (art. 437), Argentina (art. 1198), Perú (arts. 1440 y s.); Brasil (arts. 478 y s.), Bolivia (arts. 581-2-3), Grecia (art. 388). En otros países se la ha acogido por

¹⁴ Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 208.

¹⁵ La revisión judicial del contrato no es ajena al Código Civil chileno: la cláusula penal enorme (art. 1544) constituye una destacada aplicación, que suscita elogios a su redactor, por haberla considerado desde su dictación, en circunstancias que a su modelo francés sólo se incorporó en virtud de una reforma del año 1975 (art. 1152 Code). Cf. CORRAL TALCIANI, *La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur*, Revista Chilena de Derecho, P. U. Católica de Chile, 2000.469.

¹⁶ Cf. infra N° 16.

¹⁷ Si el hecho no reúne los requisitos para ser calificado como un caso fortuito, la doctrina discute si puede al menos servir para reducir el quantum de la indemnización. Se aplicaría un razonamiento similar a aquel que opera respecto de la culpa exclusiva de la víctima, que opera como eximente de responsabilidad, en tanto que si falta alguno de sus requisitos, reduce el monto de la indemnización (art. 2331 CC ch. y 2357 CC col). Cf. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1983, N° 519, pág. 599.

vía jurisprudencial, como ocurre en España.¹⁸ Finalmente, en otros ordenamientos, como ocurre en Francia y en Chile, ante la ausencia de textos expresos, se observa una disparidad entre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, que la rechaza, y la jurisprudencia administrativa, que la acepta.¹⁹

8. Debido a la ausencia de regulación legislativa sobre la imprevisión en el derecho privado chileno, **en la primera parte de este trabajo estudiaremos el estado de la cuestión en mi país** y, en concreto, abordaremos la disparidad entre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y administrativos a que hacíamos alusión. **Luego, en la segunda parte de este trabajo, alejaremos la mirada del derecho chileno para concentrarnos en las principales definiciones que es necesario adoptar al decidir regularla legislativamente, en concreto, analizaremos los requisitos, el ámbito de aplicación y los efectos de la institución.** En esta segunda parte, si me excusan la osadía, procuraremos tener una mirada atenta a las reglas del Código Civil colombiano que regulan la institución.

I. De lege lata: el estado de la imprevisión en Chile

9. En el derecho privado chileno no existe norma legal que acoja la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en ciertos ámbitos del derecho público chileno, en que se la acepta expresamente. Esa disparidad se manifiesta también en la jurisprudencia, ya que mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema la rechaza, los dictámenes de la Contraloría General de la República la acogen. La situación en Chile es, desde este punto de vista, similar a la que existe en Francia.

A. En el derecho privado: el silencio de la ley y el rechazo de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios

10. En el derecho privado chileno no existe consagración positiva de la imprevisión. El artículo 1545 CC ch. (art. 1602 CC colombiano), que consagra la fuerza obligatoria de los contratos, es invocado como el principal obstáculo a su admisión. En contra, se advierte que el art. 2003 N° 2 (Cf. art. 2057 CC colombiano), que regula el contrato de construcción, la acoge.²⁰

En sentencia de fecha 14.11.06, rol N° 6812-2001, la I. Corte de Apelaciones de Santiago acogió la teoría de la imprevisión. Encontrándose en prensa este artículo, no nos es posible profundizar el análisis de este fallo.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, ob. cit., T. II, pág. 893.

¹⁹ Para la situación en cada uno de los países citados y otros, consúltese: *La révision du contrat*, Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2005.

²⁰ A favor de la admisión, se suelen citar las siguientes disposiciones: art. 2180 (comodato); art. 2227 (depósito); art. 2348 regla 3ª (fianza). En contra, se invocan los arts. 1983 inc. 1º (arrendamiento de predios rústicos); 2199, hoy derogado; y 2003 N° 1 (contrato de construcción).

11. **La Corte Suprema, en un fallo de 10.01.1925,**²¹ resolvió “Que los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos a que alude el fallo recurrido, los que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea, por libre y espontánea voluntad de las partes, el contrato”. En la especie, el contratista, después de haber concluido satisfactoriamente las obras del puerto de San Antonio que el Fisco le encomendara, reclamaba una diferencia en el pago que se generaba según si se solventaban los estados de pago en libras esterlinas papel (moneda corriente inglesa) o en libras esterlinas oro. El actor expresó que, al momento de convenirse el contrato, el valor de la libra papel y libra oro era equivalente, pero que, a raíz de la Primera Guerra Mundial, la libra papel experimentó una depreciación frente a la segunda, de modo que si se le pagaba según la primera, se le causaba un evidente perjuicio.

12. **Existen a lo menos tres fallos dictados por jueces árbitros en que se acoge la imprevisión.** Así, en la causa Sociedad de Inversiones Mónaco con ENAP, el árbitro Sr. Carlos Urenda Zégers resolvió el año 1986 que la imprevisión “es perfectamente compatible con la teoría de la obligación tal cual está desarrollada en el Código Civil, en razón de lo que establecen los artículos 1444 y 1546 del mismo código, en relación con los artículos 1440 y 1441 del mismo código”. En la especie se trataba de paliar las consecuencias del incremento del precio del dólar después de la crisis monetaria de los años 1980.

En otro asunto, fallado el año 1994 por el árbitro Sr. Claudio Illanes Ríos, autor de sendos trabajos en que se ha manifestado partidario de la admisión de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, sentencia que fue revisada por la Corte Suprema por la vía de la queja, recurso que fue rechazado, también se acogió la imprevisión, condenándose a EMOS, mandante de las obras, a pagar a la contratista, la Sociedad Constructora La Aguada Limitada, obras que resultaban necesarias y que no fueron previstas al convenirse el precio a suma alzada, toda vez que el mandante había propuesto un método de construcción que posteriormente resultó ser físicamente imposible.²²

Finalmente, se cita el caso fallado el 11.04.1983 por don Beltrán Urenda Zégers, aun cuando el mismo árbitro previene que lo resuelto no autoriza a sacar conclusiones de orden general, sobre la mayor o menor aplicación en el derecho chileno de la teoría de la imprevisión.²³

²¹ Cas. Fdo., 10.01.1925, RDJ 1925.423, cons. 14.

²² En relación a los hechos de ambos fallos, consúltese ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 199 y s.; PIZARRO W, Carlos, RÍOS L., Sebastián, y TAPIA R., Mauricio, *La révision du contrat, Rapport Chilien*, en Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant, 2005, pág. 6).

²³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, ob. cit., N° 48, pág. 295, nota al pie N° 440.

13. El estado de la doctrina chilena respecto a la imprevisión puede revisarse respondiendo a tres interrogantes básicas: 1º) ¿los textos actuales permiten al juez revisar un contrato?; 2º) ¿es conveniente acogerla?; y 3º) ¿para hacerlo es necesaria o conveniente una modificación legislativa? Procuraremos responder sucesivamente a cada una de esas interrogantes, para luego hacer referencia a la forma como las partes pueden prever convencionalmente el riesgo de la imprevisión, esto es, las cláusulas de dureza o de *hardship*.

1º) ¿Los textos actuales permiten al juez revisar un contrato por imprevisión?

14. La generalidad de la doctrina chilena responde que el derecho positivo chileno actual permite la recepción de la imprevisión. El art. 1546, que prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, constituiría el fundamento normativo suficiente.²⁴ En contra se pronuncian don René ABELIUK y, con ciertos matices, don Lorenzo DE LA MAZA, quienes ven en el artículo 1545 un obstáculo insalvable.²⁵ En relación a este argumento, el profesor PEÑAILILLO avanza que las “causas legales” del art. 1545 pudieran interpretarse como “causas jurídicas”, “ciertamente más comprensivo, en las cuales puede incorporarse cómodamente a la imprevisión”.²⁶

2º) ¿Es conveniente acoger en Chile la imprevisión?

15. La totalidad de los autores chilenos que hemos consultado, incluidos ABELIUK y DE LA MAZA, se manifiestan partidarios de la admisión de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno.

3º) ¿Para la admisión de la imprevisión en Chile es necesaria o, a lo menos, conveniente, una modificación legislativa?

16. Nuevamente surgen las disparidades de pareceres. ILLANES y DÖRR, pese a que son partidarios de la admisión de la imprevisión, se pronuncian contrarios a la regulación por la vía legislativa de la institución, basados fundamentalmente en una desconfianza en la forma como podría aplicarla la judicatura, así como en “contratantes inescrupulosos” que pudieran abusar de la “excepción de imprevisión”.²⁷ En contra, PEÑAILILLO sostiene con perspicacia que “si

²⁴ Un resumen de los planteamientos de los principales autores que se han pronunciado sobre el tema puede consultarse en ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 185 y s.

²⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 860, pág. 705; DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., N° 69 y s., págs. 146 y s.

²⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 210.

²⁷ “Coincido plenamente con el criterio del profesor Claudio Illanes en cuanto a que, sin necesidad de modificar el Código Civil, la teoría de la imprevisión es aplicable en Chile, y soy aún más categórico que el autor en afirmar la absoluta inconveniencia de introducir las modificaciones que se pretenden hacer a dicho Código en la materia. Pese a todos los resguardos legislativos que sea posible adoptar

tienen confianza en que el juez desarrollará la teoría de la imprevisión sin un texto legal, yo tengo confianza en que el texto legal lo aplicarán prudente y mesuradamente”.²⁸

17. Por nuestra parte, nos manifestamos decididamente partidarios de su incorporación al ordenamiento jurídico chileno a través de una reforma legislativa, única forma de regular adecuadamente sus efectos, los que se analizarán en la segunda parte de este trabajo.²⁹ Tal como anunciáramos, el Congreso chileno estudió un proyecto de ley que permitía la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles (boletín 309-07), el cual inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 14.03.1991 y fue archivado por el Senado el 20.04.2004.

4° Las cláusulas de dureza o de *hardship*.³⁰

18. Mientras no exista en Chile un reconocimiento expreso de la imprevisión, sea por vía jurisprudencial o legislativa, las partes pueden soslayar el riesgo de verse expuestas a ejecutar un contrato excesivamente oneroso estipulando las denominadas cláusulas de dureza o de *hardship*. Se las ha definido como “aquella que prevee la revisión del contrato cuando un trastorno de las circunstancias ha modificado profundamente el equilibrio inicial de la obligaciones de las partes”.³¹

Estas cláusulas surgieron en el ámbito del comercio internacional y luego se proyectaron al derecho interno de los países desarrollados. Se las distingue de la cláusulas de indexación, puesto que las cláusulas de *hardship* tienen por objeto obligar a las partes a renegociar los términos del acuerdo inicial y carecen de un “efecto determinante automático”. Su principal inconveniente es que, por su misma naturaleza, suelen tener un carácter impreciso, lo que acarrea que el procedimiento amigable de renegociación corre serios riesgos de

para evitarlo, modificar el Código Civil incorporando la teoría de la imprevisión nos hará correr el grave riesgo de ver perder fuerza obligatoria a los contratos, poniendo en peligro la certeza jurídica en una materia de la mayor trascendencia” Más adelante afirma: “Si se modifica el Código Civil otorgándole al juez la facultad expresa de intervenir por imprevisión en los contratos, a no dudarlo proliferarán las sentencias modificatorias de la ley del contrato con grave daño, como afirma Claudio Illanes, a la estabilidad contractual” (DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 225 y 227).

²⁸ “Se trata en definitiva de confianza en los jueces, en que ellos sabrán modelarla con unas disposiciones fundamentales (y con el adverbio “excepcionalmente”). Si confiamos en que los jueces van a poder manejarla sin los textos, ¿por qué vamos a desconfiar si existen unos textos fundamentales? El fondo del problema es el mismo: tenemos confianza en los jueces o no la tenemos. Si tienen confianza en que el juez desarrollará la teoría de la imprevisión sin un texto legal, yo tengo confianza en que el texto legal lo aplicarán prudente y mesuradamente” (PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 242).

²⁹ Cf. infra N° 38 y s.

³⁰ GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 286 y s., págs. 333 y s., y la abundante bibliografía que cita.

³¹ FONTAINE, M., citado por GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 286, pág. 333.

degenerar en un procedimiento contencioso. En Francia se afirma que generan una obligación de medios, de renegociar de buena fe, la que se sanciona con la indemnización de perjuicios. En caso que la renegociación no fructifique, se sostiene en Francia que el contrato debe mantenerse tal como había sido pactado originalmente, puesto que lo contrario redundaría en la admisión de la teoría de la imprevisión, que la Corte de Casación no admite. Surge también la interrogante en orden a sí, habiendo fracasado las negociaciones, el juez está facultado para fijar, en lugar de las partes, los términos en que deberá continuar ejecutándose la convención.³²

B. En el derecho administrativo: la consagración legislativa y el reconocimiento jurisprudencial

19. En Chile, al igual que en Francia, la jurisprudencia administrativa acoge la teoría de la imprevisión.³³ La razón es evidente: forzar la aplicación de un contrato administrativo excesivamente oneroso para la empresa que celebra un contrato con el Estado redundaría en el colapso económico de la misma, con la consiguiente suspensión del servicio público que brinda. El caso de la Compañía de Gas de Bordeaux, arriba citado, es ilustrativo: de haber perseverado la Administración en la ejecución del contrato en los términos pactados, la Cía. de Gas de Bordeaux hubiera quebrado, privando a los administrados

³² Un ejemplo de estas cláusulas y de las dificultades a que puede dar lugar su interpretación lo encontramos en la causa caratulada "Carbonífera Schwager S.A. con Codelco", rol 1382-2001, de la Excm. Corte Suprema. En la especie, las partes habían celebrado un contrato de suministro de carbón, en el cual se estipuló un precio de US\$ 57 por tonelada métrica. Adicionalmente, "En la cláusula sexta del contrato, se acordó que el precio del carbón SCHWAGER S.A. no podrá resultar superior al precio equivalente del petróleo, combustible necesario para generar energía eléctrica en la central termoeléctrica de Tocopilla, pues de ser así, CODELCO-CHILE debía notificar por escrito a SCHWAGER S.A. adjuntando los antecedentes que avalaran el hecho, pudiendo esta última en el plazo de cinco días rebajar el precio del carbón a un valor que hiciera indiferente a CODELCO operar sus unidades con petróleo o carbón. De no rebajarse el precio, el contrato se entendería suspendido temporalmente, cesando para ambas partes su cumplimiento, hasta que CODELCO notificara su reinicio, prorrogándose automáticamente la vigencia del contrato por idéntico período al de duración de la suspensión". Con posterioridad las partes celebraron un "addendum" al contrato en el cual acordaron la resciliación del contrato de suministro bajo la condición de que CODELCO-CHILE recibiera durante 1994 un total de 90.000 toneladas, a un precio provisorio de US\$ 45 por tonelada. En síntesis, en el litigio debía resolverse si la cláusula sexta antes referida, que vinculaba el precio del carbón al del petróleo, era o no aplicable después de la firma del addendum. La sentencia de primera instancia, de fecha 31.01.1997, del Juzgado de Letras de Santiago, acogió la demanda de SCHWAGER S.A., rechazando la aplicación de dicha cláusula sexta. Esa resolución fue confirmada con fecha 05.10.2000 por la IIsma. Corte de Apelaciones de Santiago. Con fecha 09.04.2002 las partes llegaron a un avenimiento el cual fue aprobado por la Excm. Corte Suprema.

³³ La Contraloría General de la República ha reconocido expresamente esta teoría en algunos dictámenes: N° 41.183, de 15.12.1997, N° 41.409, de 2.12.1994. En el último dictamen se resolvió que "En los contratos administrativos rige el elemento de riesgo y ventura, o sea, la contraparte de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, pero ese principio aparece modificado o alterado por diversos hechos que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, como los plasmados en la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, y de las cláusulas de reajuste" (citados por MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Teoría de la imprevisión*, ob. cit., pág. 425).

de un servicio público vital. **“Esta jurisprudencia está enteramente fundada sobre la idea que el interés del servicio público predomina en los contratos administrativos”**.³⁴ Nótese que el Consejo de Estado francés ha rechazado la aplicación de la imprevisión a los contratos de derecho privado que celebra la Administración.³⁵

20. El artículo 19 inciso 3° del Decreto N° 900, de 31/10/1996, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dispone que: “Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por *causas sobrevinientes* que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36 de esta ley”.

La ley regula el procedimiento para la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevivientes, lo que supone la admisión de la revisión judicial del contrato y, por ende, de la teoría de la imprevisión. Nótese que el artículo 36, que regula el procedimiento, faculta a la Comisión Conciliadora para “decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a que dicha reclamación se refiera”.

21. En relación a la regla arriba transcrita, debe tenerse presente que el vínculo que une al Estado con el concesionario es de naturaleza contractual (contrato de concesión de obras pública),³⁶ de modo que la naturaleza del vínculo permite la aplicación de la teoría de la imprevisión, aun cuando las relaciones del concesionario con el Ministerio se rijan por las normas del derecho público (art. 21 Ley de Concesiones de Obras Públicas).

22. Se ha subrayado que uno de los pilares fundamentales del contrato de concesión de obra pública es la distribución de los riesgos entre el Estado y el concesionario. En efecto, se ha afirmado que el sistema de concesiones

³⁴ MAZEAUD, H., L. y J., por CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, ob. cit., N° 735, pág. 860.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Se ha definido dicho contrato como un “contrato administrativo, regulado, en virtud del cual el Estado de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas, encarga a un privado –previo proceso público de licitación– la ejecución y/o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho del adjudicatario a explotarla por un plazo y tarifa previamente determinados, cuyos riesgos han sido definidos por la normativa aplicable, eminentemente modificable, y está sometido a un régimen de solución de controversias especial” BARBERIS MARTÍN, Andrés, *Una revisión del sistema de resolución de conflictos en la ley de concesiones de obras públicas*, en Primer Congreso Iberoamericano de Actividades Reguladas, P. U. Católica de Chile, noviembre 2005, inédito. Nótese que el autor citado califica el contrato como “eminente modificable” a fin de mantener el equilibrio económico del contrato (*ibidem*, págs. 12 y s.).

estructurado en los años 1980 no tuvo el éxito esperado, puesto que hizo recaer todo el riesgo de construcción y explotación de la obra pública en el concesionario.³⁷ Actualmente, la Ley de Concesiones distingue entre la etapa de construcción, en que las obras se efectúan a entero riesgo del concesionario (art. 22 N° 2 Ley de Concesiones de Obras Públicas) y la etapa de explotación de la obra, en que el riesgo es compartido por el Estado y el concesionario, con el objeto de asegurar al Estado el cumplimiento del encargo concedido y al concesionario que recuperará su inversión. Esta distribución de los riesgos se manifiesta nítidamente en el ingreso mínimo garantizado al concesionario (art. 7° letra e) Ley de Concesiones de Obras Públicas).

La distribución de los riesgos entre el Estado y el concesionario explica entonces que la Ley de Concesiones de Obras Públicas admita expresamente la revisión de las prestaciones por causas sobrevivientes, en suma, que acoja expresamente la teoría de la imprevisión. De hecho, se ha acogido incluso la petición del concesionario de revisar los términos del contrato de concesión de obra pública por eventos imprevisibles surgidos durante la etapa de construcción, en la cual, según vimos, los riesgos recaen, en principio, exclusivamente en el concesionario.³⁸

II. De lege ferenda: las decisiones a adoptar para la regulación positiva de la imprevisión

23. Durante la primera parte de este trabajo hemos señalado que la imprevisión no está regulada en el derecho privado chileno y que la jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco la acoge, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo, donde tanto la Ley de Concesiones de Obras Públicas como la jurisprudencia la acogen. En la segunda parte, que ahora iniciamos, sobre la base del derecho comparado, pretendemos abordar las principales cuestiones

³⁷ Cf. BARBERIS MARTÍN, Andrés, ob. cit.

³⁸ El art. 22 N° 2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone que "El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente: 2. Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación".

Pese a que el costo de las expropiaciones es un riesgo que incide en la fase de construcción, se ha resuelto que, considerando que "el imprevisto aumento, en más de 120%, del valor que representan los gastos, costos y desembolsos de las expropiaciones, superando largamente cualquier cálculo que pudiera haberse hecho en la época de la licitación" y que "de los antecedentes recopilados por el Tribunal y de los análisis efectuados, se desprende que ninguno de los licitantes contempló cifras de costos del proceso expropiatorio ni siquiera cercanas a las que, en definitiva, han resultado" procedió a acoger, en parte, la petición de la sociedad concesionaria limitando su obligación de pago de dichos costos a una suma que representada un porcentaje no mayor al 60% del exceso del valor de las expropiaciones (Cf. BARBERIS MARTÍN, Andrés, ob. cit., pág. 12).

sobre las cuales el legislador chileno debiera tomar partido si decidiera introducir la imprevisión en el derecho privado chileno. En un primer momento nos ocuparemos de los requisitos de la imprevisión (A) para luego abordar sus efectos (B).

24. Antes de abordar derechamente el análisis, conviene dar lectura al art. 868 del Código de Comercio colombiano, que regula la institución, a fin de tenerlo presente para el desarrollo que sigue:

Art. 868: Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro excesivamente onerosa, podrá esta 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.

A. Los requisitos de la imprevisión

25. Analizaremos las condiciones o requisitos de fondo de la imprevisión (1°) y su ámbito de aplicación (2°).

1° Las condiciones de fondo

26. Los requisitos de la imprevisión son la imprevisibilidad (a) y la excesiva onerosidad (b).³⁹

a) La imprevisibilidad

27. **Se trata del requisito esencial, exigido por todos los códigos que la consagran y que, de hecho, le confiere su denominación a la institución.** El art. 1467 inc. 2° del Código Civil italiano dispone que "la resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobreviniente entra en el alea normal del con-

³⁹ Existen, naturalmente, diversas formas de sistematizar los requisitos, más o menos descriptivas. A título ejemplar, DE LA MAZA los enuncia de la siguiente forma: a) Debe ser imprevisible en el momento de nacer la obligación; b) Debe ser independiente de la voluntad de las partes; c) Debe, afectando a toda una categoría de contratantes, producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista; d) Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe dificultarla en forma considerable, hacer exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave (DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., N° 18 pág. 87).

trato”, lo que parece evidente, toda vez que si el hecho acaecido entraba en el alea normal del contrato no puede, entonces, calificarse de imprevisible. En el mismo sentido, el alea habría entrado en el campo contractual.

28. ¿Bastará que el hecho no haya sido previsto por las partes o se exigirá que haya sido también imprevisible por éstas? El Código Civil colombiano alude a ambas “*imprevistas o imprevisibles*”. A la luz de la norma, bastaría entonces que se cumpliera con cualquiera de ellas para dar lugar a la imprevisión. Sin embargo, se ha observado con razón que “estas dos palabras, en principio tan similares, conllevan grandes diferencias. Examinémoslas un poco más a fondo: ambas son adjetivos que se derivan del verbo “prever”, el cual significa “...ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias. Lo imprevisible es lo que no se puede prever y lo imprevisto es lo que no se previó habiéndose podido hacer”.⁴⁰ **Se trata, pues, de nociones diferentes y el término pertinente en la institución en estudio es que el hecho sea imprevisible.**⁴¹

29. Surge entonces la interrogante en cuanto a la forma de apreciar la imprevisibilidad: ¿en concreto o en abstracto? La primera supone un examen del sujeto en tanto que la segunda conlleva la comparación con un modelo de conducta.⁴² Se ha afirmado que la apreciación debe ser en abstracto u objetiva, pues de lo contrario se ampararía al contratante no previsor: el descuidado resultaría premiado.⁴³ En todo caso, cualquiera sea el sistema que se escoja, parece evidente que la apreciación debe hacerse al momento de la celebración del contrato.

⁴⁰ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato...*, ob. cit., pág. 640.

⁴¹ “Que un hecho sea imprevisible significa que no es susceptible de ser advertido anticipadamente. Que sea imprevisto significa que un sujeto efectivamente no lo previó. Para los efectos de la teoría de la imprevisión lo requerido es que el hecho no sea susceptible de ser previamente representado; el término pertinente es, pues, que sea imprevisible” (PENAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 223).

⁴² “Partiendo del supuesto natural de que no es practicable someterse a la pura afirmación del afectado (acerca de si para él el hecho era o no previsible), ahora se llega a un punto particularmente delicado: el del punto de referencia para determinar si el hecho era previsible o imprevisible. Las alternativas fundamentales son: el sujeto mismo o un promedio. A la primera se le llamará la opción subjetiva y a la segunda, objetiva. Considerando la conveniencia de debilitar lo menos posible el vigor de la obligación tal como fue contraída, estimamos que la evaluación debe ser objetiva. No debe el juez, pues, preguntarse si el sujeto que se pretende afectado pudo o no prever el hecho, sino si el hecho era o no, en general, previsible” (PENAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 223). En el mismo sentido: ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 702.

⁴³ “¿Podemos afirmar que los riesgos previsible pero no previstos por los contratantes podrían dar lugar a la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio? La respuesta afirmativa bien parece ser la sugerida por el texto. Ahora bien, esta solución resulta muy cuestionable, ya que si aceptamos que el contrato es una obra de previsión, de las partes mismas depende, en principio, precaver los riesgos económicos futuros” (MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato...*, ob. cit., pág. 641).

30. El Código Civil italiano exige que la excesiva onerosidad provenga de “*circunstancias extraordinarias*” e imprevisibles (art. 1467). La disposición es ambigua y genera dudas en orden a si agrega algo a la imprevisibilidad.

b) La excesiva onerosidad:

31. Nuevamente se trata de un requisito universalmente admitido. Se subraya que no cualquier onerosidad da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino sólo aquellas cuya gravedad sea “excesiva”, lo que parece natural, pues solo éstas rompen el equilibrio contractual, el sinalagma base del contrato. De la acertada aplicación de este requisito depende, por una parte, la eficacia de la institución y, por otra, que no se transforme en un atentado a la fuerza obligatoria del contrato. Los ordenamientos que la acogen no tasan o tarifan la gravedad (como ocurre en los CC francés y chileno para la lesión): queda a la prudencia del juez apreciarla.⁴⁴

2° El ámbito de aplicación

32. El ámbito tradicional de aplicación de la imprevisión son los contratos bilaterales onerosos conmutativos, con obligaciones de ejecución duradera (continuada o a tractos) pendientes.⁴⁵ El artículo 1467 del Código Civil italiano la aplica a los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida. El artículo 868 del CCO colombiano, a los “contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida”.

33. Se postula en seguida que puede también aplicarse a los **contratos unilaterales onerosos**. De hecho, el art. 1468 del CC. italiano y el art. 1198 del CC argentino lo permiten expresamente. ¿Por qué descartarla a priori, por ejemplo, de un mutuo a largo plazo sin reajustabilidad?

34. Las voces disonantes surgen respecto de su aplicación a los **contratos alea-**

⁴⁴ PEÑAILILLO analiza la situación que denomina “imprevisión inversa”, esto es, que un hecho imprevisible provoque un notable beneficio para un contratante. Razonando sobre la base de la interdependencia en los contratos bilaterales, concluye que en esa situación la imprevisión también debe aplicarse y, en esa óptica, la teoría estaría “defectuosamente expuesta; o, si se prefiere, incompletamente expuesta”, en el sentido que se aplicaría cuando el hecho “altera” –no solo agrava sino también reduce– notablemente el valor de una prestación (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 228).

⁴⁵ En relación a la clasificación de los contratos (o de las obligaciones) como de ejecución instantánea o duradera, PEÑAILILLO distingue entre obligaciones de ejecución instantánea (aquellas cuyo cumplimiento se efectúa en un acto, sin prolongación en el tiempo) y de ejecución duradera (cuyo cumplimiento se desenvuelve en el tiempo, con o sin solución de continuidad), las que a su vez pueden ser continuas o a tractos. El autor sostiene que la clasificación está referida a la obligación más que al contrato, toda vez que en un contrato pueden existir obligaciones de diversa naturaleza (en el arrendamiento la obligación del arrendador es continuada duradera en tanto que la del arrendatario de pagar la renta puede ser continuada a tractos o incluida de ejecución instantánea). Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, ob. cit., págs. 345 y s.

torios. El artículo 1168 del CC argentino lo permite en tanto que el artículo 1469 del CC italiano y el art. 868 del CCO colombiano los excluyen.⁴⁶

35 ¿Podrá aplicarse a los contratos gratuitos? Así se propuso durante el Tercer Congreso de Derecho Civil Argentino, efectuado en Córdoba el año 1961, del cual surgió la reforma de 1968, que recogió la institución en el CC argentino. Sin embargo, la proposición no prosperó, aun cuando autores de la talla de BORDA la consideran razonable, opinión que entre nosotros comparte PEÑAILILLO.⁴⁷ La profunda evolución que han experimentado últimamente los contratos gratuitos, que escapan al ámbito familiar o de amistad para convertirse en un instrumento de negocios, por razones impositivas o de otro orden, nos lleva a compartir ese criterio.⁴⁸

36. Con agudeza, el profesor PEÑAILILLO nos invita a avanzar en la reflexión al afirmar que “no se ve obstáculo para aplicarla también a las **obligaciones de ejecución instantánea**, siempre que el cumplimiento esté pendiente por causa no imputable al deudor, y entretanto sobreviene un acontecimiento extraordinario imprevisible que torna excesivamente gravosa la obligación”.⁴⁹ El art. 868 del CCO colombiano los excluye expresamente.

37. El mismo autor citado va más allá y postula que la base para la aplicación de la imprevisión es la obligación en lugar del contrato y, por lo mismo, puede aplicarse cualquiera sea su fuente (cuasicontractual, delictual, legal y otras no previstas expresamente).⁵⁰

⁴⁶ El art. 1198 del CC argentino dispone, en la parte pertinente, que “el mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Por su parte, el art. 1469 del CC italiano prescribe que “Contrato aleatorio: la norma del artículo precedente no se aplica al contrato aleatorio por su naturaleza o por voluntad de las partes”. El art. 868 del CCO colombiano dispone que “Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”. ABELIUK afirma: “la doctrina de la imprevisión no puede penetrar en los contratos aleatorios” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 703).

⁴⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 237.

⁴⁸ Para ilustrar esa afirmación, basta considerar que hoy día es frecuente recurrir al contrato de comodato (esencialmente gratuito) para conceder el uso de teléfonos celulares, equipos de calefacción domiciliaria, artefactos para el expendio de bebidas gaseosas o alcohólicas (cerveza) e incluso para la concesión del uso de los estancos y equipos de una gasolinera.

⁴⁹ ABELIUK enuncia que uno de los requisitos de la institución es “1° que el contrato no sea de ejecución instantánea”, pero luego en el análisis afirma: “En consecuencia, se aplica fundamentalmente en los contratos de tracto sucesivo, pero también puede presentarse en todos aquellos en que la prestación quede postergada. Tampoco se acepta la imprevisión si la obligación se ha cumplido ya íntegramente” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 702). ILLANES afirma: “desde luego, debe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Queda fuera de toda discusión que en un contrato de ejecución instantánea no es posible que se presente el hecho imprevisible” (ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 223).

⁵⁰ “Y aun más, estimamos que, en rigor, no se divisa fundamento para vincular esta doctrina –restringiéndola– al contrato. En definitiva, es la obligación la base de su aplicación. Cuando circunstancias imprevisibles tornan excesivamente gravosa una prestación, debe procederse a su revisión para adecuarla

B. Los efectos de la imprevisión

38. **La imprevisión supone, por definición, un desequilibrio significativo en las prestaciones que surge durante la ejecución del contrato: la sanción debe ser, entonces, la resolución** (a diferencia de la lesión, que por operar al momento de la formación del negocio, acarrea la nulidad) (1°). Pero surge inmediatamente la necesidad de avanzar en las precisiones: ¿la imprevisión acarrea automáticamente la resolución del contrato o será posible modificar o adecuar los términos de la convención a fin de conservarla? ¿En caso afirmativo, ¿puede el juez establecer los nuevos términos de la convención? (2°). Finalmente, ¿puede obtenerse la suspensión temporal de los efectos del contrato? (3°).

1° La resolución del contrato

39. **No cabe duda que se trata de la sanción más drástica y, por lo mismo, debe reservarse para las situaciones más extremas.** Se ha propuesto que "debería conferirse siempre la posibilidad de que (como acontece en la lesión), hasta última hora el demandado pueda formular proposición que evite la resolución, de modo que esta medida ha de funcionar como una amenaza que lo induzca a negociar".⁵¹

2° La modificación o adecuación de las condiciones económicas del contrato

40. Parece natural, casi instintivo, aceptar la posibilidad de reconducir el contrato a términos razonables: la imprevisión eliminaría así la excesiva onerosidad imprevista y restauraría el sinalagma, respetando el principio de conservación del contrato. Sin embargo, las dificultades surgen a la hora de precisar quién revisa: ¿las partes o el juez?; y, en caso que se le atribuya esa facultad al juez, ¿en qué medida o magnitud debe hacerlo?

41. **Los primeros llamados a reequilibrar el contrato son las partes:** el beneficiado por el hecho imprevisible tendrá una espada de Damocles: revisa el contrato de buena fe o resuelve. En este sentido, la amenaza de resolución por imprevisión deviene un instrumento de negociación. El art. 1467 inc. 3° del CC italiano dispone que "la parte contra la cual se ha demandado la resolución

a las nuevas circunstancias. Cualquiera sea su fuente. Así como no hay por qué tratar más indulgentemente al deudor oneroso que al gratuito, tampoco hay por qué tratar más indulgentemente al deudor contractual que al no contractual. Podría tratarse de deudores de obligaciones cuasicontractuales, delictuales, legales y aun de otras fuentes que en nuestro medio no están contempladas expresamente, si se admiten (como el enriquecimiento injustificado). Lo exigible es, por cierto, que el cumplimiento esté pendiente por causa no imputable al deudor" (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 237).

⁵¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 236.

puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato". El art. 1198 inc. final del CC argentino contiene una regla análoga.⁵²

42. Pero también puede vislumbrarse que, a falta de acuerdo de las partes, sea el juez quien estatuya los nuevos términos del contrato; solo en caso que ello no sea posible, decretará la resolución. Se trata aquí de una auténtica revisión judicial del contrato, pues la potestad (y confianza) que se atribuye al sentenciador le permite no sólo resolver un contrato excesivamente oneroso, sino reequilibrar las prestaciones del mismo, sustituyéndose a una labor que tradicionalmente se consideraba privativa de las partes. Es la opción del codificador comercial colombiano: "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" (art. 868 inc. 2). La labor no es fácil y, probablemente, a quienes más incomode sea precisamente a los magistrados, quienes tendrán que recurrir al informe de peritos para auxiliarse en la determinación del monto de las prestaciones.

43. Por regla general, la resolución por imprevisión no opera con efecto retroactivo. El art. 1198 inc. 3º del CC argentino así lo dispone expresamente: "la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos". El CC holandés permite que la modificación o resolución sea dada con efecto retroactivo.⁵³ El tema se vincula con la suspensión temporal de los efectos del contrato, que se analizará a continuación.

3º La suspensión temporal de los efectos del contrato

44. Cualquiera sea la alternativa que se escoja en orden a admitir o proscribir la modificación del contrato, sea exclusivamente por las partes o también por el juez, **creemos que es necesario vislumbrar siempre las reglas procesales que permitan suspender los efectos temporales del contrato.** De lo contrario, los efectos de la imprevisión se tornarían ilusorios, máxime si se considera la duración promedio de los juicios. El tema se vincula con la exigencia, establecida expresamente por algunas legislaciones (v. gr. art. 1198 CC argentino), de que el contratante no se encuentre en mora para poder invocar la imprevisión, así como con la aplicación retroactiva de la resolución por imprevisión. Una errónea articulación de esos elementos puede tornar ilusoria la protección que pretende brindar. Así, si se exige no estar en mora para poder reclamar la imprevisión, se impide suspender los efectos temporales del contrato y se priva de efectos

⁵² "La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

⁵³ Art. 259 Código Civil holandés de 1992, citado por DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 228.

retroactivos a la sentencia que decrete la resolución, entonces el contratante perjudicado estará condenado a la quiebra.

47. El artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras públicas faculta a la Comisión Conciliadora para “decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a que dicha reclamación se refiera”.

Antes de concluir esta exposición, permítanme agradecer nuevamente a la Universidad del Rosario por la magnífica oportunidad que nos ha brindado para revisar, en este coloquio internacional, la terminación del contrato y a Uds. por la paciencia y atención con que me han escuchado. Confiamos en que, en un futuro no muy lejano, podamos exponer acerca de la imprevisión en Chile, ya no de *lege ferenda*, sino de *lege lata*.

Bibliografía

Obras generales:

ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, Ediar Editores Ltda., 1983, N°s 852 y s., págs. 698 y s.; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Vol V., De las obligaciones, N°s 1248 y s., págs. 754 y s.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, T. II, págs. 885 y s.; GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, L.G.D.J., París, 2ª ed., 1994, N°s 263 y s., págs. 310 y s.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos* (parte general), Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2001, N°s 48 y s., págs. 293 y s.; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, por CHABAS, François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9ª ed., 1998, N°s 730 y s.; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 2003.

Bibliografía especializada:

BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *¿Es posible construir la Teoría General del Contrato desde la excepción?: la revisión judicial del contrato*, en Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, LexisNexis, 2005, T. I, págs. 685 y s.; COLECTIVO, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1999, págs. 181 y s.; COLECTIVO, *La révision du contrat*, Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2005; DE LA MAZA, Lorenzo, *La Teoría de la Imprevisión*, en RDJ 1933, doctrina, págs. 73 y s.; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *Notas acerca de la teoría de la imprevisión*, en Revista Chilena de

Derecho, U. Católica de Chile, Vol. 12, N° 2, 1985, págs. 253 y s.; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *La Teoría de la Imprevisión*, en *II Curso de actualización jurídica "Teorías del Derecho Civil moderno"*, Ediciones U. del Desarrollo, 1ª ed., 2005, págs. 143 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil italiano de 1942*, RDJ 1954, doct., págs. 121 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *Algo sobre la teoría de la imprevisión*, RDJ 1954, doct., págs. 89 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago*, RDJ 1958, doct., págs. 95 y s.; JOBIN, Pierre-Gabriel, *L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code Civil au Québec*, RTD Civ., 2004.693; ILLANES RÍOS, Claudio, *La teoría de la imprevisión vista por el profesor Fernando Fueyo*, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil, Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica Conosur, 1ª ed., 1996, págs. 349 y s.; ILLANES RÍOS, Claudio, *La teoría de la imprevisión en la Ley de Concesiones de Obras Públicas*, en *Revista del Abogado*, Colegio de Abogados de Chile, N° 28, jul. 2003, pág. 6.; LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *La unidad temporal del contrato y su relación con la teoría de la imprevisión*, en *Gaceta Jurídica*, N° 272, 2003, págs. 87 y s.; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano, entre el código de Bello y el Código de Comercio*, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, LexisNexis, 2005, T. I, págs. 611 y s.; MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Teoría de la imprevisión*, en *Revista de Derecho*, U. de Concepción, En.-Jun. 1998, pág. 421; LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Revisión de los contratos por circunstancias sobrevinientes*, U. Central de Chile, 2003. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 208, Jul.-Dic. 2000, págs. 209 y s.; RODRÍQUEZ GREZ, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992; ULLOA MARTÍNEZ, Luis, *Evolución histórica de las bases objetivas de revisión judicial de los contratos (La lesión enorme y la teoría de la imprevisión)*, en *Revista de Derecho*, U. Católica de la Ssma. Concepción, N° 12, 2004, págs. 312 y s.

“Acto u omisión ilegal” en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?

Eduardo Soto Klöss

Profesor de Derecho Administrativo

Decano de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Introducción

Sin duda la innovación más trascendental que introdujo la Constitución de 1980 ha sido el recurso de protección, “una revolución silenciosa”, como yo lo llamara hace más de 20 años,¹ y que creado, en verdad, por el Acta Constitucional N° 3, de 13.9.1976, hace ya 30 años, y anunciado ya en noviembre de 1973 en el primer documento de la llamada Comisión Ortúzar, de reforma constitucional (*Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República* punto 2, inc. final), fue desarrollándose paulatinamente en la década de los años 80 con gran riqueza y amplitud, constituyéndose en una efectiva tutela de los derechos fundamentales.²

Tal como lo formulara el considerando 1° del Acta N° 3, “siendo los derechos del hombre anteriores al Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal”.

Y es que “por muy perfecta que sea una declaración de derechos, estos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección” (consid. 10°).

¹ Vid. nuestro *Diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 83/1986, Primera Parte, Sección Derecho, 157-162.

² Vid. en nuestros *Actas Constitucionales. Antecedentes y textos* (3ª edición). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1978, 9-18; la cita en p. 11 in fine; o en *Ordenamiento constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1980, 9-31; está publicado, también, en la Sesión 18 cit. de la Comisión Ortúzar, 23-33. Dicho documento es de 26.11.1973 y fue remitido por la Comisión de Reforma Constitucional (designada al efecto el 25.10.1973, a la H. Junta de Gobierno, que la instituyó por DS (Justicia) N° 1064/25.10.1973, Diario Oficial de 12.11.1973).

Para ello fue, precisamente, que se estableció en la misma Acta N° 3, art. 2°, el referido “recurso de protección de los derechos humanos en general” (como dice dicho consid. 10°).

Y esta Acta N° 3 en su art. 1° N° 18 introdujo como derecho fundamental, asegurado por el texto constituyente (hoy N° 8 del art. 19 en la Constitución de 1980): “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, agregándose en el mismo inc. 1° que “Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.³

Ha de advertirse que esta Acta N° 3 no contemplaba este N° 18 como derecho amparado por el recurso de protección establecido en su art. 2° inc. 1°.

Fue obra de la Comisión Ortúzar, que preparó el Anteproyecto de Nueva Constitución, ya entre los años 1977 y 1978, la introducción de la protección de este derecho por medio de la acción de amparo general, plasmada en el inc. 2° del art. 20 de la Constitución de 1980. Veamos cómo ocurrió ello.

1. La acción de protección respecto del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación

Hasta la Sesión 412, de 7.9.1978, no aparece que el “derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación” (N° 7 del art. 20 hasta ese momento) fuera amparado por el recurso de protección que se encuentra en el art. 21 del proyecto que está revisando la Comisión Ortúzar (p. 3482).⁴

³ Valga recordar que en la sesión 18 (22.11.1973) ya se planteaba la idea de que “para dar protección al derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin” (p. 6, cursivas nuestras); luego será la sesión 186 (9.3.1976, pp. 4-24) en la que específicamente se tratará el tema al abordarse los derechos y deberes fundamentales, y se consagrará su reconocimiento como “derecho” de las personas, “derecho individual”, “un derecho de las personas individualmente consideradas” (pp. 9-11). Puede ser de interés *Rerequeo, Aída, con Subsecretario de Pesca* (Corte Suprema, 25.2.1999, que confirma fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22.12.1998), el cual señala expresamente “que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, está dirigido a proteger las garantías constitucionales de las personas y no alcanza su ámbito de protección a otros seres vivos, lo que no hace posible impetrar, a través de esta vía, una cautela sobre estos mamíferos marinos” (lobos marinos), consid. 10° (en Gaceta Jurídica N° 224/1999, 113-116; la cita en 115-116).

Vid. a este propósito nuestro *El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial*, en Gaceta Jurídica 151/1993, 22-27.

⁴ Ha de recordarse que en la sesión 215 (26.5.1976), el Presidente Ortúzar planteaba la conveniencia de amparar este derecho por medio del recurso de protección, pero en la discusión de esta proposición (pp. 12-14) se concluyó en su rechazo; de allí que el Acta N° 3/1976 si bien incluyó en su art. 1° un N° 18, reconociendo este derecho, no lo enumeró en su art. 2° inc. 1° como digno de la protección procesal correspondiente.

Es en la Sesión 414, de 27.9.1978 (p. 3515), en donde el Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, "hace presente que (el comisionado) señor Guzmán (Jaime) ha formulado indicación para suprimir el recurso de protección en el caso del medio ambiente, establecido en el inciso segundo del artículo 21".

Sorprende ello si se tiene en cuenta que en la sesión 412, de 7.9.1978, en la cual se inserta el texto del articulado hasta ese momento, el art. 21 no contiene un inc. 2º referido al ambiente (vid. p. 3482).

Así, pues, en la sesión 414 (pp. 3515-3516) se aborda la discusión de si resulta conveniente otorgar la acción de protección a quien sea amenazado, perturbado o privado su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

Intervienen allí los comisionados Guzmán, Bertelsen, Ortúzar y Lorca.

Guzmán piensa que otorgar la acción para proteger este derecho puede llevar a excesos, que pueden ir en desprestigio de este instrumento de garantía de los derechos, como incluso llegar a imputarse a las autoridades el "smog" de Santiago o la existencia de fábricas en el radio urbano. Es asunto más bien de legislación ordinaria que no judicial.

Es Bertelsen quien aclara muy bien el tema al precisar que vivir en un ambiente libre de contaminación configura "un derecho que reviste una doble característica: por una parte, tiene similitud con los llamados derechos sociales, pues se trata de una aspiración general de la colectividad orientada a que el Estado asegure el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado; y por otro lado, posee un carácter más específico referente, de manera directa, a actos de particulares y de autoridades" (p. 3515).

En tal virtud el ciudadano tendría "*expectativas* de que el estado dirija su acción a mejorar la calidad del medio ambiente, y también un *derecho exigible* contra toda persona o autoridad que por actos o hechos imputables directamente a ellos les causen un perjuicio en su derecho" (cursivas nuestras).

De allí que Bertelsen señala que el "smog" de Santiago no puede ser imputado a una persona determinada.

Ortúzar conviene en lo dicho y cree que, sin perjuicio de mejorar la redacción, "pueda interponerse el recurso de protección en esta garantía constitucional, pero a casos perfectamente determinados" (p. 3515).

Guzmán concuerda con el enfoque dado, pero se inclina, si la Comisión cree conveniente aceptar la protección respecto de este derecho en cuanto “sería importante interpretar que los últimos “actos o hechos” no incluyen la omisión de la autoridad, es decir, entender referida la disposición sólo a actos o hechos positivos” (p. 3515). A lo que el comisionado Lorca manifiesta su acuerdo (p. 3516).

Es así que se acuerda mantener la disposición (art. 21 inc. 2°) y se faculta a la Mesa para redactarla en forma más precisa, lo que aparece en el Anexo del mismo Boletín de la sesión 414 (p. 3535), cuyo inciso 2° dice:

“Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 7 del artículo 20, cuando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto o hecho imputable a una autoridad o persona determinada”.

En la sesión 416, de 5.10.1978, el comisionado Bertelsen plantea que “estima perturbadora la referencia en el inciso 2° del artículo 21” a que dicho derecho “sea afectado por un “acto ilegal” (lo que no había sido tratado en la sesión 414), porque según el Capítulo I de la Constitución en proyecto cualquier acto de persona u órgano del Estado contrario a lo que ella establece ya es ilegal” (p. 3597). Y señala que ello es perturbador, porque lo que se ha aprobado es que la “protección proceda por actos que contaminen el medio ambiente y no por omisiones de autoridades que no han actuado para eliminar la contaminación”. De allí que propone eliminar el vocablo ilegal dejándose constancia en el Acta que el recurso no procede por omisión, o bien en vez de acto ilegal utilizar la expresión “acto positivo” (ídem).

Ortúzar explica que se ha agregado ilegal en razón de que la protección (inc. 1° del art. 21) procede en caso de “acto u omisión ilegal”.

Guzmán advierte que en este tema –derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación– “no cabe la arbitrariedad, sino la ilegalidad de los actos” que lo afectan, advirtiendo ante la referencia del art. 21 que habla también de actos u omisiones “arbitrarios o ilegales” (ídem).

Al respecto los comisionados Ortúzar, Carmona y Guzmán discuten sobre lo arbitrario, si cabe o no en este caso, señalando el primero que “acto arbitrario no puede ser imputable a un particular” (ídem). Guzmán propone sustituir “acto ilegal” por “acto positivo” o por “acto contrario a derecho” (ídem).

Ortúzar, finalmente, estima que de aceptarse ello, “se apartaría de la nomenclatura establecida en el inciso primero del artículo 21”, y que no habría

inconveniente en introducir aquello de “contrario a derecho”, “siempre que en él se entiendan comprendidas las ideas de “ilegal” y de “arbitrario”. El “es partidario de decir “acto arbitrario o ilegal”, con lo que se deja en claro que la omisión no es causa procedente para interponer el recurso de protección en esta materia”, aprobándose ello (p. 3598).

Así es como el inciso 2° del ahora art. 20 del texto del Anteproyecto enviado por la Comisión al Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte, el 18.10.1978, aparecerá con el texto siguiente:

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 7 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario o ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Lo que no será observado por el Consejo de Estado, en donde será ya N° 8 y no 7 del artículo 19.⁵

Sabido es que el Decreto Supremo aprobatorio de la Constitución (luego de ser aprobado su texto en plebiscito el 11.9.1980) N° 1.150 de 21.10.1980 (M. del Interior/D. Oficial 24.10.1980), trajo la innovación de expresar “sea afectado por un acto arbitrario e ilegal” (cursivas nuestras), alterándose lo acordado en el texto de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado, e innovando también –como restricción– respecto del inc. 1° del art. 20, que habla de “arbitrarios o ilegales”.

De allí que en mi *El recurso de protección/1981* (hace 25 años)⁶ yo señalaba que el “e” ilegal era tal vez un error tipográfico, ya que antecedente alguno existía para que fueran “copulativos” ambos tipos o formas de contrariedad a derecho,⁷ puesto que lo “ilegal” es de suyo “arbitrario” (desde que no es “razonable” actuar de modo ilegal, antijurídico, contrario a derecho) y lo “arbitrario” es precisamente lo contrario a justicia o razón, o sea, será siempre “ilegal”/antijurídico, ya que a nadie se le atribuyen poderes jurídicos (v.gr. autoridad pública) para que los ejerza a su capricho, sin justificación fáctica o jurídica, y violando los derechos de las personas (arts. 1° inc. 4°, 5° inc. 2°, 6° incs. 1° y 3° y 7° incs. 1° y 3° de la Constitución).

Esto es, no tiene mucho sentido exigir copulativamente lo ilegal y lo arbitrario, y así fue que en la jurisprudencia ni siquiera se encuentran muchos

⁵ Vid. en Revista Chilena de Derecho vol. 8/1981, 435.

⁶ Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1981.

⁷ Página 109, nota 1.

fallos que hagan largas disquisiciones, sino que siendo “ilegal” el acto contaminante se agrega lo de “arbitrario” casi como agregado y sin mayor explicación,⁸ salvo excepciones, sin duda.⁹

Resumiendo, entonces, las ideas centrales que se tuvieron en cuenta al incluir el inc. 2° del art. 20 de la Constitución, debe señalarse que:

1) la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación procede sólo y únicamente tratándose de *actos* contaminantes y jamás omisiones;

2) que esos actos provengan de una persona o autoridad determinada, esto es, específicamente imputable e identificada; y

3) que ese acto deba ser ilegal o arbitrario (o: si se tiene presente que expresamente se quiso guardar la armonía y coherencia con lo señalado en su inciso 1°, que explícitamente refiere a acto u omisión ilegal o arbitrario) y que sin explicación –aunque en el fondo no altera la sustancia– se convirtió en “e”, copulativa.

Y no se olvide que tal como fue incluido en el Acta N° 3/1976, este derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es una *consecuencia o efecto del “derecho a la vida”* que se reconoce a toda persona humana en su N° 1, y a su “integridad física y síquica”, que este numeral especifica y que está *en plena concordancia con el derecho a la protección a la salud humana*, reconocido en su numeral 9°.¹⁰

⁸ Una excepción en *Stutzin y otros con Conama*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 94/1997, 2.5, 199-215, en que se recurriera de protección en contra de una resolución exenta de la Corema Xª Región de Los Lagos que calificara ambientalmente viable el proyecto Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. Si bien se declara “ilegal” la resolución impugnada, no admite el tribunal que haya sido dictada “arbitrariamente”, ya que se adoptó siguiendo la pauta de un Instructivo Presidencial, emitido mientras recibía el proyecto de reglamento de la Ley 19.300 el control de la toma de razón por la Contraloría General de la República.

Curiosamente en un caso semejante, decidido meses antes, se entendió que había en tal situación acto ilegal y arbitrario de Conama; es el caso Trillium con su proyecto “Río Cóndor” en Tierra del Fuego, en que la Corte Suprema acogió la protección; vid. *Horvath y otros*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 94 cit., 2.5, 17-28.

⁹ Como v.gr. *Bórquez Muñoz*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 88/1991, 2.5, 144-159; también *Comité Defensa de la Fauna y Flora*, t. 84/1987, 2.5, 267-273.

Para un recuento de la jurisprudencia vid. R. Bertelsen R., *El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. 15 años de jurisprudencia*, en Revista Chilena de Derecho vol. 25/1998, 139-174; para un recuento de todos los fallos publicados hasta 2003 vid. K Oyarzo Martínez, *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la jurisprudencia de protección 1981/2003* (Tesis). Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2005.

¹⁰ Vid. especialmente Sesión 186 cit. pp. 10-12, observaciones del Sr. Ortúzar, presidente de la Comisión, y del comisionado Sr. Diez.

Y es que se trata de “derechos de las personas”, desde el instante mismo de su concepción y hasta su muerte natural, no de los delfines o las orcas, los ríos, o el plancton marino, la lenga, el alerce o el raulí.

Es en este contexto que aparece la reforma planteada para modificar este inciso 2° del artículo 20 de la Constitución, y que se concretará por la ley 20.050 (art. 1° N° 11/26.8.2005).

2. La reforma de la Ley 20.050, de 26.8.2005

Ya en tiempo atrás se había intentado reformar este inciso 2° del art. 20 a fin de eliminar la cópula “e” entre ilegal y arbitrario, a fin de evitar la discordancia y la doble exigencia, lo que el art. 1° N° 11 de la ley 20.050 hizo al eliminar el término “arbitrario” y la conjunción “e”.¹¹⁻¹²

Pero lo que dicha ley de reforma constitucional además modificó es algo mucho más sustancial, como es haber introducido precisamente lo que el constituyente de 1980 quiso evitar, esto es, que la protección no fuera extendida a las “omisiones”.¹³

Esta ley 20.050 hace procedente respecto del derecho reconocido por el N° 8 del art. 19, el recurso de protección cuando “sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” (cursivas nuestras).

Yo diría que hay aquí una “inepcia” de proporciones, que incluso contraría el significado mismo de lo que es “contaminar”.

¹¹ Respecto de la eliminación de la conjunción copulativa “e” y su sustitución por la disyuntiva “o”, ya en 1990 se había presentado una moción por el diputado Horvath. Con posterioridad, en 1998, otra moción presentada por el mismo parlamentario y otros diputados (“bancada verde”), tuvo el mismo objeto (Boletín 110-07/Senado); las consideraciones y criterios adoptados en la discusión de esas mociones se tuvieron en cuenta durante la discusión en general en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, según se refiere en las pp. 127 ss. de *Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación*. Senado de la República (1ª ed.). 2006.

¹² Se entendió en la discusión de aquel primer trámite constitucional en el Senado que el término “arbitrario” estaba incluido en el de “ilegal”, ya que es una forma o tipo de éste (*Reformas cit.*, 130, dichos de senador Fernández), por lo que resultaba redundante señalar ambos y objeto de equívocos que reducían la procedencia de la protección, lo que se aprueba por unanimidad (p. 131 in fine).

¹³ Fue el senador Fernández quien en dicho primer trámite propuso, a fin de reducir la limitación que la Constitución planteaba a la procedencia de la protección, eliminar la exclusión de las omisiones, para lo cual propuso incluir también las “omisiones ilegales”, proposición que fue aprobada por unanimidad. Esto fue lo que la Comisión resolvió unánimemente formular a la Sala del Senado, siendo discutido en general en noviembre y diciembre del 2001 y 2002, y aprobándose en general el 15.1.2002; discutido en particular fue igualmente aprobado, como “acto u omisión ilegal”, sin que hubiera enmienda en el 2° y 3° trámite. El Congreso Pleno dio su aprobación a esta reforma por 150 votos a favor, 3 en contra y 1 abstención. Vid. *Reformas cit.*, 133-136.

Ya lo explicamos hace 25 años en *El recurso de protección* (p. 106), y que hace imposible no sólo el plantear el recurso de protección, sino que se dé la posibilidad de contaminar por omisión.

Si alguien no fuma, ¿contamina? Si se tiene un equipo de música apagado, ¿contamina? Si una fábrica no trabaja ni está en funciones, ¿contamina? Si hay un paro de micros, ¿contaminan? La omisión, que es no actuar, ¿contamina? ¿Puede ser causa de contaminación la inactividad, la quietud, la inmovilidad, el sosiego, el silencio?

No se requiere ser muy sagaz ni un genio para entender, comprender y saber que contaminar es una *acción*, es un *quehacer*, es una actividad, que implica *un obrar, un acto positivo; es algo de suyo transitivo, que implica movimiento de un agente para producir un hecho, sea querido directamente, o el resultado natural de algo querido. Se contamina por acción, no por omisión, no por inactividad.*

Es lo que resulta del término mismo "contaminar", cuyo sentido natural y obvio es corromper, infectar, manchar, alterar viciando algo, atentar en contra de la pureza de algo, contagiar, ensuciar, viciar, destruir la integridad de algo, lo que sólo y únicamente puede hacerse actuando, obrando, ejecutando, una acción, jamás por una omisión o inactividad.

Ahora bien, una de dos. O carece enteramente de sentido y resulta inoperante el término "omisión" del nuevo inc. 2º, que la ley 20.050 introduce en el art. 20 de la Constitución, o dándole algún efecto al precepto significa que se podrá recurrir de protección cada vez que una autoridad administrativa –y en su contra– no ejerza fiscalización sobre alguien que no cumpla normas del ambiente, o de una municipalidad por no ocuparse del barrido de calles, o de un Serviu por no pavimento de calles dejándolas un tierral o un barrial (cuando llueve), o de un Servicio de Salud o Seremi de Salud por no controlar la emisión de ruidos de una construcción, de una discoteca, o de un centro de recreación v.gr. nocturna, etc.

Si se advierte, por esta modificación, entonces, habrá una vía procesal para accionar en contra de quien contamina a través de un acto, y también otra en contra de quien/autoridad omite la debida fiscalización o control sobre actividades contaminantes. Por la primera vía, la protección, de acogerse la pretensión deducida, llevará una medida proteccional de orden de "cesar en la actuación contaminante"; por la segunda vía, en el caso de "omisión", la medida proteccional consistirá en una orden dirigida a la autoridad recurrida para que actúe ella a fin de controlar debidamente la actividad que

contamina y proceda ella a poner fin a la contaminación por medio de las atribuciones que la ley le haya conferido a tal fin.

En realidad, con muy escasa o nula técnica jurídica, lo que se ha hecho con esta reforma constitucional es otorgar la acción de protección a quien se ve agraviado por la “ausencia de la debida fiscalización” en que incurre una determinada autoridad administrativa –omisión ilegal por violación del deber jurídico que le impone la ley– ante un hecho contaminante, agregándose así esta defensa procesal a la que la Constitución Política de 1980 ha establecido en contra de quien contamina (por acto, obviamente).

Pero no es que la *omisión* contamine, ni que la contaminación provenga de una omisión, sino que ella –inactividad de la autoridad administrativa– agravia al afectado, quien por esa omisión ve amenazado, perturbado o privado su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

¿Era necesaria esta reforma? Si se analiza con rigor el punto, ha de señalarse que aparece enteramente innecesaria, ya que el agravio que pudiera sufrir la víctima ya estaba cubierto frente a la autoridad administrativa que omite su deber jurídico de actuar fiscalizando oportuna y adecuadamente una fuente contaminante ilegal, desde que la propia Constitución ha previsto esa situación en el inciso 1° de su art. 20, como que allí se prevé cualquier *omisión* agravante, sea ilegal o arbitraria, de quienquiera sea. Y los casos de omisión en cuya contra se ha recurrido de protección lo avalan suficientemente, en los más amplios campos de la actividad de la Administración.¹⁴ Debe admitirse, eso sí, que en el tema de la contaminación ambiental esa omisión de fiscalización no ha tenido mayor acogida al plantearse en protección. Cierto es que ahora no habría escapatoria para que los tribunales superiores de justicia conozcan derechamente esas pretensiones, y así no dimitan de su función.

¿Resultará en la práctica?

¿Será por esta vía, acaso, que se obtendrá, por fin, que las autoridades gubernativas cumplan su función y fiscalicen? ¿Será por la vía de la protección –acción constitucional ágil, pronta y eficaz– que se logrará que, obligadas

¹⁴ *Hexagon*, en Gaceta Jurídica 8/1977, 25-26, y Fallos del Mes 221, 53-57; *Roncagliolo Rodríguez*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 80/1983, 2.5, 50-52; *Salas Núñez*, t. 79/1982, 191-194; *Fuller Padilla*, ídem 225-231; *Mutual de Seguridad de la Cámara de la Construcción*, t. 82/1985, 188-192; *Moscoso Ahumada*, t. 84/1987, 47-48; *Lagos Barlari*, ídem 127-134; *Soto Almuna*, t. 85/1988, 50-53; *Sanino Maldini*, t. 95/1998, 49-55; *Corante Jaramillo*, t. 97/2000, 120-124; *Alegría Smith*, t. 98/2001, 256-261; *Trincado Dreyse*, t. 100/2003, 1-5 y varios casos más en nota de p. 2; *Miranda Bravo*, ídem, 102-106; *Droguett Arrizaga*, t. 102/2005 (en prensas).

por el juez, cumplan su deber, y actúen, bajo la sanción penal de desacato si no lo hacen? ¿Será que sólo la judicialización del tema será capaz de lograr la solución a estos problemas ciudadanos?

Sólo el tiempo lo dirá, ya que una vez más aparece como cierto que son los jueces quienes hacen operantes las normas jurídicas; no puede olvidarse que –como decía el Cardenal Luciani (Juan Pablo I)– parafraseándolo, “el texto es un estímulo, no una cómoda poltrona en la cual el juez se siente a reposar; aun si bien hecho, el texto de la ley es cosa muerta, toca al juez darle vida.”¹⁵

¹⁵ *Illustrissimi* (3ª ediz.) Edizioni messaggero. Padova. 1978, 299; en traducción castellana *Ilustrísimos señores* (11ª edic.) Bac. Madrid. 1979, 275. Texto que recuerda la célebre frase de Domingo de Soto (*De iustitia et iure* (1556), libro III, cuest. VI, edición facsimilar de aquella/A. de Portonaris. Salamanca, Instituto de Estudios Políticos (5 vols.). Madrid. 1968, vol. II, 268, col. 1): “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”.

De la adjudicación en los contratos administrativos¹

Iván Aróstica Maldonado

Director del Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Así parece, al fin y al cabo, que entre el acto y el contrato administrativo, como medios de interrelación del Estado con los particulares, a veces –muchas veces– es opción preferible la vía convencional antes que la imposición unilateral.

Conjeturamos que ello es así, porque en el marco de un Estado que debe satisfacer el bien común con pleno respeto a los derechos de las personas (ambas cosas juntas), según ordena la Constitución (art. 1° inciso 4°), resulta más funcional a esos propósitos la lógica “horizontal” de los contratos (proclive a la idea de títulos y derechos), en vez de una –cuando menos áspera– relación “vertical” (autoritaria).

No es que la técnica unilateral se acabe, aun con todo el lastre de privilegios estatistas que se le cuelgan al acto administrativo (presunción de legalidad, obediencia automática, ejecutoriedad con la fuerza, precariedad por invalidación latente, etc.).² Pero como toda acción tiene su reacción, esto mismo tal vez explique el traslado de figuras que antes eran estudiadas como actos administrativos, a la categoría de contratos administrativos. O será por eso que buena parte de la litigación administrativo-contractual se esté derivando progresivamente hacia jueces de equidad, para escapar a la aplicación de una ley que, en cuanto obra del Estado, puede privilegiar al mismo Estado en

¹ Las que siguen fueron notas preparadas especialmente para la charla *Nuevas tendencias en la contratación pública*, impartida con ocasión del seminario “El Abogado frente a la Administración”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (septiembre de 2006).

Que deben entenderse como complemento del criterio que venimos sustentando desde hace años en la materia: *Adjudicaciones*, El Mercurio (Santiago) 4.11.1995 cuerpo A pág. 2; *Licitación pública y derechos de los eferentes: Discrecionalidad y arbitrariedad en la adjudicación de un contrato administrativo*, Informe Constitucional N° 1.798 (24.7.1998) y 1.800 (28.7.1998), y *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) N° 13 (2006) 291-313 (especialmente pág. 310).

² Todos, supuestos “caracteres universales” del acto administrativo que –hagamos el alcance– se extraen de una sobredimensionada lectura del art. 3° inc. 8° de la Ley 19.880, en circunstancias que no se trata ésta de una ley atributiva de “competencias” (prerrogativas de dominación) para la autoridad, sino de un texto relativo solo a la “forma” o procedimiento en que la Administración debe evacuar sus actos. Al respecto, nos remitidos a las varias críticas hechas en la obra colectiva *Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos*, Conferencias Santo Tomás de Aquino (Universidad Santo Tomás) 2003.

desmedro de la paridad convencional. O, quizás por eso, hasta llegue algún día en que se interpele a la Administración, si antes de imponerse, por qué no trató de llegar a un acuerdo con los privados.

Claro que, para arribar al contrato, es norma que antes el interesado sobreviva a la competencia de ofertas que supone su previa licitación. Y –este es el tema– que la intención de contratar no la frustre la misma Administración, ya que a la hora de elegir a su cocontratante ésta gozaría del privilegio más colosal: del incondicionado e incuestionable poder adjudicador.

¿Incondicionado e incuestionable?

LA ADJUDICACIÓN ES UN ACTO REGLADO (El derecho a la igualdad entre los oferentes)

Es que entre los muchos mitos que circulan en Chile está el de suponerle a la Administración un omnímodo “poder discrecional” para adjudicar las licitaciones a cualquier oferta presentada. Adjudicación que, además, por expresar una apreciación de mérito o conveniencia, quedaría librada a la calificación exclusiva de la misma autoridad convocante,³ no siendo posible su impugnación en sede contralora⁴ ni jurisdiccional.⁵

³ Para el rechazo de esta concepción, importada de las doctrinas francesa e italiana y que escinde la legalidad (controlable) del mérito o conveniencia (como área inmune) del acto, por carecer de todo asidero en el régimen positivo chileno, v. Eduardo Soto Kloss, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos (Notas para un mejor entendimiento del problema)*, Revista de Derecho Público (Universidad de Chile) N°s. 43/44 (1988) 117-130. Para su actual abandono en Europa, Tomás-Ramón Fernández, *Alcance del control judicial de las políticas públicas*, Revista Jurídica de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires-LexisNexis) año 2004, 281-296.

⁴ Esta ha sido la postura tradicional de la Contraloría General de la República, manifestada en Dictámenes 16.432 de 1969, 63.785 de 1975, 27.733 de 1983, 5.168 de 1984, 17.622 de 1985, 18.314 de 1991, 28.282 de 1993.

La norma incorporada el año 2002 (Ley 19.817) a su ley orgánica 10.336, en orden a que “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas” (art. 21 B), no tiene el alcance de coartar su misión de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración” que le confía la Constitución (art. 98), por una cuestión de simple jerarquía normativa.

Tal prohibición debe interpretarse de manera absolutamente excepcional, de cara al principio general, inverso, de “control” sobre los actos de la Administración (según ratifica la Ley 18.575 art. 3° inc. 2°), por lo que sólo puede operar tratándose de actuaciones gubernamentales (tales los planes, orientaciones y directivas) inspiradas en móviles puramente políticos. Que no es el caso que nos ocupa, donde se trata de dirimir una licitación pública, con estricta sujeción a la legalidad y cabal respeto a los derechos involucrados.

⁵ Entre varios casos, v. *Corpora*, Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 81 (1984)2.5, 51; *Miranda y Abalos*, Fallos del Mes 338 (1987) 994-995; *Ingeniería y Construcciones*, Gaceta Jurídica 153 (1993) 96-42; *Rojas y Sastre*, FM 427 (1994) 64-71, y *Jiménez Puerta*, La Semana Jurídica 259 (24-30 octubre 2005) 7-8.

Por el contrario, téngase como más cercano a la idea que aquí postulamos el mejor precedente sentado en el caso *Núcleo Paisajismo*, en RDJ 95 (1998)2.5, 156-163.

1. Mito (el de la discrecionalidad e inimpugnabilidad) que se extiende a contracorriente del deber ineludible del Estado de procurar el bien común con la máxima eficacia y eficiencia, lo que en el plano de la contratación pública no puede sino traducirse en la obligación de escoger sólo aquella propuesta más adecuada a ese interés general y, ello, con pleno respeto a los derechos de los interesados, que para el caso de los oferentes preteridos lo es a ejercer el derecho de impugnación o reclamo, todo conforme lo manda así la Constitución (art. 1° inciso 4°) y la Ley 18.575 orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (art. 3° incisos 1° y 2°).

Mito (éste, de la más amplia libertad de elección e irrecurribilidad de la selección) que se propaga sin reparar que texto legal alguno le confiere expresamente a la Administración tal facultad discrecional para optar por cualquier oferta sin ulterior posibilidad de reclamo, de suerte que, por este otro concepto, también se torna inaceptable, al contrariar el principio de legalidad estatuido por la Constitución (art. 7° incisos 1° y 2°). Más todavía al observar los precedentes legales producidos en la materia, como es la ley 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, que lejos de permitirle elegir indiscriminadamente cualquier oferta, compele a la Administración a optar únicamente por la propuesta “más ventajosa” (arts. 6° y 10), que no puede sino ser una sola, y sin perjuicio del derecho de los interesados a deducir “acción de impugnación” ante el Tribunal de Contratación Pública contra el acto de adjudicación que estimen arbitrario o ilegal (art. 24).

2. ¿De dónde, entonces, este sedicente poder “discrecional” e “injusticiable”? Que ni de la ley ni de algún principio general del derecho público chileno, sino que de las propias prácticas administrativas. De las mismas bases de licitación que suelen repetir cláusulas como éstas:

a) que la autoridad “se reserva el derecho” para adjudicar el contrato “a cualquiera de las ofertas planteadas sin expresión de causa”, con el añadido a veces, como para que no suene todo tan chocante, que tal adjudicación puede hacerse dentro de aquellas proposiciones que hayan alcanzado o superado un rango mínimo e indispensable de puntaje, y

b) que contra el acto de adjudicación “no procederá recurso alguno”.

Lo primero, inadmisibles: porque no pasa de ser ésta una autoproclamada facultad, con fuente en meros actos administrativos (que eso son las bases de licitación preparadas por la propia Administración). En circunstancias que –digámoslo de nuevo– los órganos del Estado no pueden, en caso alguno,

“atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes”, según reza el art. 7° inciso 2° de la Carta Fundamental chilena, que por configurar una norma prohibitiva, todo acto en su contravención es nulo y de ningún valor, acorde con el siguiente inciso 3° y el art. 10 del Código Civil.⁶

Lo segundo, todavía más intolerable: porque a la Administración no le es posible clausurar a priori el control completo sobre sus determinaciones, ni puede condicionar la participación en un proceso licitatorio a la renuncia anticipada de derechos esenciales, cuales son el derecho a la acción ante los tribunales y el derecho de petición ante las instancias correspondientes, sin violentar la Constitución (art. 19 N°s. 3 y 14) y el consecuente principio de impugnabilidad de los actos administrativos, sentado por la Ley 18.575 (arts. 2°, 3° inciso 2°, 8° inciso 1° y 10) y varios acuerdos internacionales suscritos por Chile, el Pacto de San José de Costa Rica entre otros (art. 25).⁷

Si el Estado tiene la obligación de propender al bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, como deja a salvo su art. 1° inciso 4°, ello parte por respetar a cabalidad el derecho de acceso a la justicia (y a las demás instancias establecidas para velar por la integridad del ordenamiento jurídico), en tanto se trata de un derecho natural que el Estado no puede jamás negar, al mismo tiempo que de una garantía concebida justamente para reclamar la protección u observancia cabal de todos los demás derechos reconocidos por esa Constitución (la igualdad entre ellos: arts. 1° inciso 1° y 19 N° 2).

3. Así las cosas, si en las licitaciones llamadas por la Administración tiene lugar el derecho “de igualdad ante las bases que rigen el contrato”, tal cual ordena la ley de bases N° 18.575 (art. 9° inciso 2°), o sea, sin posibilidad alguna de que la autoridad pueda “establecer diferencias arbitrarias”, al tenor de la Constitución (art. 19 N° 2 inciso 2°), entonces la definición de cuál es realmente “la mejor oferta” deja de ser –al punto– una cuestión huidiza y maleable.

En efecto, siendo en principio todos los oferentes *iguales*, pero dado que a la postre la Administración tiene que *preferir* a uno solo (en desmedro del resto),

⁶ Si se observa con detención nuestra concreta legislación, puede advertirse que la totalidad de las potestades contractuales conferidas por las leyes a entidades u órganos de la Administración, se detienen en el punto de autorizarlos para pactar determinados acuerdos (competencia específica) o los que estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones (competencia genérica). Que nunca van más allá, al extremo de facultarlos para convenir con cualquier tercero que les plazca, cual si fuesen particulares y no estuviesen comprometidos fines y recursos públicos.

⁷ Cláusula de inmunidad que ahora viene rechazando la Contraloría General en su mejor jurisprudencia (Dictámenes 40.370 de 1999 y 30.669 de 2001). Mucho antes la repudió Eduardo Soto Kloss, en *La fórmula “y en su contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho (notas sobre la tutela jurisdiccional de los administrados)*, GJ 27 (1979) 2-14.

¿cómo hacerlo para no caer en una “diferencia arbitraria” prohibida por la Constitución y la ley?

Pues, comoquiera que el procedimiento concursal, en que consiste toda licitación, presupone una apreciación objetiva e imparcial de las aptitudes, capacidades y méritos de los postulantes, entonces por fuerza aquellas bases que rigen tal proceso deben predeterminar, taxativamente, 1) cuáles son los factores de evaluación a aplicar, 2) la valoración o ponderación que se asigna a cada uno de ellos, y 3) qué incidencia relativa o peso específico van a tener en el conjunto.⁸

De suerte que no hay más manera legítima y racional de romper esa “igualdad” inicial o paridad de oportunidades entre los postulantes, en la disyuntiva de tener que adjudicar el contrato a uno solo, pero sin hacer “diferencias arbitrarias”, que atenerse única, exclusiva y excluyentemente al resultado que haya arrojado la conjugación armónica de tales elementos de calificación previstos en las bases.

4. Que así desaparece cualquier arbitrio, capricho o discreción, pues no hay otra opción posible que adjudicar el contrato a quien haya obtenido el mayor puntaje, sin más trámite ni otra consideración.⁹

Y comoquiera que la calificación de “la mejor oferta” pierde de esta forma su carácter inasible o escurridizo, al venir predeterminada (condicionada) por aquellos elementos objetivos de evaluación prefigurados suficientemente en las bases, por consecuencia carece de todo sustento constitucional y legal, ético incluso, estampar en dichas bases que a la Administración le es dado escoger entre uno cualquiera de los oferentes que hayan alcanzado el umbral de un cierto estándar mínimo de calidad, sea al que obtuvo nota 4 o al que logró nota 7, indistintamente. Porque ello implica desvirtuar todo el procedimiento de licitación, al dar un trato igual a desiguales, lo que no se sostiene en derecho.¹⁰

⁸ Es inmediatamente inconstitucional e ilegal, por ende, que las bases o pliegos de condiciones dejen abierta la posibilidad de considerar “otras circunstancias”, no previstas de antemano, en el secreto de la burocracia, por violentar las normas precitadas, así como el principio de transparencia y publicidad de los actos y los procedimientos administrativos, sentado en la Constitución (art. 8°) y en la Ley 18.575 (art. 13).

⁹ Es esta recta conducta –recordémoslo– la que le ha granjeado a Chile una sólida reputación internacional, no como uno de los países que está a la cabeza, sino como el primero en seguridad jurídica y transparencia. Al menos en lo que hace a la aplicación de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (DFL 900 de 1996), es lo que ha tenido a bien aplaudir un inversionista extranjero: “Por ejemplo, cuando se abren los sobres ya se sabe quién ha ganado: el que ha hecho la mejor oferta”. El Mercurio (Santiago) 23.11.2005 cuerpo B pág. 24.

¹⁰ Este “estándar mínimo” puede constituir un mecanismo aceptable sólo cuando se emplea como requisito de admisibilidad a fin de ser considerado postulante idóneo. De modo que opere como causal automática de eliminación ante ofertas inhábiles, o permita a la autoridad declarar desierto el concurso si, a la postre, ninguno de los oferentes candidatos lo cumple.

El único margen de discrecionalidad de que dispone la Administración se reduce –por tanto– a elegir entre dos o más opciones igualmente válidas y equivalentes; concretamente, entre dos o más postulaciones u ofertas igualmente calificadas con el mismo puntaje, y nada más.

A través de un acto administrativo dirimente del desempate que, por estar encauzado al “interés general”, siempre, en todo caso, exige una decisión “idónea, eficiente y eficaz” en cuanto a su objeto o contenido, amén de “razonable e imparcial” en cuanto a su debido fundamento o explícita motivación, por requerirlo perentoriamente así la Carta (art. 1° inciso 4°) y la Ley 18.575 de bases generales de la Administración (arts. 3° incisos 2° y 53), apuntando justamente a prevenir la comisión de aquellas “diferencias arbitrarias” que rechaza tajante el texto supremo chileno (art. 19 N° 2 inciso 2°).

LA ADJUDICACIÓN ES UN ACTO IMPUGNABLE (El derecho de acceso a la Justicia)

1. En estas condiciones, ahora puede verse más claro cuándo el acto de adjudicación puede ser tenido como ilegal o arbitrario, y susceptible –por ende– de corrección jurídica.

Que será *ilegal*, entre otras hipótesis:

a) si se adjudica el contrato a un tercero que sencillamente no participó en el proceso de selección; o a quien habiendo concurrido, no hizo oferta válida en tiempo y forma; o a un oferente que no satisfizo el puntaje mínimo requerido para ser considerado postulante idóneo, todo por cuanto el concurso no puede sino darse entre las ofertas que han sido efectivamente presentadas y son hábiles para postular, y

b) en las condiciones antes reseñadas, cuando la adjudicación no favorece a “la mejor oferta”, concepto determinado este con sujeción estricta a las bases de licitación y a los elementos de calificación que le son consustanciales.

Que será además *arbitrario*, cuando por ejemplo:

a) en la selección, se han considerado factores ajenos a los elementos de calificación prefijados en las bases, o

b) se ha dirimido entre ofertas equivalentes, pero sin precisos motivos justificantes que den cuenta de una decisión idónea y razonable.

Irregularidades todas que, aunque producidas en o en el curso del procedimiento de selección, más que acusar un vicio de forma,¹¹ revelan la comisión de un vicio de fondo por “incompetencia”. Hemos de reiterarlo, porque incoada una licitación, la Administración no tiene otro poder-deber que adjudicarla a quien haya presentado “la oferta más conveniente o ventajosa” –objetivamente medida con arreglo a las bases– en aras del bien común.

2. Despejado, así, que la determinación de la mejor oferta revierte en una cuestión jurídica (no en un asunto de mérito o conveniencia con connotaciones políticas), y salvado el derecho natural (anterior al Estado), constitucional (art. 19 N° 3) y legal (Ley 18.575, arts. 2°, 3° inciso 21°, 8° inciso 1° y 10) de acceso a la Justicia para reclamar, que es innegable por la Administración e irrenunciable por los particulares, enseguida corresponde precisar que, por estar concebido este derecho a la acción ante los tribunales¹² como un medio-garantía para la protección de los demás derechos asegurados por el ordenamiento jurídico, es condición o requisito de admisibilidad de la impugnación que el reclamante posea un “interés” para recurrir. Conforme a las reglas procesales generales, ha menester que el actor invoque la titularidad de un derecho que tiene o dice tener, y cuya tutela jurisdiccional solicita frente a actos u omisiones ilícitos de la Administración que lo agravian.

Y este es el indubitado derecho a la igualdad ante la autoridad, que detentan directa e inmediatamente los participantes activos en el procedimiento licitatorio concursal, en virtud de haber adquirido la calidad de partes y por el solo ministerio de la Constitución (art. 19 N° 2 inciso 2°) y la Ley 18.575 (art. 9° inciso 2°).¹³

3. Igualdad cuya lesión puede descomponerse en múltiples formas.

Que para el caso del “postulante eliminado” por no reunir los requisitos exigidos en las bases, será el referido derecho, afectado en grado de privación por el acto de marginación que lo deja fuera de concurso, si en realidad satisfacía tales condiciones y la autoridad incurrió en un error a ese respecto. O –con omisión previa– si no se le brindó una razonable oportunidad para corregir su presentación, con miras a poderla comparar en igualdad de condiciones con las demás.

¹¹ Aunque también denotan un defecto de este carácter, por afectar el derecho a un “procedimiento racional y justo” asegurado por la Constitución (art. 19 N° 3 inciso 5°).

¹² Lo mismo que si se reclama ante la Contraloría General, al amparo del derecho de petición, conforme a los arts. 19 N° 14 y 98 de la Constitución.

¹³ Otra situación, distinta, es la del oferente potencial, entendiendo por tal aquel que no pudo acceder a la licitación por no cumplir unos requisitos improcedentes o inconducentes exigidos en las bases. Donde podrá estar comprometido el derecho a participar o a concurrir al llamado, asegurado por la Constitución (art. 1° inciso 5°) y la Ley 18.575 (art. 9° inciso 2°).

Que para el caso del “postulante desestimado” por haber quedado rezagado en la puntuación, será igual derecho, perturbado por el acto de la Administración que ponderó erradamente su cotización, dentro del régimen de evaluación tasada establecido en las bases. O privado por omisión, si la autoridad no le otorgó las mismas oportunidades para competir que sí les dio a otro u otros oferentes.

Que para el caso del “postulante pospuesto” por haberse adjudicado el contrato a otro con menor puntaje, será porque tal acto-omisión lo hace víctima de una discriminación arbitraria, en los términos antes explicados, a más de impedirle adquirir los derechos o créditos que dimanaban del pertinente contrato.

4. Y basada la acción interpuesta en los enunciados motivos de pura juridicidad, a los tribunales les es dable invalidar lo obrado y ordenar retrotraer el procedimiento de licitación al estado de incorporar a aquel “postulante eliminado”, o de ponderar nuevamente la cotización presentada por ese “licitante desestimado”. O, en el caso del ganador del concurso, pero preterido injustamente al momento de la adjudicación, pueden los jueces ordenar asignar el contrato al referido “oferente pospuesto”, por ser lo suyo que en derecho le corresponde como legítimo acreedor.¹⁴

Todo, claro está, a menos que la anulación lesione derechos adquiridos por terceros de buena fe, y –descartada la invalidez– sin perjuicio de las reclamaciones de perjuicios que procedan contra la Administración, por un monto mínimo equivalente a la garantía de seriedad de la oferta que ésta les demandó a los afectados en su oportunidad.

Conclusión

Ciertamente, la majestad del Estado de Derecho, que está presente en cada licitación, exige una acogida desprejuiciada de las ofertas y que no perseveren prácticas clientelistas de reclutamiento contractual.

Y difícilmente puede haber algo más opuesto a tal propósito que ese supuesto poder incontrarrestable e irrecurrible de la Administración para adjudicar, preforma de la corrupción.

¹⁴ Hemos sostenido que a los tribunales no les es dable escuchar ni compartir “otras explicaciones” de la Administración para justificar sus actos, que no se basen exclusivamente en los hechos o antecedentes establecidos y dados por acreditados en el curso del previo procedimiento administrativo (Ley 19.880, arts. 16, 18 inc. 3°, 34 y 41). Justamente, porque esa es la única instancia u oportunidad que posee la autoridad para recabar los antecedentes que han de servir de fundamento a sus decisiones, no siendo lícito ni admisible que a posteriori pueda invocar otros hechos nuevos, cuando tales actos son reclamados en sede judicial.

Por eso el derecho público chileno no le concede expresamente tan inmoderada facultad a ningún órgano estatal. Es más, la niega en redondo: cuando ordena tratar a los oferentes con "igualdad", tramitar los concursos con sujeción estricta a las bases y afinarlos con exención de cualquier "diferencia arbitraria", es porque nuestro ordenamiento jurídico prohíbe entregar el contrato a otra que no sea "la mejor oferta" hábil, esto es, a aquella calificada con mayor puntaje a resultas de aplicar los criterios objetivos de selección o medición previstos y tasados en las mismas bases de licitación.

Postergar, entonces, a tal legítimo ganador, negarle la adjudicación del contrato por consideraciones discrecionales o ajenas a las bases, implica la comisión de un acto arbitrario e ilegal, inconstitucional si se quiere, cuya nulidad puede siempre reclamarse ante la instancia judicial correspondiente.

Si no es así, ¿para qué entonces todas las invocadas normas de resguardo? ¿Dónde estaría la diferencia sustancial entre un trato directo, precedido de un simple pedido de cotizaciones, como para cumplir con la "formalidad", y una genuina y transparente licitación?¹⁵

¹⁵ O "hecha la ley, hecha la trampa": como muchos inversionistas serios se abstienen de participar en estas licitaciones donde las bases reservan al Estado la facultad antojadiza de adjudicar el contrato a "cualquiera" de los oponentes, y por eso los concursos se quedan "sin interesados", he ahí urdida la "excepción" que sirve de excusa a la autoridad para asignar el contrato por "trato directo". Este es el costo (corrupción y peores contratos) de consentir el acusado poder adjudicatorio discrecional, que termina desvirtuando el propósito de la Ley 18.575 (art. 9°), de que los contratos administrativos se celebren previa licitación pública (léase en condiciones transparentes de igualdad y exentas de toda diferencia arbitraria) y, sólo concurriendo genuinas circunstancias de excepción, por licitación privada o trato directo.

Ley de responsabilidad penal juvenil

Héctor Oberg Yáñez

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Aspectos generales del procedimiento por infracción de la ley penal

1. Se ha incorporado en esta obra, aun cuando no tiene una relación directa, lo relativo al procedimiento a seguir para el caso en que un adolescente incurra en un ilícito penal, considerando que en alguna medida o en ciertos casos podría ser necesaria la intervención de un juez de familia en la solución de un conflicto.

Ha sido la Ley N° 20.084, de 7 de diciembre del 2005, creadora de un estatuto especial para regular la responsabilidad penal de los adolescentes, la que ha incorporado un nuevo párrafo al Título IV de la Ley N° 19.668 de Tribunales de Familia, y que se denomina Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia, a través del cual se harán efectivas sus disposiciones. Es del caso advertir que este nuevo párrafo tiene vigencia desde la publicación de dicha ley, toda vez que el art. 1° transitorio lo exceptúa de la vigencia retardada que en general se contempla para ella.

Al mismo tiempo, se introducen en el art. 8° de la ley de los tribunales familiares algunas adecuaciones para guardar la correspondiente armonía con el resto del articulado de aquella ley penal juvenil.

Como cuestión previa al examen de este procedimiento particular, debe tenerse presente que la Ley N° 20.084 “regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”. (art. 1° inc. 1°), agregando que “la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal” (art. 27 inc. 1°).

Además, la referida ley requiere de la actividad de una justicia especializada. En efecto, los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deben estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley (art. 29 inc. 1°). En otras palabras, todos aquellos que deban intervenir en estas causas necesitarán reunir calidades y cualidades extraordinarias para poder entender y comprender y ayudar a este delincuente juvenil. Igual capacitación se demanda para los miembros de las instituciones policiales (art. 30 RPA).

Hay que tener presente, en todo caso, que si bien la propia ley de responsabilidad penal juvenil alude sólo al adolescente, y éste es “todo ser humano desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad” (art. 16 inc. 3° JF y art. 3° inc. 1° RPA),¹ sigue aplicándose la Convención sobre los Derechos del Niño, pues ésta en su art. 1° indica que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”, sin distinguir si es niño, niña o adolescente, como lo hace nuestra ley.

Asimismo, esta ley especial va más allá de toda lógica, al prescribir que los comités de jueces de los tribunales de garantía y orales en lo penal deben considerar, en el procedimiento objetivo y general de distribución de causas, la radicación e integración preferente de quienes cuentan con esta capacitación (art. 29 inc. 3°). Con tal norma es evidente que el procedimiento en cuestión deja de ser objetivo y general, evidenciándose una distorsión total en la distribución de las causas al considerar sólo la persona del menor delincuente y no la persona del juez, para quien resulta a la postre una sanción al asignársele una mayor carga de trabajo por estar mejor preparado.

¹ JF: Juzgados de Familia
RPA: Ley Responsabilidad Penal del Adolescente.

No obstante, y excepcionalmente, todo fiscal, defensor o juez con competencia en materias criminales va a estar habilitado para intervenir en tales asuntos, si por circunstancias derivadas del sistema de distribución del trabajo fuera necesario (art. 29 inc. 2° RPA). Considerando nuestra realidad, y así lo ha demostrado la práctica, esta norma de excepción pasará a ser la regla general. Más aún cuando el art. 47 C del COT faculta a las Cortes de Apelaciones para ordenar a uno o más jueces de los tribunales orales en lo penal se aboquen "en forma exclusiva al conocimiento de las infracciones de los adolescente a la ley penal, en calidad de jueces de garantía, cuando el mejor servicio judicial así lo exigiere". Brillante solución, se desviste a un santo para vestir a otro. Se crea y establece un tribunal por la simple voluntad de otro tribunal, aun cuando éste tenga el carácter de superior, e incluso rebajando la jerarquía del llamado a asumir tales tareas.

Ahora bien, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relacionadas con los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores, se debe tener en consideración el interés superior de éstos, que se manifiesta en el reconocimiento y respeto de sus derechos. Por consiguiente al aplicar esta ley de responsabilidad penal juvenil las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (art. 2° inc. 2°).

El campo de aplicación de esta ley se extiende a quienes al momento en que se dió principio de ejecución del delito sean mayores de catorce años y menores de dieciocho años, que son considerados adolescente para los efectos de la ley (art. 3° inc. 1°). La terminología empleada en este inciso difiere de la señalada en el art. 16 de la Ley de los Juzgados de Familia, pues allí se expresa que se es adolescente "desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad", siendo más precisa esta última, aun cuando por la especialidad habrá que estarse a la primera.

Se coloca la ley (art. 3° inc. 2°) en el caso que el delito se inició entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolonga en el tiempo más allá de los dieciocho años, situación en la cual se le aplicará la ley que rija para los imputados mayores de edad. Por su parte, al tenor del art. 56 de la ley, si el imputado por una infracción a la ley penal cumpliera dieciocho años durante la tramitación del procedimiento, va a continuar sometido a esta ley hasta el término de éste. La edad del imputado, si surgen dudas sobre ella, va a ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas prevenidas en el Código Civil en su Libro I Título XVII, que se refiere a las pruebas del estado civil (arts. 304 al 320).

Hay también en el Título Preliminar de la ley en referencia, una regla especial para delitos sexuales (art. 4°), que inhibe el ejercicio de la acción penal respecto de ciertos delitos previstos en el Código Penal (arts. 362, 363, 366 bis y 366 quater) cuando ellos se ejecutan en determinadas condiciones.

Por último, se da una regla especial (art. 5°) para la prescripción. En efecto, para la acción penal y la pena ésta es de dos años, excepto tratándose de crímenes y de faltas, en que la prescripción será de cinco años y de seis meses respectivamente.

2. Del procedimiento

Contempla la ley dos procedimientos: Uno de ellos regulado en el Título II, comprensivo de los arts. 27 al 41, y que tendrá aplicación cuando se trate de la investigación y juzgamiento por infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, en que rigen las normas de esta ley y supletoriamente el articulado del Código Procesal Penal; y otro, constituido por el procedimiento contravencional a seguir ante los Tribunales de Familia, que se incorpora como párrafo 4° del Título IV de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia.

2.1 Procedimiento por infracción a la ley penal

Como lo dijéramos ya, este tipo procedimental se rige por las normas de esta Ley N° 20.084, y supletoriamente por las disposiciones del Código Procesal Penal, advirtiendo que si el Ministerio Público requiere una pena no privativa de libertad tendrán que aplicarse las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, que está regulado en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal (art. 27).

Contempla la ley la posibilidad de que a una misma persona se le impute una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo ya mayor de edad, caso en el cual la investigación y juzgamiento de tales hechos se va a regir por las normas del Código Procesal Penal que se aplican a los imputados mayores de edad (art. 28 inc. 1°).

Es posible también que en un mismo procedimiento se investigue la participación punible de personas mayores y de menores de edad, situación a la cual se aplicará lo prescrito en los arts. 185 y 274 del Código Procesal Penal. No obstante, si se dispuso la sustanciación conjunta de los procesos (sic), tienen que cumplirse respecto del menor aquellas normas que son aplicables al juzgamiento de los adolescentes y que se contienen en esta ley (art. 28 inc. 2°).

De esta infracción a la ley penal por parte de un adolescente podrá tomar conocimiento la autoridad competente por denuncia, por querrela o de oficio por el Ministerio Público (art. 172 CPP), y así iniciar la investigación de un hecho que reviste los caracteres de delito. Con todo, la primera audiencia que se realice y a la cual debe comparecer el imputado es menester que se notifique a sus padres o a la persona que lo tenga bajo su cuidado, quienes si están presentes en la audiencia podrán intervenir si el juez lo estima necesario (art. 36). Téngase presente, entonces, que el procedimiento investigatorio puede llevarse a cabo sin que sea necesario la presencia de estas personas, las que van a ser notificadas en el evento de celebrarse la primera audiencia, la que en la práctica será la de control de la detención o la de formalización. Basta el mero hecho de la notificación, siendo prescindible su concurrencia a tal audiencia.

En este tipo de procedimiento, tratándose especialmente de una infracción flagrante que se imputa a este delincuente juvenil, y en la medida que lo solicite el fiscal, es aplicable plenamente lo dispuesto por el art. 235 del CPC, que alude a la celebración de un juicio inmediato, que se solicita en la audiencia de formalización de la investigación, dándose las condiciones que allí se contemplan. Sin embargo, y sólo por razones fundadas que el fiscal debe indicar en su petición, el juez de garantía podrá autorizar la realización de diligencias concretas y determinadas para la investigación de esta infracción flagrante, las que no pueden exceder de sesenta días. Este derecho también lo puede ejercitar la defensa del imputado (art. 37).

Sufre alteración esta investigación en lo relativo al cierre de la misma. En efecto, se establece (art. 38) que transcurrido el plazo máximo de seis meses contado desde la fecha de la formalización, el fiscal procederá a cerrarla, a menos que el juez le hubiese fijado un plazo inferior. Empero, antes del vencimiento de cualquiera de estos plazos, el fiscal fundadamente podrá solicitar su ampliación por un máximo de dos meses. En lo demás, regirán las disposiciones del Código Procesal Penal.

Si se sigue el procedimiento regular y se llega a la etapa del juicio oral, éste debe tener lugar no antes de quince ni después de los treinta días siguientes a la notificación del auto de apertura del juicio oral. Advierte el legislador que el juicio en ningún caso puede interrumpirse o suspenderse por un término superior a setenta y dos horas (art. 39). No se especifica en esta ley una sanción para el caso de incumplirse con esta obligación, pero podría aplicarse lo prescrito en el art. 160 CPP, esto es, que "se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". En otras palabras, se podrá impetrar

una nulidad procesal por parte del imputado, dado que se dan en la especie los requisitos de los arts. 159 y 162 del C. Procesal Penal, e incluso, si fuese el caso, interponer un recurso de nulidad basado en los arts. 372, 373 letra a), 374 d) del mismo Código.

Si se dictare sentencia condenatoria contra el imputado, tendrá lugar necesariamente la audiencia a que se refiere el art. 343 inciso final del CPP, y en ella el tribunal podrá requerir la opinión de peritos (art. 40). Aplicándose sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, y concurriendo antecedentes favorables que permitan hacer desaconsejable su imposición, el juez –debió decir el tribunal– podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses.

Transcurrido este término y si el imputado (sic) –lo adecuado sería condenado– no ha sido objeto de un nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia, y en su reemplazo sobreseerá definitivamente la causa. En todo caso, lo anotado es sin perjuicio de decretar en su oportunidad la suspensión condicional del procedimiento, si fuera del caso. Asimismo, la suspensión que pueda disponerse conforme a esta ley no afecta a la responsabilidad civil derivada del delito.

2.2. Medidas cautelares personales

Existe una regla de carácter general (art. 33) según la cual en ningún caso el juez podrá dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

Por otra parte, los fiscales para hacer uso del principio de oportunidad a que se refiere el art. 170 del CPC, tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado, y para aplicar esta norma se tendrá como base lo prescrito en el art. 21 de esta ley (art. 35). Pues bien, según esta disposición hay que entender que la pena asignada al delito cometido por el menor delincuente es la inferior en un grado al mínimo de lo establecido por la ley para el ilícito de que se trata. Como si lo anotado no fuere suficiente, existe además un límite máximo para las penas privativas de libertad que se impongan a los adolescentes, las que no pueden exceder de cinco años si el hechor tiene menos de 16 años, o de 10 años si tuviere más de esa edad (art. 18). Agreguemos que el art. 26 prescribe que “la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso”, añadiéndose que “en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”. Insistiendo en el carácter excepcional de la privación de libertad, el art. 47 manifiesta que: “Las sanciones privativas

de libertad que contempla esta ley son de carácter excepcional. Sólo podrán aplicarse en los casos previstos en ella y siempre como último recurso”.

Cuando los agentes policiales procedan a detener a menores de dieciocho años y mayores de catorce que fueren sorprendidos in fraganti en la comisión de un delito, deberán poner a estos menores a disposición del juez de garantía, de preferencia de manera inmediata, en un plazo que no podrá exceder en caso alguno de 12 horas, y si se da lugar a la ampliación del plazo de detención conforme al art. 132 del CPP, dicha detención solo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata esta ley de responsabilidad penal juvenil.

La detención que se disponga se regulará por el párrafo 3° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal (arts. 122 y siguientes), sin perjuicio de lo previsto en el art. 31 de esta ley.

Con todo, si el hecho imputado al menor es uno de los señalados en el art. 124 del CPP, esto es, faltas o delitos no sancionados con penas privativas o restrictivas de libertad, Carabineros –no se contempla a la Policía de Investigaciones– limitará su actuación a citar al infractor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el art. 26 del CPP (art. 31 inciso final).

La medida cautelar de internación provisoria en un centro cerrado sólo procederá tratándose de la imputación de crímenes, y en la medida que los objetivos señalados en el art. 155 inc. 1° del CPP no pueden ser alcanzados por la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales (art. 32).

Por otra parte, si el adolescente imputado está sujeto a una medida de internación provisoria, el juez en casos calificados podrá concederle permiso para salir durante el día, siempre que con ello no vulnere los objetivos de la medida, adoptando al efecto las providencias que estime conveniente (art. 34). El texto es similar al art. 150 inc. 5° del CPP, y con el ejercicio de esta facultad en el hecho se hace ilusoria esta cautelar.

Si un menor de catorce años es sorprendido en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes de policía deben ejercer todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicos y, a la vez, proteger a la víctima en amparo de sus derechos. Cumplidos tales propósitos, la autoridad que corresponda debe poner al niño a disposición del tribunal de familia, para que éste procure su adecuada protección, pero si se trata de infracciones de menor entidad puede entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y (sic) –es

copulativo– personas que lo tengan a su cuidado. Si ello no es posible, lo entregará a un adulto que se haga responsable de él, prefiriéndose a aquellos con quienes tenga una relación de parentesco, debiendo informar en todo caso al tribunal de familia competente (art. 58).

Este menor puede ser interrogado por el fiscal en calidad de testigo, para lo cual se estará a las normas generales que regulan la materia (art. 58 inciso final).

Sobre el particular cabe la siguiente observación: el artículo en cuestión –art. 58– alude al caso del menor de 14 años y por su parte el art. 3º, como ya se dijo, aplica la ley a los “mayores de catorce...”. Luego, aquel menor que se encuentra con 14 años cumplidos y mientras no exceda de ella, está en tierra de nadie. Se vuelve a la inimputabilidad e impunidad. Situación que debe considerarse pese a lo prescrito en el inc. 2º del citado art. 3º, que se refiere a un aspecto muy especial en la ejecución de un delito, al establecer que si al delito se le da principio de ejecución por el imputado y éste tiene “entre los catorce y dieciocho años...”. Vale decir, para los fines que menciona este artículo se considera la edad de 14 años como la inicial a tener en cuenta para llegar a determinar la responsabilidad penal, lo que se contrapone con lo indicado en el inc. 1º del art. 3º.

Esta ley en forma expresa señala lo que ella denomina “principio de separación”, que se traduce en que las personas privadas de libertad por aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad (art. 48 inc. 1º).

2.3. Derechos y garantías de la ejecución (art. 49)

Tratándose de adolescentes sometidos a una medida privativa de libertad, tienen los siguientes derechos:

- 1) Recibir visitas periódicas, en forma directa y personal, al menos una vez a la semana;
- 2) A la integridad e intimidad personal;
- 3) Acceder a servicios educativos, y
- 4) A la privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados.

Estos son los derechos que la ley enuncia en forma específica para los adolescentes sujetos a una medida privativa de libertad. Sin embargo, estimamos que también pueden hacerseles aplicables a éstos algunos de los derechos que se establecen en la ejecución de sanciones, como:

- a) Ser tratado de una manera que fortalezca su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social;
- b) Ser informado de sus derechos y deberes con relación a las personas e instituciones que lo tengan bajo su responsabilidad;
- c) Conocer las normas que regulan el régimen interno de las instituciones y los programas a que se encuentre sometido, especialmente en lo relativo a las causales que puedan dar origen a sanciones disciplinarias en su contra.
- d) Presentar peticiones ante cualquier autoridad competente de acuerdo a la naturaleza de la petición, obtener una respuesta pronta, solicitar la revisión de su medida en conformidad a la ley y denunciar la amenaza o violación de alguno de sus derechos ante el juez.

Así se cumplirían en mejor forma los anhelos protectores del legislador para este infractor de la ley penal, como eufemísticamente se llama a este delincuente juvenil en esta ley de responsabilidad penal.

Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y la expansión del derecho penal¹

Eduardo Novoa Aldunate

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El poder sancionador del Estado, que se expresa a través de su facultad exclusiva y excluyente de sancionar con penas y medidas de seguridad los delitos, se legitima en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho bajo fundamentos político-criminales derivados de su necesidad irremplazable para asegurar la paz social y el pleno desarrollo social y humano de sus ciudadanos.

El sistema de control social que es el derecho penal –control a través de la prevención o contención del delito– y que supone la más grave restricción de los derechos más esenciales de los ciudadanos –su libertad, su honra y en algunos casos su vida– encuentra su origen en el concepto liberal del Pacto Social donde esa restricción es legítima –y por tanto admisible– en la medida que sea estrictamente indispensable para proteger los derechos y las libertades de todos. Estos derechos y libertades se expresan en los bienes jurídicos, que son intereses individuales o sociales a los cuales el derecho resuelve proteger mediante la aplicación de una pena o medida de seguridad en caso de su daño o puesta en peligro.

Las sanciones penales son de un gran impacto en el seno de la sociedad, pues aparte de configurar injerencias graves en la libertad individual de los ciudadanos, tienen un marcado sesgo estigmatizador del condenado y conducen a descalificaciones y marginaciones sociales que no son aceptables en un Estado de Derecho que tienda a la integración de todos sus miembros y a evitar la discriminación.²

¹ El tema fue parte de una clase de Postítulo en Actualización de Derecho Penal Sustantivo, impartida por su autor en octubre de 2006.

² Klaus Roxin: “¿Tiene Futuro el Derecho Penal?” Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Revista del Poder Judicial N° 49, 1998, p. 374.

De tales características de drasticidad y dureza del control penal se originan los límites a la potestad punitiva del Estado, los que poseen un fundamento político y constitucional a la vez que un fundamento funcional: la necesidad del derecho penal para proteger bienes jurídicos a través de la prevención general y especial que cumple la sanción penal.³

1. El más característico y fundamental principio limitador es el **Principio de Legalidad**, nacido al alero de la Ilustración como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídicas para el ciudadano, que hoy tiene entre nosotros una clara acogida constitucional en el art. 19 N° 3 de la CPE: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"; se recepciona de este modo el aforismo del "*Nullum crimen nulla poena sine lege*" de Feuerbach, cuya ampliación garantista, elaborada por Reinhardt Maurach, añade las nociones de ley "*praevia, scripta y stricta*".

El principio se extiende, según la doctrina actual, a las medidas de seguridad, por su indudable contenido de aflicción y de limitación de la persona y derechos de quienes las soportan. Como es de suponer, hoy día presenta dificultades frente a tal principio, el empleo, muchas veces difundido más allá de lo necesario, de las leyes penales en blanco, de los elementos normativos del tipo y de los tipos penales abiertos.

Del enunciado actual del principio se infiere también, aparte de su función de determinación a través de la tipicidad, la característica de "irretroactividad" que posee la ley penal, que se extiende también al ámbito procesal y jurisdiccional y cuya recepción también está en la CPE:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada antes de su perpetración a menos que la nueva ley favorezca al afectado".

El principio de legalidad cumple también una función de "seguridad psicológica" en la sociedad, en cuanto le permite al ciudadano saber cuáles son los hechos concretos que se encuentran prohibidos y la pena determinada que se asocia a su infracción, en la confianza de que no será perseguido si respeta las normas de convivencia.

Cumple asimismo un rol garantista decisivo el **Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos**, llamado también de **Lesividad**, según el cual

³ Diego-Manuel Luzon Peña: *Curso de Derecho Penal*, Parte General I, Editorial Universitas S.A. 1996, pp. 75 y ss.

el derecho penal debe intervenir sólo ante la lesión o amenaza inmediata o próxima para concretos bienes jurídicos, descartando la posibilidad de castigar conductas de mera desobediencia, de simple desviación moral o de mera marginalidad por la conducción de vida de los ciudadanos, que no afecten a bienes jurídicos.

Es decir, el principio de "lesividad" supone que debe existir un concreto daño a los individuos o a la sociedad para castigar la conducta, que es disvaliosa justamente porque lesiona o amenaza intereses jurídicos fundamentales para una convivencia social sana y pacífica. A este respecto hay que tener presente que hoy se considera que sólo pueden tener la calidad de bienes jurídicos "aquellos intereses que de una forma empírica se demuestre que pueden ser dañados".⁴ De allí, como veremos, el reparo que se hace al uso generalizado y difundido, en ciertos ámbitos, de los delitos de peligro, en especial los de peligro abstracto.

De lo dicho se desprende que recurrir a algo tan doloroso y grave para el ciudadano como la sanción penal, frente a conductas que no atacan bienes jurídicos, sería innecesario y contraproducente y, por tanto, ineficaz, pues la regulación de la conducta desviada debe en tal caso entregarse, en forma más provechosa, a otros sectores del sistema de control del Estado.⁵

Este principio ha conducido a iniciativas desincriminadoras, por ejemplo en el ámbito sexual (la sodomía consentida entre adultos), o despenalizadoras (el adulterio), a la vez que a la incorporación de nuevas figuras tutelares de bienes jurídicos de nuevo cuño, de carácter, muchos de ellos, supraindividual, como son los que dicen relación con el medio ambiente, la ingeniería genética o las infracciones informáticas.

Vinculado al anterior está el **Principio de Eficacia o Idoneidad**, que se refleja en la prevención de Max Ernesto Mayer al exigir que el bien jurídico fuese "merecedor, necesitado y capaz" de protección penal. Según esto, el derecho penal solo debe intervenir cuando sea adecuado y eficaz para la prevención especial y general del delito. Esto significa que debe el Estado renunciar a su empleo cuando, conforme a un diagnóstico político-criminal serio, sea inoperante, contraproducente o inadecuado para prevenir el delito, ya que entonces supondría un mal injustificado, en cuyo caso habrá que dejar paso a otra reacción más eficaz.⁶

⁴ Jaime Náquira y Roberto Salim-Hanna: "Derecho Penal Económico: Origen, Contenido y Límites", en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año IX, N° 9, p. 119.

⁵ Luzón Peña, op. cit., p. 82.

⁶ Luzón Peña, op. cit., pp. 84-85.

Hay penas ineficaces por su nulo o muy reducido efecto preventivo, como las penas cortas de prisión que no permiten el tratamiento rehabilitador, la pena de muerte y la penas perpetuas, que tampoco tienen un efecto disuasivo claro ni su supresión ha evidenciado un aumento de delitos graves, delitos con una “cifra negra” excepcionalmente alta, como ocurre con el aborto en Chile, donde la pena –al no tener efectos preventivos generales comprobables– se fundamenta, más bien, en criterios meramente retributivos.

El **Principio de Culpabilidad** señala que la noción de culpabilidad, como componente subjetivo del hecho punible es, al decir de Klaus Roxin, “el fundamento y la medida de la pena”;⁷ en otros términos, no hay pena sin culpabilidad y la pena ha de ser siempre proporcional al grado de reproche que pueda hacerse al autor, lo cual lleva, en al derecho penal actual, a rechazar los supuestos de responsabilidad objetiva, a la calificación por el resultado y al “*versari in re illicita*”.

Lo dicho hace que no puedan sancionarse por igual, salvo casos muy justificados por la peculiaridad de la infracción, la comisión imprudente y la comisión dolosa de un hecho y, más aún, desconocer la regla de política criminal generalmente aceptada de que los hechos culposos deben castigarse solo excepcionalmente, cuando la gravedad del daño causado lo haga necesario. Por otro lado, implica que la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales, pues el fundamento de la pena es siempre y necesariamente el reproche de culpabilidad que se hace al sujeto activo por no haberse comportado, pudiendo hacerlo, conforme al deber normativo, lo que lleva a excluir de este ámbito a las personas jurídicas y a las empresas, para lo cual, como veremos, se ha ideado en la doctrina española el recurso a una “tercera vía” de sanciones adecuadas a su naturaleza.

El Principio de **Exclusiva Responsabilidad Personal** posee dos facetas: se debe responder por hechos propios y no por hechos ajenos en los que ninguna influencia ni responsabilidad (concebido como dominio o control) posea el sujeto y, en segundo lugar, el injusto típico requiere necesariamente de una ejecución o colaboración personal de un imputable que se concreta en la exigencia de autoría y participación.

El principio limitador más directamente vinculado –y comprometido– con el fenómeno de la expansión del derecho penal actual es el de **Subsidiariedad**, **Intervención Mínima** y el **carácter Fragmentario** del derecho penal.

Es este principio básico de política criminal el que permite hablar, cuando no se respeta, de un “abuso” del poder punitivo por parte del Estado. La interven-

⁷ Klaus Roxin: *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A. 1997, p. 814.

ción mínima o "*ultima ratio*" indica que las penas y las medidas de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad frente al delito, ya que a menudo los intereses sociales y bienes jurídicos individuales pueden recibir adecuada tutela a través de mecanismos distintos del derecho penal y menos lesivos, duros y afflictivos para la libertad y dignidad de las personas y que, además, son más eficaces para esa protección, como es el recurso a sanciones del derecho privado (reembolso por enriquecimiento injusto y reparación de daños y perjuicios) o del derecho público, como el derecho administrativo sancionador (multas, clausuras, privación de concesiones, etc.) Debe existir una renuncia a emplear recursos de carácter penal si igual o mejor resultado, en términos de prevención, puede lograrse con sanciones más suaves que las penales.⁸

Cuando ninguno de esos otros medios normativos sea suficiente para asegurar la paz social, quedará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad, lo que demuestra la naturaleza "*subsidiaria*" del derecho penal. El carácter "*fragmentario*" del sistema penal significa que no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las figuras lesivas a los mismos, sino solo los ataques más graves e intolerables a los intereses sociales o personales más importantes. Así, no todos los ataques a la propiedad o los daños voluntarios al patrimonio ajeno son delito, sino solo la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta de los bienes que lo componen. Hoy esta connotación fragmentaria del derecho penal se reputa como una característica del Estado de Derecho respetuoso de la libertad del ciudadano.⁹

Como ha observado Klaus Roxin, el principio de mínima intervención debe tener en el Estado Social y Democrático de Derecho una dimensión positiva tendiente a tomar, para evitar "la huida al derecho penal", todas las medidas jurídicas y político-sociales posibles para prevenir los delitos sin tener que acudir al derecho penal.¹⁰

El abandono de estos principios limitadores del derecho a castigar del Estado –prefiriéndose la amenaza de la pena y las medidas de seguridad a otros recursos– es sin duda el camino más cómodo y menos gravoso para el Estado, pues lo exime de tener que asumir vías alternativas de prevención del delito o de implementar políticas claras dirigidas a su evitación o disminución, que muchas veces requieren de gastos en infraestructura que el Estado es renuente a adoptar.

⁸ Santiago Mir Puig: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Editorial B de F, 2003, pp. 109-113.

⁹ Mir Puig, op. cit., p. 110.

¹⁰ Citado por Luzón Peña, op. indicada, p. 83.

El fenómeno de la expansión del derecho penal

El minimalismo en derecho penal, asociado a posturas liberales o ultraliberales como la Escuela de Frankfurt, cuyo denominador común es defender un enfoque restrictivo en su aplicación propugnando un derecho penal básico o nuclear que aborde tan sólo las conductas atentatorias en contra de bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, con las máximas garantías de determinación en la ley, exigencias de imputación objetiva y subjetiva y estricta tutela procesal y jurisdiccional, ha ido poco a poco perdiendo terreno frente a un derecho penal cuya tendencia dominante es introducir nuevos tipos penales y la agravación de los existentes (lo contrario a una despenalización), reinterpretando las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y adjetivo. Esto marca lo que se ha dado en llamar la “expansión del derecho penal”, fenómeno de las sociedades postindustriales y de la globalización de comienzos del siglo XXI.¹¹

La diferencia del derecho penal clásico frente al nuevo derecho penal, llamado también derecho penal de la seguridad o del control global, es que éste protege más bienes jurídicos y distintos y además los protege antes, esto es, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Sus rasgos centrales generales consideran, además, la flexibilización de las reglas de imputación y de los principios político-criminales de garantía.

Se observa una “antinomía” entre el principio de intervención mínima o de subsidiaridad y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, en que existe en la “mass media” ciudadana una sensación subjetiva de inseguridad que lleva a que reclamen del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad en la forma de “sensación” o “impresión” de seguridad.

A veces la expansión se presenta, según observa Silva Sánchez,¹² como el producto de una especie de “perversidad” del aparato estatal que busca en el fácil recurso a la legislación penal una solución fácil (y más económica) a los problemas sociales que debieran ser abordados por el sistema de administración estatal con políticas públicas distintas del recurso punitivo.

Se señalan como causas de la expansión anotada:

1. El surgimiento de nuevos intereses o bienes jurídicos de protección, que pueden llegar a incidir en la salud o en las condiciones de existencia del género

¹¹ Jesús María Silva Sánchez: *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, 2006, p. 4.

¹² Silva, op. cit., pp. 5-6.

humano, como el medio ambiente, la biodiversidad, la energía nuclear y otros. Existen conductas antes reguladas por el derecho administrativo sancionatorio que experimentan un endurecimiento en su regulación, anticipando barreras de punibilidad, como el derecho penal económico. Además, se dan ciertas formas de delincuencia que trae aparejada la globalización y que tienen carácter transnacional, como el tráfico de estupefacientes y de armas, el lavado de dinero a gran escala, el crimen organizado, la ciberdelincuencia y el terrorismo.¹³

Muchos de esos nuevos intereses son, como dijimos, supraindividuales y poseen un carácter colectivo difuso e impreciso, a diferencia de aquellos del derecho penal nuclear tradicional que están referidos a sujetos concretos en sus bienes personales (vida, salud, libertad, honor, patrimonio). Se tiende en algunos a sustituir la protección concreta de bienes jurídicos, por la protección de instituciones o de modelos de organización social, castigándose “la perturbación del funcionamiento del sistema o de su organización normativa”.¹⁴

2. La aparición de nuevos riesgos de procedencia humana, como fenómeno social estructural: las decisiones y actuaciones de los individuos importan riesgos superiores al límite conveniente, que provienen de la tecnología o del progreso técnico, lo que hace variar los criterios de imputación objetiva. La sociedad entonces se orienta a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgadas, incrementando “los riesgos desaprobados”.¹⁵

La sociedad del riesgo institucionaliza la sensación social de inseguridad; de allí el recurso cada vez más extendido a crear tipos de peligro, con preferencia los de peligro abstracto y la exasperación de los delitos improprios de omisión. El derecho penal ya no está orientado a la protección bienes jurídicos reales (desvirtuando la premisa de que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos bienes que “de una forma empíricamente demostrable pueden ser dañados”), sino a conseguir fines políticos más amplios, como es satisfacer la necesidad de intervención y de respuesta producto de la inseguridad real o ficticia de los ciudadanos. Hay una tendencia a usar los delitos de peligro como un mecanismo de sustitución de los delitos imprudentes, cuya estructura les privaría de la aptitud de cumplir adecuadamente la función de asegurar las expectativas sociales de seguridad de los ciudadanos. Esto lleva a adelantar las barreras de intervención penal en las conductas imprudentes, con la sanción generalizada de la infracción de deberes de cuidado no seguidas de un efectivo perjuicio para el bien jurídico.¹⁶

¹³ Blanca Mendoza Buergo: *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 26.

¹⁴ Gunther Jakobs: *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

¹⁵ Silva, op. cit., pp. 34-44.

¹⁶ Silva, op. cit., pp. 45-46.

Con esto se busca transmitir el mensaje de que la “mera aceptación del riesgo” es ya reprobada por el derecho penal.

3. La “sociedad del miedo”, con su sensación social de inseguridad: la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos, asumiendo los medios de comunicación la vía a través de la cual se expresa “la indignación y la cólera social”. Eso hace que frente a movimientos de restricción del derecho penal aparezcan demandas de ampliación del recurso penal que ponga fin a “la angustia” derivada de la inseguridad.¹⁷

4. La mayoría social se identifica con la víctima del delito: entonces la aplicación de la pena cumple una “función simbólica” de manifestar la solidaridad del grupo social con la víctima.

Las ideas detrás de la expansión pueden conducir a que el derecho penal sea tomado como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de sociabilización o incluso de civilización, lo que aparte de constituir una infracción absurda del principio de *ultima ratio*, es una carga que el derecho penal no puede sobrellevar. El que la colectividad se perciba a sí misma como víctima, conduce a una animadversión con los elementos garantistas característicos del derecho penal tradicional: el trato con valores como la verdad y la justicia y la articulación de estos a través de procedimientos formales, son interpretados como obstáculos que se oponen a la solución real de los problemas (principio de culpabilidad, presunción de inocencia, debido proceso y jurisdiccionalidad). Se ponen además en entredicho y “pierden precisión y fijeza” los principios dogmáticos generales como la relación de causalidad, el dolo y la imprudencia, la autoría y la participación, la distinción entre formas consumadas y el principio de ejecución (e incluso los actos preparatorios) y el mandato de determinación del injusto penal.¹⁸

Esto se traduce en que el derecho penal deja de ser la “barrera infranqueable de la política criminal”, según expresión de Von Litz, y pasa a ser el brazo alargado de la misma; con ello pierde el derecho penal su función de garantía de la libertad para transformarse en elemento de intervención flexible del Estado.

A este respecto hay que tener presente que la criminalidad de la globalización es “organizada estructuralmente”, lo que aumenta su peligrosidad, a la vez que es una “criminalidad” no de sujetos marginales, sino de entes poderosos

¹⁷ Ver Mendoza, op. cit., pp. 30 y ss.

¹⁸ Silva, op. cit., pp. 46 y ss.

cuyo impacto en la sociedad se caracteriza por la magnitud de sus efectos económicos, políticos y sociales y su capacidad para perturbar los mercados, corromper funcionarios y gobernantes y, en definitiva, desestabilizar la estructura social, lo que naturalmente hace racional extender hacia esta realidad el control punitivo del derecho penal (vr. gr. atentados ecológicos de grandes empresas, adulteración masiva de medicamentos y alimentos, graves perjuicios para la transparencia de los mercados que derivan de una operación importante de abuso de información privilegiada).¹⁹

De otro lado, la inflación penal derivada de la expansión ha llevado a la doctrina a acuñar el término “delito acumulativo”, donde se elimina la exigencia del vínculo causal entre la conducta prohibida y sus efectos para el bien jurídico, pues en ellos la conducta individual se sanciona penalmente aun cuando no sea lesiva para el bien jurídico, si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta sea realizada por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí termine por lesionar el bien jurídico (los vertidos contaminantes de una empresa no ponen de ordinario en peligro el equilibrio de los sistemas naturales; sí lo hace la generalización de vertidos, pues la sumatoria tiene un efecto lesivo inadmisibles para el ecosistema).²⁰

Otra manifestación de la extensión del derecho penal se da con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tradicionalmente rechazada en razón a que la base del sistema de responsabilidad penal descansa en el dolo y la culpa personal, que solo puede darse en las personas individuales.

Hoy día se habla de una “tercera vía” de sanción del derecho penal (aparte de la pena y las medidas de seguridad) aplicable a las personas jurídicas y empresas para las que se reservan consecuencias accesorias a la responsabilidad penal individual de la persona natural que intervino en el hecho punible, las que tienen naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva, como las que contempla el art. 129 del C. Penal español (suspensión de actividades, disolución de la persona jurídica, clausura temporal o definitiva, intervención de la empresa, entre otras).

Las medidas se fundamentan en la idea de la peligrosidad de la organización, que no siendo capaz de delinquir, es peligrosa para el orden jurídico, pues favorece la comisión de delitos a las personas físicas que las utilizan o se valen de ellas desde puestos de administración. Lo “peligroso” es entonces el “instrumento” usado por los personalmente responsables.²¹

¹⁹ Silva, op. cit., p. 91.

²⁰ Ver Silva, op. cit., pp. 143 y ss.

²¹ Santiago Mir Puig: “Una Tercera Vía en Materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-01-2004, pp. 4 y ss.

Hay quienes piensan que ante la progresiva expansión del derecho penal no cabe una vuelta atrás a un derecho penal liberal ceñido a la protección de bienes altamente personales, con sujeción estricta a los principios de garantía. Como alternativa se propone que la mayor parte del fenómeno expansivo se reconduzca al derecho administrativo sancionador.

Tradicionalmente se distinguió entre un ilícito penal y un ilícito administrativo, cuya diferencia estaba en que el primero implica una lesión éticamente reprochable a un bien jurídico y el segundo sería un acto de desobediencia éticamente neutro. Luego se sostuvo que la diferencia entre ambos ilícitos es solo cualitativa, teniendo el ilícito administrativo un menor contenido de injusto.

En la doctrina española surge actualmente la idea de que la diferencia está en la finalidad que persiguen ambas disciplinas: el derecho penal protege bienes jurídicos concretos y sigue criterios de lesividad, peligrosidad y de imputación individual de un injusto propio, en tanto que el derecho administrativo busca ordenar de un modo general sectores de actividad, por lo que no tendría que seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta ni ser tan estricto en la imputación, en la persecución penal y en la observancia del principio de legalidad.

En concepto de Silva Sánchez²² el problema de la expansión debe matizarse, ya que la dificultad no radica tanto en la "inflación" del derecho penal en general, sino, específicamente, en la expansión del derecho penal "de la pena privativa de libertad", que es la que en verdad debe ser contenida. Cabría de este modo admitir una cierta flexibilización de la vigencia de las reglas de imputación personal y los principios garantistas, si son impuestas sanciones menos intensas que las penas tradicionales y, desde luego, si se prescinde de las penas corporales privativas de libertad a favor de la imposición de penas pecuniarias, privativas o suspensivas de derechos y de reparación penal.

Se habla entonces de un derecho penal de "dos velocidades": un derecho penal nuclear, donde se mantienen las penas de prisión de larga duración y subsisten inalterados los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad, y un derecho penal expansivo, donde se flexibilizan las garantías de imputación y político-criminales, a condición de que las sanciones no sean penas privativas de libertad. Esta necesidad de una configuración dualista del derecho penal se dice que es necesaria, pues no es realista pensar que la sociedad actual de la globalización, del riesgo y la seguridad va a admitir un derecho penal orientado al paradigma del derecho penal mínimo. El derecho penal expansivo se postula reservarlo especialmente para la represión del delito contra el orden público económico.

²² Silva, op. cit., pp. 178 y ss.

Conclusiones

Es importante fijar las condiciones de protección legítima de la seguridad a través del derecho penal. Las soluciones adecuadas solo pueden provenir de reconocer y respetar cabalmente el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal en la solución de los conflictos sociales, lo que obliga a recurrir a otras ramas del orden jurídico frente a la lesión o peligro de los intereses tutelados, pues es éste, en principio, el medio legítimo para procurar seguridad. Debe entonces fomentarse, *prima ratio*, el recurso racional a otras vías de regulación que no sea la penal y la utilización de esta última aceptarla solo como un recurso excepcional, cuando todos los demás fallen o sean inadecuados como medios de control social.

No nos parece claro que la solución deba venir por la disociación del derecho penal en dos sectores independientes separados en función de la utilización o no de la pena privativa de libertad y con reglas de atribución de responsabilidad distintas: con sujeción a todas las garantías en el primer caso y con más flexibilidad en el segundo. El derecho penal tiene una identidad propia, es *per se* un derecho eminentemente sancionatorio; incriminar un comportamiento supone insertarlo en la rama que ocupa la cúspide de las más graves reacciones punitivas, por lo que la reacción debe estar revestida de las máximas garantías para no dañar, más allá de lo estrictamente necesario, la libertad de los ciudadanos.²³

Es la "cualidad" de la sanción penal lo que determina el establecimiento y respeto de ciertos principios y límites, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados y la entidad de la pena. Una vez tomada la decisión de que una conducta debe ser regulada por el derecho penal, el hecho no puede ir a parar a un "derecho penal de segunda clase", de naturaleza y características inciertas y poco delimitadas, donde el autor es imputado siguiendo reglas menos exigentes y garantistas que en el "derecho penal de primera clase", más aun si se puede acabar entrando por la puerta de atrás en el sector de las penas de prisión, por vía del arresto sustitutivo por no pago de la multa.²⁴ Una prudente política de despenalización, acompañada de los controles preventivos adecuados de otras instancias, puede ser más conforme con los principios limitadores vistos y más funcional y eficaz a la larga que una intervención penal hipertrofiada.

La postura que nos parece más razonable en una sociedad organizada como Estado Social y Democrático de Derecho, garante de los derechos y la libertad de sus ciudadanos, es ser consecuente con la realización práctica del carácter

²³ Mendoza, op. cit., pp. 181 y ss.

²⁴ Ver recensión crítica a la obra de Silva Sánchez, "La Expansión..." de Patricia Laurenzo Copello, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 12 (2003), pp. 441 y ss.

fragmentario y subsidiario del derecho penal. Se trata de no forzar al derecho penal a cumplir una función de *máxima ratio*, ni de pedagogía social, ni de tareas civilizadoras en el seno de la sociedad, lo cual no solo es ajeno a su naturaleza propia, sino que implica exigencias, tendencias o transformaciones no conciliables con el sistema basado en categorías dogmáticas racionales y coherentes con los principios limitadores del *ius puniendi* con que iniciamos este estudio.

Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario

Carlos Bustos Díaz

Abogado

Embajador (R) Servicio Exterior

Fue Cónsul General de Chile en Bolivia

y Embajador en Dinamarca, India, Venezuela y Sudáfrica.

Durante 7 años Presidente de Comisión Chilena de Límites.

Al iniciar este análisis, quisiera enfatizar que las opiniones que expresaré a continuación no representan en ningún sentido puntos de vista del Ministerio de Relaciones Exteriores, del que –incluyendo las funciones de Cónsul General en Bolivia– fui funcionario durante cuarenta y un años, y al que he seguido en parte vinculado como profesor de la Academia Diplomática “Andrés Bello”.

Lo que estamos presentando es un ejercicio académico, exclusivamente inspirado en la consideración de fuentes públicas.

Expresado lo anterior, cabe señalar que Bolivia siempre ha constituido un factor importante y una prioridad para la política exterior de Chile. Lo fue en los primeros años de nuestra vida independiente y sigue siéndolo ahora.

Un objetivo principal de la política exterior de nuestro país –en gobiernos de las más distintas orientaciones– ha sido tradicionalmente buscar y mantener un alto nivel en lo que se conoce como la “relación vecinal”.

En gran medida, el eje de la relación bilateral con Bolivia ha estado en el mar.

No tiene sentido, en el año 2006, polemizar sobre si es efectivo o no lo es que Bolivia, o en ese entonces Charcas, tuvo mar durante la época colonial. Lo anterior, sin desconocer que el tema es importante, no desde un punto de vista jurídico, pero sí desde el ángulo de la verdad histórica.

Lo cierto, en todo caso, es que Bolivia nunca prestó algún grado importante de atención o interés a las áreas costeras, incluyendo aquellas situadas entre el paralelo 24° y el río Loa que le fueron reconocidas en los tratados suscritos con Chile en 1866 y 1874.

No es fácil hacer un análisis de la situación actual sin entrar a recordar, por lo menos en sus líneas generales, la larga historia de desencuentros que han separado a Chile y Bolivia.

En la época de la emancipación –Chile en 1810 y Bolivia en 1825– el esfuerzo principal de los nuevos Estados se orientó a la lucha por la independencia y su consolidación. Sólo años después empezaron a plantearse discrepancias o diferendos territoriales.

Inicialmente había surgido una especie de acuerdo tácito en el sentido de que los países hispanoamericanos respetarían el llamado *uti possidetis* de 1810. Es decir, que los nuevos Estados tendrían los mismos límites que poseían las antiguas divisiones administrativas españolas de las cuales habían emanado.

Parecía fácil enunciar esas ideas, pero resultó difícil o imposible aplicarlas en el terreno.

El diferendo se planteó durante el decenio de Manuel Bulnes, cuando Chile declaró de propiedad nacional las guaneras que existen en el litoral del Desierto de Atacama, sin pensar que pudiera estar afectando derechos de un vecino. Se inició un debate diplomático en el que, desde un comienzo, se apreció que el concepto que cada país tenía de sus límites coloniales era inconciliable con el que sostenía el otro.

Los Estados –por lo anterior, y tal como ocurrió en otros sectores de sus fronteras y de otros países– abandonaron a poco andar las discusiones sobre títulos históricos, jurídicos y diplomáticos y prefirieron esforzarse por alcanzar arreglos transaccionales que permitieran superar las discrepancias y entrar en etapas de entendimiento y cooperación.

Este proceso inicialmente se manejó en forma positiva entre Chile y Bolivia y ello llevó a concretar los entendimientos territoriales de 1866 y 1874, que podrían haber tenido vigencia hasta ahora. En 1866 se acordó el límite internacional en el paralelo 24° de latitud sur, algunos kilómetros al sur de Antofagasta. Este límite fue ratificado en 1874.

Se había buscado una transacción con elevado sentido americanista.

El gobierno boliviano del General Hilarión Daza violó el tratado de 1874 y esa circunstancia, unida a la existencia de un pacto de alianza secreta con el Perú, suscrito seis años antes, y a la esperanza de que adhiriera Argentina, fue la causa inmediata y directa de la Guerra del Pacífico.

El gobierno boliviano de la época fue imprudente. Si no lo hubiera sido, Bolivia seguiría gozando hoy de soberanía en el litoral entre el paralelo 24 ° y el río Loa.

Perú jamás habría tenido problemas con Chile, ya que no existía ningún diferendo o cuestión que pudiera precipitar un conflicto. Objetivos geopolíticos de Lima, que se resistía a perder el liderazgo en el Pacífico Sur, fueron un antecedente importante de la guerra.

Los días previos al conflicto se caracterizaron por la forma poco cristalina, por decir lo menos, en que La Paz y Lima manejaron la situación. Mucho se ha escrito sobre el tratado secreto de alianza suscrito por Bolivia y el Perú, en 1873, y sobre los esfuerzos que hicieron los aliados para obtener la adhesión de Argentina, posibilidad que en un momento estuvo muy cercana.

Cuando Chile procuraba evitar la guerra y proponía llegar a un arbitraje o a otro medio de solución pacífica de controversias, el Perú enviaba a un representante a Santiago a ofrecer la mediación de su gobierno. Paralelamente, se insistía en buscar la participación argentina en el conflicto que era inminente. Diversos estudiosos sostienen que como estímulo Bolivia y Perú habrían ofrecido al gobierno argentino todo el territorio ubicado entre la región de Antofagasta y las cercanías del puerto de Caldera –entre los paralelos 24 y 27– si se unía en esta especie de “guerra santa” contra Chile.

Trascendencia del Tratado de 1904

Cabe destacar que no existe entre Chile y Bolivia ningún tipo de diferendo limítrofe pendiente. Todas las cuestiones vinculadas con límites quedaron definitivamente resueltas en el Tratado de Paz y Amistad de 1904 e instrumentos complementarios.

Sin embargo, todavía no se ha logrado restañar las heridas derivadas del conflicto y se reviven y multiplican sentimientos y debates sobre lo que fue, lo que pudo haber sido y –en una lamentable medida– sobre lo que no fue.

Se han creado y fortalecido mitos que hacen aun más difícil encontrar caminos de reconciliación y cooperación.

Se han creado y fortalecido leyendas sobre una supuesta guerra de agresión por parte de Chile en 1879, sobre una paz impuesta por la fuerza, sobre el aserto de que el subdesarrollo de Bolivia tiene su origen en la falta de acceso soberano al mar, sobre la posibilidad de que nuestras discrepancias con Bolivia pongan en peligro la paz del continente o por lo menos de la región y muchas otras.

Se han planteado y fortalecido discrepancias donde no debiera haberlas y se ha concientizado a un pueblo, el boliviano, cuyos grados de ilustración son muy dispares, en una actitud de odiosidad hacia Chile que no hace fácil avanzar en algún camino de acercamiento.

La queja boliviana ha sido tan prolongada e insistente que en algunos momentos parece haber impresionado a algunos de nuestros compatriotas, llevando a que surjan opiniones –incluso en altos niveles de la vida política o académica– que parecen mostrar un injustificado complejo de culpa en algunos sectores nacionales en relación con Bolivia.

Lo cierto es que Chile no puede ni debe tener ningún complejo de culpa.

Jurídica, histórica y diplomáticamente Chile no tiene deuda de ninguna especie con Bolivia, salvo las obligaciones que emanan del instrumento bilateral de 1904 y de diversos otros acuerdos suscritos con posterioridad y que cubren los más diversos ámbitos de la relación bilateral, tales como tránsito de personas, funcionamiento de los FF.CC., comercio, extradición, complementación económica, mantenimiento de hitos fronterizos, integración física, oleoducto, intercambio cultural, etc. Todo ello, además de las obligaciones generales que emanan del derecho internacional.

El principal objetivo de un gobierno chileno –una deuda con nosotros mismos y con las generaciones que vendrán– debería ser procurar, en lo vecinal, vivir en el futuro un clima más distendido y desde ese punto de vista pienso que Chile debería hacer esfuerzos para buscar algún entendimiento razonable con Bolivia, siempre que ese acercamiento tenga las compensaciones que sean del caso.

No hay que desconocer que importantes objetivos que se ha trazado nuestro país pueden verse afectados por una mala situación vecinal.

Teniendo presente lo anterior, mi convicción ha sido siempre que Chile debe reforzar, y en cierta medida priorizar, entre sus objetivos internacionales un fortalecimiento de sus vínculos con Bolivia, junto a una profundización de su amistad con el Perú. Sin dejar de reconocer que los escenarios no son fáciles.

Además, para tener éxito, es esencial que se sumen con igual espíritu constructivo y realista los gobiernos de La Paz y Lima.

Concentrándonos en lo relacionado con Chile y Bolivia, creo que el esfuerzo que ambos países hagan debería desarrollarse en un ambiente de armonía y respeto mutuo. Asimismo, que las fórmulas que se barajen sean esencialmente realistas.

El Tratado de 1904 –como decíamos– no está en discusión. Por lo demás, la propia Bolivia no discute su vigencia ni su obligatoriedad jurídica, además de que no pretende la devolución del territorio cuya pérdida se confirmó en ese instrumento.

En el siglo XXI no debiera haber polémicas respecto de que se trata de un instrumento firmado con absoluta libertad por Bolivia. Los testimonios de los propios bolivianos indican que ese país obró sin presiones de ninguna especie. Además, que renunció al mar priorizando otros intereses que en el momento sus gobernantes estimaron prioritarios.

Si dispusiéramos de tiempo, podríamos citar múltiples testimonios bolivianos del más alto nivel, incluyendo al firmante por ese país del tratado de 1904, para aseverar que Bolivia actuó en ese entonces impulsada por el interés en obtener facilidades que jamás establecería por su cuenta, para sacar sus productos al mundo a través de los puertos que siempre había utilizado, en especial Arica, que fue peruano, es chileno y nunca fue boliviano.

Hay que señalar que contemporáneamente incluso el ex Canciller y ex Cónsul General en Chile, Gustavo Fernández, el gran triunfador de la Asamblea de la OEA de 1979, en una reciente obra que se titula “Bolivia en el laberinto de la globalización”, insiste en que el interés fundamental de Bolivia en ese entonces era asegurar las mejores condiciones para sacar sus minerales y otros productos por la vía marítima.

Para la Bolivia de comienzos del siglo XX la facilitación de la salida de sus minerales parecía ser más urgente y prioritaria que el litoral. Estudios hechos por bolivianos muestran que entre 1895 y 1900 el 11% de la producción minera boliviana estaba representado por el estaño. Según las mismas fuentes, ese porcentaje subió al 55% entre 1900 y 1905, la época en que se negoció y se firmó el tratado.

Esta necesidad comercial se vio reforzada por el hecho de que Bolivia dejó de soñar con escenarios de conflicto chileno-argentino cuando Santiago y Bue-

nos Aires firmaron los Pactos de Mayo de 1902 y cuando se tranquilizaron los espíritus a consecuencia del fallo británico de ese año.

Félix Avelino Aramayo, miembro de una de las grandes familias de mineros bolivianos, vino en 1902 a Chile, pese a que su función oficial era la de representante de Bolivia en Londres, en busca de un acuerdo de paz que consagrara facilidades y compensaciones, sin seguir insistiendo en un puerto propio.

Los elementos de juicio de que disponen los investigadores permiten comprobar fehacientemente que las versiones sobre la presión y la fuerza que supuestamente habría utilizado Chile no tienen ningún fundamento histórico y son subproductos de las leyendas y los mitos hilvanados con posterioridad.

Si Chile hubiera querido presionar, lo habría hecho mucho antes, a partir del momento en que las fuerzas bolivianas abandonaron la guerra antes de la toma de Arica o habría impuesto un tratado de paz, y no de tregua, en 1884.

Otros mitos son igualmente imposibles de fundamentar.

El propio ex Presidente Paz Estenssoro afirmó que es “pueril” y “tendencioso” atribuir el subdesarrollo de Bolivia a su mediterraneidad.

Parece imposible en el siglo XXI –si queremos ser objetivos– soñar con modificar las interpretaciones históricas que existen en cada país sobre el pasado.

En algún momento, sin embargo, hay que echarse al hombro el pasado. Los conflictos, aun los más dolorosos, tienen que tener un fin.

El pasado ya no nos pertenece. Corresponde, pues, aprovechar el presente, que sí nos pertenece. La responsabilidad de los gobernantes es grande. Seguir exacerbando las pasiones no conduce a nada y, por añadidura, dificulta la búsqueda de objetivos razonables, realistas y posibles.

¿Cómo se puede avanzar por un camino realista y viable?

Chile tradicionalmente ha planteado que uno de los objetivos prioritarios de su política exterior es buscar mantener el mejor nivel posible en lo que se refiere a sus relaciones con los países vecinos.

Desde el año 1990 –como expresión de este anhelo permanente– se habían venido dando entre Chile y Bolivia pasos positivos e importantes encamina-

dos a dejar atrás escenarios de enfrentamiento y construir un ambiente de cooperación y entendimiento. El diálogo entre Jefes de Estado y Cancilleres se hizo ágil y positivo. Otros sectores nacionales concurrieron a fortalecer un enfoque optimista. Se abrieron foros que eran impensables, como las consultas periódicas de los Viceministros de Relaciones Exteriores, el Acuerdo de Complementación Económica, como la solución exitosa a través de la Comisión Mixta de Límites de algunos problemas que existían en determinados puntos de la frontera, como la profundización de la integración física, la constitución y trabajo del Comité de Fronteras, el inicio de la negociación de un TLC, etc.

Chile y Bolivia han establecido un conjunto de acuerdos en este ámbito. En Santa Cruz de la Sierra, el 29 de enero de 2001, con la participación de los Ministros de Economía, de Obras Públicas y de Planificación, y las Cancillerías, más representantes regionales, se efectuó una importante Reunión de Integración y Desarrollo que abordó todos los temas de la integración física, concretándose un plan de trabajo integral sobre infraestructura, corredores bioceánicos, proyectos conjuntos en minería, interconexiones energéticas y cooperación sobre los recursos hídricos, entre otros temas. Fue la primera oportunidad en que Bolivia planteó el interés por exportar gas natural a través de un puerto chileno.

Paralelamente, se acordó impulsar decididamente negociaciones tendientes a suscribir un Tratado de Libre Comercio, un Tratado de Complementación e Integración Minera y un Tratado relativo a la Concesión, Administración y Explotación de Recursos Hídricos Compartidos.

Más tarde se concordó una vasta agenda de cooperación en las áreas de recursos hídricos, energía, minería, silvo-agropecuaria, integración física y caminera, comité de frontera y educación.

El camino recorrido entre 1990 y los importantes entendimientos de los Cancilleres Valdés, de Chile, y Murillo, de Bolivia, en una de las tantas cumbres efectuadas en Algarve, Portugal, permitieron que los dos países concordaran en una "agenda sin exclusiones". Este compromiso –claramente favorable para Bolivia– fue suscrito en las postrimerías de la administración Frei Ruiz Tagle y fue confirmado por la administración Lagos y por el actual gobierno.

Se recorrió un camino que parecía promisorio con Banzer, Quiroga y Sánchez de Lozada. Con Mesa hubo un notorio retroceso y momentos de particular enfriamiento, como en la Cumbre de Monterrey, en que los Presidentes Lagos y Mesa tuvieron tensos debates que no condujeron a nada.

Las controvertidas negociaciones sobre una eventual salida de gas boliviano por territorio chileno, que podrían haber llegado a entendimientos muy favorables para Bolivia, se desbarataron como consecuencia de las violentas manifestaciones que estremecieron a Bolivia en octubre de 2003 y derribaron a Sánchez de Lozada.

Un observador señalaba que “el gas natural estaba llamado a ser la puerta que conduciría a Bolivia a días mejores”. Lo cierto es que los propios bolivianos dieron un portazo y le pusieron doble llave y candado, perjudicando irreflexivamente sus propios intereses.

Bolivia una vez más prefirió desconocer realidades que son innegables, para fortalecer leyendas que no corresponden a la realidad.

Las autoridades bolivianas han sostenido que hay que buscar acercamientos con “visión de futuro”, utilizando criterios propios del siglo XXI.

En los últimos años, se han intentado diversas formas de diálogo, lo que se ha dificultado por los cambios que ha habido en Bolivia. Cabe recordar que en el siglo XXI han ocupado la Primera Magistratura de la nación vecina el general Banzer, el Presidente interino señor Quiroga, el Presidente Sánchez de Lozada, el Presidente Mesa, el Presidente de la Corte Suprema, mandatario provisional, señor Rodríguez, y el actual mandatario Evo Morales, quien asumió con un amplio respaldo y mandato popular.

Ha habido momentos tensos y momentos de mayor acercamiento. Como en el interinato de Rodríguez, en que estudiosos bolivianos sostienen que Chile habría replanteado ofrecimientos importantes a Bolivia, incluyendo la posibilidad de cesión de soberanía al norte de Arica.

Volviendo a la “visión de futuro”, nadie podría dejar de coincidir en la conveniencia de recurrir a ella, siempre que nos pongamos de acuerdo en cuál es, en este caso, la “visión de futuro” que realmente necesitamos.

Hace años vemos que los países europeos, pioneros en cooperación y progreso, dan cada día menos importancia a aspectos de soberanía a cambio de mayor integración y crecimiento. ¿Es esa la visión moderna del siglo XXI?

¿Qué habría pasado en Europa si los países estuvieran aún discutiendo las secuelas de sus conflictos bélicos del siglo XIX? ¿Lo que hizo o no hizo Bismarck? ¿Las acciones de los ejércitos británicos, y sus secuelas, en diversas regiones del mundo, durante el período de la reina Victoria?

En algún momento hay que tratar de distinguir entre las necesidades que son reales y los postulados que responden exclusivamente a sentimientos o actitudes psicológicas más que centenariamente estimuladas.

Mi pensamiento está dirigido a examinar caminos –confiando que los haya– que pudieran permitirnos avanzar en la superación de las desinteligencias y en la adopción de mecanismos que nos acerquen a Bolivia.

En una segunda fase, creo que es bueno pensar en un futuro de cooperación que vincule, especialmente, a Bolivia, al Norte chileno y al Sur del Perú.

Debe haber, a mi juicio, realismo y objetividad, unidos a una adecuada “voluntad política” que sea lo suficientemente fuerte como para no verse afectada por las coyunturas domésticas del momento.

Las experiencias reafirman la impresión de que si un proceso de diálogo no es adecuadamente planificado o preparado, puede plantear riesgos obviamente no buscados, ya que la falta de progresos naturalmente exacerba sentimientos nacionalistas en algunos sectores bolivianos y produce frustración en determinados ambientes chilenos: ¿será el momento? ¿es lo que queremos o necesitamos? ¿qué nos puede satisfacer? ¿qué es esencial y qué es accesorio? ¿qué responde a necesidades reales y qué peticiones se fundan en situaciones más bien psicológicas?

Con igual claridad, además, podría decirse que es muy difícil que se llegue a entendimientos que satisfagan –o aplaquen adecuadamente– las expectativas y sentimientos de tan diversa índole que se han venido generando en torno al tema en Bolivia. Como lo reconocen los propios bolivianos, hay en ese país confusión en torno a los objetivos que realistamente podrían buscarse y en torno al cómo y al cuándo, en lo que se refiere al logro de esos objetivos. Los bolivianos han elaborado infinidad de teorías. Se ha hablado de reivindicacionismo, de reintegracionismo, de gradualismo, de practicismo, de soberanía plena, semiplena, funcional, de “soberanía perforada”, a algunos les interesa un “puerto”, otros prefieren recibir un “litoral”, etc.

Es claro, en todo caso, que los ojos de Bolivia han estado siempre puestos en Arica y no en las áreas que se le reconocieron en 1866 y 1874.

No han coincidido los propios bolivianos en especificar qué les daría satisfacción, en qué están dispuestos a ceder, qué están dispuestos a entregar, etc. Ahora se plantea volver al corredor al norte de Arica, ¿qué piensan los sectores que consideraban sacrílega e insuficiente la idea y que la atacaron con violencia?

Los caminos son complejos, porque en Bolivia el sentimentalismo ha prevalecido sobre la razón de Estado y sus hombres públicos no han podido o no han querido contrariar las corrientes populares dominantes que, por lo demás, ellos mismos han creado.

El pleno y total acceso de Bolivia al mar está garantizado por el derecho de libre tránsito por el territorio chileno, otorgado por nuestro país en virtud del Tratado de Paz y Amistad de 1904, obviamente susceptible de perfeccionamientos.

La crisis interna boliviana de octubre del 2003 echó por tierra avances importantes. Desde esa época, se ha seguido un sendero zigzagueante.

Desencuentros con el Presidente Mesa y el Canciller Siles. Entendimientos y respeto mutuo con el Presidente Rodríguez y el Canciller Loayza. Cordialidad pero gestos contradictorios de La Paz durante el inicio de la gestión del Presidente Morales.

Cada cierto tiempo se aprecia con meridiana claridad que lo que prima –como en otras épocas– es un factor más psicológico que real. Se ha consolidado en Bolivia a lo largo de muchos años una forma muy especial de ver los problemas con Chile que no escapa al ámbito de la psicología social o psicología de Estado.

Juan Ignacio Siles, Canciller de Mesa, insistía en que el tema marítimo está inserto en la “psiquis” del pueblo boliviano.

El vecino país ha sostenido en Naciones Unidas que “el espíritu de Bolivia después de haber perdido su salida al mar, solamente va a poder sanarse y recomponerse cuando recupere libre, útil y soberanamente, su cualidad marítima”.

Cabe preguntarse si lo que se denomina el “espíritu” –y vinculándolo con la “psiquis” y la “voz del pueblo”– representa necesidades reales de Bolivia o solamente procesos y sentimientos que no dejan de ser tales por respetables que sean. El distinguido internacionalista chileno Alejandro Alvarez escribió una obra muy conocida que se titula “El nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida de los pueblos”, en que analiza con gran habilidad el tema de la psicología de los pueblos, haciendo alcances que son muy aplicables a Bolivia.

Bolivia ha ido formando a sus nuevas generaciones en la convicción de que todos los males del país tienen su fundamento en la Guerra del Pacífico, en la pérdida del litoral que sólo ocuparon formalmente y en la falta de un acceso soberano al mar. Chile es presentado como el “enemigo natural” y el responsable de todas las desdichas de la ciudadanía boliviana.

Lo real y objetivo es que –con relaciones o sin ellas, con psiquis o sin ella, con “espíritu” o sin él, con o sin “voz del pueblo”– para tratar de mejorar las condiciones que permitan llegar a un diálogo más o menos razonable entre Chile y Bolivia los caminos no son claros ni fáciles y exigen muchos esfuerzos, de ambos lados.

¿Es posible y viable que Bolivia tenga un acceso útil y soberano al Océano Pacífico en el 2006?

Definitivamente cabría sostener que:

- a) no lo es al sur de Arica; y
- b) no estoy seguro de si es realista pensar en el año 2006 en el corredor al norte de Arica y colindante con la línea de la Concordia, que se consideró en especial en 1950 y 1975.

Puede sostenerse que los planteamientos peruanos sobre el límite marítimo ponen un nuevo candado a esta segunda posibilidad.

Al margen de todo eso, si Bolivia tuviera un corredor soberano al norte de Arica, cabe preguntarse si ese acceso sería “útil”, y, si lo fuera, ¿a qué costo? ¿tendría soberanía en el corredor y seguiría operando a través de Arica sin que nada cambiara en el régimen de libre tránsito de los últimos cien años? ¿a quien se culparía del subdesarrollo?

En mi opinión, una fórmula que podría efectivamente beneficiar a Bolivia sería que mantuviera todas sus actuales ventajas y negociara un acceso útil, pero no soberano, con facilidades portuarias, espacios para aduanas, bodegas y almacenamientos, buenos accesos y conexiones hacia Bolivia, delineado con todas las flexibilidades que imaginativos negociadores pudieran imaginar y estructurar.

Habría que preocuparse de evitar que eventuales facilidades de este tipo provoquen perjuicios a algunos de los puertos chilenos.

Buscar una fórmula, como dice Walter Montenegro, distinguido diplomático boliviano, “sin el requisito químicamente puro de la soberanía”, lo que la profesora chilena Ximena Fuentes plantea como combinación de “soberanía” y “jurisdicción”, la “soberanía funcional” del boliviano Ramiro Orias Arredondo y otras concepciones similares.

No conviene seguir dejando pasar el tiempo sin buscar algún tipo de entendimientos mutuamente ventajosos.

En todas las regiones del mundo se ha consolidado la idea de que los caminos del siglo XXI no pueden ser –si lo que se busca es el progreso– los que se recorrían el siglo XIX. Eso no significa, sin embargo, dejar de lado las experiencias recogidas en el siglo XX.

Podría evaluarse la conveniencia de que Chile considere la posibilidad de formular –en algún momento oportuno, en particular cuando las circunstancias políticas de nuestro vecino lo permitan– una propuesta concreta a Bolivia, sin esperar que se sigan acentuando las presiones y, por cierto, manteniendo el tema dentro del más estricto esquema bilateral.

De una u otra manera, lo que se ha hecho en más de cien años está sujeto a severo escrutinio, porque las realidades del mundo han ido cambiando en forma profunda. Los escenarios internacionales ya no son los mismos. Los países deben entenderse de otra manera. El cambio de las condiciones mundiales ha contribuido a un favorable desarrollo de los contactos entre las naciones y las regiones, cambios culturales, desplazamientos de capitales y personas, nuevas metas de los países en especial en aspectos socio-económicos. La política exterior de Chile exige que, sin pérdida de tiempo, nos convirtamos a la mayor brevedad en una plataforma de partida y llegada de comercio, inversiones y servicios, con una infraestructura lo más moderna posible, para ayudar decisivamente a la mayor vinculación comercial entre Asia y América del Sur, con enormes ventajas para Bolivia, Paraguay y países del Atlántico.

Estamos entrando en el plano mundial a una nueva etapa, que debería estar marcada por la cooperación e integración, dejando atrás la confrontación.

Chile debe reiterar su voluntad de continuar trabajando en la profundización de los ámbitos de entendimiento y cooperación acorde con el progreso al cual aspiran sus pueblos. Asimismo, Chile ha reafirmado su disposición a continuar perfeccionando el régimen de libre tránsito que garantiza el derecho de acceso a Bolivia desde y hacia el mar, y expresa su convicción de que la integración es el camino para contribuir al pleno desarrollo de sus pueblos.

Es importante mantener esta disposición.

Si quisiéramos hacer una síntesis de lo que hemos dicho, cabría señalar lo siguiente:

- a) Si se deja de lado el aspecto de determinar la verdad , que no es deleznable desde un ángulo histórico, el tema de los títulos históricos o vecindades coloniales es irrelevante a la luz de más de ciento cuarenta años en que acuerdos bilaterales sepultaron para siempre el pasado previo a nuestra independencia;
- b) Chile no buscó la guerra del Pacífico, a la que sus vecinos del norte quisieron llevar a Argentina, conflicto al que se llegó como consecuencia de una alianza peruano-boliviana y como consecuencia de una flagrante violación por parte de Bolivia de los compromisos estipulados en el tratado de 1874;
- c) El tratado de 1904 no fue impuesto por Chile por la fuerza. Fue el resultado de planteamientos que a la postre tuvieron su origen en Bolivia, país que libremente renunció al litoral para buscar compensaciones y satisfacer intereses comerciales del momento;
- d) Chile, antes y después del Tratado de 1904, manifestó buena disposición para escuchar y considerar planteamientos bolivianos. No ha habido, sin embargo, de nuestra parte posiciones constantes y una coherente política de Estado en esta materia;
- e) Tampoco Bolivia ha tenido jamás posiciones claras y definitivas respecto de lo que le interesa en materia marítima. Con frecuencia ha complicado el debate agregando elementos políticamente articulados, como los casos de los ríos Mauri, Lauca y Silala;
- f) Bolivia tuvo el mar al alcance de la mano en la negociación de Charaña, la que fracasó por responsabilidad del Perú y terminó por naufragar con un rompimiento boliviano cuando Chile vivía momentos muy difíciles con Argentina en 1978. Chile, en especial en las administraciones González Videla y Pinochet, ha dado pasos muy importantes en relación con Bolivia;
- g) No hay ningún elemento de juicio serio que permita sostener que el sub-desarrollo de Bolivia se deba a la falta de acceso soberano al mar;
- h) No existe ningún argumento serio para pensar que la paz regional está en riesgo;
- i) A partir de 1990, aunque con altibajos, se produjo una notable convergencia entre Chile y Bolivia, con un diálogo ágil y una agenda sin exclusiones;
- j) Chile mantiene una buena disposición para seguir dando pasos para mejorar las facilidades portuarias, centros de bodegaje, lugares de acopio, etc. Hay

que intensificar el trabajo de los comités de fronteras, acuerdos económicos, facilitación e integración física, etc.

- k) En el tema del gas y su manejo con Chile Bolivia perdió mucho y no ganó nada; y
- l) Ha habido gestos y contactos positivos entre las actuales administraciones de la Presidenta Bachelet y del Presidente Morales, que deberían servir de base para promover nuevos entendimientos.

Todo lo anterior, en un mundo en que las nuevas realidades, la interdependencia, la globalización, sumergen a los pueblos en un torrente de escenarios que deben inducirlos a tomar decisiones acordes a los nuevos tiempos.

Las nuevas realidades y las responsabilidades de las administraciones Bachelet y Morales

Chile y Bolivia han entrado en una nueva etapa en el año 2006, con las expectativas que se abren ante posibles entendimientos entre las administraciones de Michelle Bachelet, en Chile, y de Evo Morales, en Bolivia.

Ha habido encuentros y expresiones cordiales. Se han programado reuniones en que deberían profundizarse los diálogos que los gobiernos decidan encauzar.

Por primera vez en muchos años Bolivia expresa sus planteamientos a través de un Presidente que efectivamente recibió un fuerte mandato popular, lo que podría constituir un progreso en relación con el pasado, en que las debilidades de los sucesivos gobiernos –con apoyos que muchas veces no superaban el 20 o el 30% de los electores– dificultaban las posibilidades de progreso que contarán con una base importante de aprobación de su pueblo.

Me refiero, obviamente, al respaldo popular con que fue elegido el mandatario boliviano, ya que no es fácil determinar si ese apoyo podría haberse visto afectado en las últimas semanas por las dificultades planteadas en la Asamblea Constituyente, las discrepancias con algunas regiones, las polémicas sobre la reforma agraria, etc.

Esta ventaja, sin embargo, se debilita por el hecho de que el Presidente Morales se ha caracterizado por sucesivos cambios de posiciones y de discurso y por una serie de planteamientos no siempre coincidentes, que hacen casi imposible llegar a conclusiones más o menos claras sobre las líneas de acción que en definitiva se propone seguir.

Por otra parte, se ha presentado una situación negativa que puede ser muy distorsionadora en el futuro. Los acuerdos de Bolivia con Venezuela, entre los que encontramos los que han posibilitado la construcción de instalaciones militares en áreas fronterizas, plantean como elemento preocupante la eventual proyección del peculiar eje La Habana-Caracas-La Paz en aspectos bilaterales chileno-bolivianos.

Esta posibilidad podría tener repercusiones extraordinariamente negativas.

Por otra parte, no hay claridad respecto de la política que la administración Bachelet podría seguir con respecto a Bolivia. Ha habido informaciones sobre diálogos, pero no sobre los objetivos que se habría fijado nuestro gobierno frente a Bolivia. Es una lástima, entre otras cosas, que existiendo en nuestro país tantos expertos con amplios conocimientos en el ámbito vecinal, no se haya mostrado interés en conocer sus opiniones.

Este camino podría ser útil para la Cancillería chilena, cuya cúpula no se caracteriza por una generalizada experiencia en aspectos diplomáticos subregionales.

A mayor abundamiento, ha trascendido a través de la prensa que hace mucho tiempo que no se ha consultado al Consejo de Política Exterior, integrado por distinguidas personalidades, incluyendo ex Ministros y destacados internacionistas. Pareciera urgente que de este órgano asesor se obtengan opiniones sobre aspectos que han provocado polémicas en los últimos meses, en especial en relación con Bolivia y Argentina.

Un paso positivo, hay que reconocerlo y elogiarlo, ha sido la designación, como Cónsul General en Bolivia del Embajador Roberto Ibarra, distinguido y experimentado diplomático de carrera.

Sería importante, en todo caso, dar pasos adicionales para evitar que se consoliden dudas que, tal vez injustamente, parecen cobijarse en algunos círculos respecto de la gestión de Chile hacia Bolivia en los últimos años, en particular durante la administración Lagos.

El macizo estudio efectuado por José Rodríguez Elizondo –un hombre de la Concertación– en su libro “Las crisis vecinales del Gobierno de Lagos” sostiene que hubo en el manejo del tema boliviano debilidades que es importante tratar de corregir. Rodríguez sostiene que no estaba en el carácter del anterior gobernante aceptar que su política vecinal tuvo eventualmente caídas, pero es obvio que esta postura no debería prevalecer en la actual administración, a fin de abrir las puertas para introducir las correcciones y golpes de timón que

fueren necesarios para reencauzar con objetivos claros y positivos tan delicado y trascendente tema.

Parece conveniente, en consonancia con lo que se ha expresado públicamente, en el sentido de que existe voluntad de ambos gobiernos de examinar una "agenda sin exclusiones", que se avance en un diálogo franco y profundo, en que se busquen, con decisión y generosidad, acercamientos y coincidencias que podrían traducirse en avances de trascendencia histórica.

Un conocido cientista político e internacionalista señaló que en los tiempos que corren 'la única forma de predecir el futuro es crearlo'.

Parece urgente, pues, intensificar los contactos, sin enredarse en debates sobre el pasado histórico y concentrándose en lo que los países pueden hacer juntos de cara al Bicentenario. Ello no significa, sin embargo, dejar de lado lo hecho antes, en especial porque, como decía Aristóteles, "Los pueblos que no aprovechan las lecciones de la Historia están condenados a repetir sus errores".

Noviembre de 2006.

Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado

Raúl F. Campusano

Abogado, Universidad de Chile
Master en Derecho Universidad de Leiden, Países Bajos
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos

Pamela Moraga

Abogado, Universidad de Chile
Diplomática, Ministerio de Relaciones Exteriores

1. Introducción

Nuestro país se encuentra en un momento especial de su historia y de su inserción en el concierto internacional, en un concierto de crecientes intercambios transfronterizos. La globalización es parte ya de la realidad cotidiana y no tanto la reflexión, ya algo antigua, de si era un fenómeno deseable o no y si Chile debía ser parte de la misma. La verdad es que Chile es parte de la globalización y ello ha traído y sigue trayendo una serie de transformaciones en el país. La posibilidad de avanzar aceleradamente al desarrollo es hoy una posibilidad real, no automática ni garantizada, pero real. En este contexto, y habida cuenta de las realidades de la sociedad contemporánea, todo parece indicar que la capacidad de innovación científica y tecnológica es una llave privilegiada para que un país pueda avanzar en su desarrollo económico y general. Así lo indican tantos casos de las últimas décadas.¹

La pregunta aquí entonces es observar el rol y los desafíos para el derecho, el Estado y el sector privado con relación a si están llevando a cabo su parte de contribución al desarrollo de Chile a través de la herramienta de la innovación científica y tecnológica.

¹ Este trabajo forma parte de un esfuerzo de contexto más amplio desarrollado en la Academia Diplomática de Chile.

En particular, se puede señalar el caso de varios países del Este Asiático, como es el caso de Singapur. También es el caso de Japón, Corea, Taiwán y más recientemente de China.

En la actualidad no se discute la afirmación de acuerdo con la cual el conocimiento y la expansión de sus fronteras a través de los procesos de innovación científica y tecnológica insertos en el fenómeno de la globalización juegan un papel de relevancia en el desarrollo económico y social de las naciones. Efectivamente, el impacto de la globalización en el campo de la ciencia y tecnología ha sido de tal envergadura que ha generado una suerte de imbricación de ambas esferas al punto de poder confirmar la existencia de una globalización científico-tecnológica o una ciencia y tecnología globalizadas.

Al respecto diversos autores han señalado que el impacto de la globalización sobre el desarrollo de las naciones en diversos ámbitos es un asunto que importa especialmente a países con menor desarrollo relativo, toda vez que en ella se advierten amenazas, pero al mismo tiempo esperanzas, las cuales se cifran principalmente en la capacidad de un país de generar sistemas de innovación acordes a encauzar el desarrollo científico-tecnológico nacional.

Lo anteriormente expuesto se encuentra corroborado por una simple observación de lo que ocurre a nivel mundial: la economía mundial ha registrado en las últimas dos a tres décadas un incremento notable en el ritmo, avance y cobertura del cambio tecnológico. Los avances científicos y tecnológicos han propulsado la aparición constante y permanente de nuevas actividades y nuevas formas de producir y distribuir bienes, servicios y conocimientos, lo cual ha tenido por principal efecto generar la necesidad de reestructurar las actividades económicas preexistentes, y por sobre todo, generar la conciencia en los diversos países acerca del fenómeno de la obsolescencia: El estar expuestos a los mercados internacionales así lo exige.

El principal desafío para países en desarrollo como es el caso de Chile radica en asegurar por una parte el acceso ininterrumpido a tecnologías y conocimientos generados en otros países como un factor clave para, al igual que aquellos países que se encuentran por debajo de la frontera tecnológica, intentar aprovechar las ventajas de estos cambios para superar la brecha de productividad con las naciones más avanzadas. Y por otra, generar o incentivar la propia producción científico-tecnológica.

En las economías abiertas al comercio y a las inversiones internacionales, la importación de tecnologías incorporadas en maquinarias, equipos e insumos y de activos tecnológicos intangibles o desincorporados² constituye, en muchos casos, la manera más eficaz y rápida de adquirir las tecnologías de producción, procesos, organización y gestión que se requieren para ir reduciendo las

² Conocimientos especializados, licencias, patentes, marcas, asistencia técnica, acceso a redes y otros.

diferencias de productividad y calidad con los países más avanzados desde el punto de vista tecnológico.

Las empresas que emplean técnicas avanzadas e incorporan innovaciones con regularidad son mucho más estables que las que desarrollan su actividad en sectores tradicionales y son poco o nada innovadoras. Un informe de la OCDE señala, a este respecto, que en EE.UU. un 85% de las empresas pertenecientes a industrias en las que existe un fuerte imperativo tecnológico siguen en pie tras diez años de funcionamiento, mientras que un 80% de las empresas que recurren a tecnologías convencionales desaparecen con prontitud al transcurrir sólo dos años de existencia.

De esta forma, se constata que el factor innovador actúa como un criterio de selección y las empresas que sobreviven son las que hacen una mejor lectura de estos condicionantes tecnológicos que impulsan el desarrollo de la industria. Lo mismo es factible de extrapolarse a las realidades de los países.

Mas el trabajo que queda por delante implica arduos esfuerzos, no sólo porque cambiar el esquema tradicional económico es una tarea de gran entidad, porque cambiar la mentalidad de los habitantes de un país lo es más aún, sino también porque las complejidades inherentes al proceso de adquisición de los conocimientos que permiten utilizar eficientemente las tecnologías y conocimientos disponibles no es automática. Implica, además, el desarrollo de capacidades a través de un complejo proceso colectivo de aprendizaje, en contextos, latinoamericanos en este caso, caracterizados por una ya histórica debilidad institucional. En particular, la innovación y adaptación de tecnologías se llevan a cabo mediante la interacción de distintos agentes,³ nacionales y extranjeros, en los mercados existentes o mediante vínculos de otro tipo, cuando estos no existen o son incompletos.

El sistema que relaciona a todos esos actores en torno a la transmisión de conocimientos y su aplicación a la producción dentro de un país ha sido definido como "sistema nacional de innovación". Sistema que en Chile está recién en proceso de consolidación, si no de conformación.

La debilidad que históricamente debemos solventar no es fácil: de acuerdo con una analista, "durante décadas la mayoría de los países de la región se esforzaron por expandir sus capacidades tecnológicas sobre la base de un enfoque de política centrado en el aumento de la oferta de los servicios pertinentes. A partir de los años ochenta, se produjeron cambios importantes en

³ Empresas, institutos públicos de investigación y tecnología, e instituciones educativas y financieras.

el diseño y en los instrumentos de política".⁴ Junto a las reformas económicas se adoptaron políticas más horizontales, orientadas por la demanda del sistema productivo, mientras se introducían reformas en la infraestructura institucional y se modificaban los métodos organizacionales de las instituciones responsables de fomentar la ciencia y la tecnología.

A pesar de esos cambios, el modelo de política tecnológica sigue obedeciendo en gran medida a una lógica lineal y caracterizándose por una débil articulación entre actores económicos y una escasa capacidad de formulación e implementación de políticas. Por otra parte, las instituciones que se ocupan de la aplicación de políticas y de los sistemas de propiedad intelectual siguen siendo débiles y los encargados de la adopción de decisiones ocupan una posición marginal en la estructura que gobierna las políticas públicas. Asimismo, la mayor parte de los países de la región han suscrito acuerdos internacionales de propiedad intelectual, pero sin llegar a desarrollar la capacidad institucional necesaria para la gestión eficiente de los regímenes de propiedad intelectual y el aprovechamiento de los márgenes de acción que estos acuerdos otorgan".⁵

En síntesis, el desarrollo productivo de las economías que se proponen reducir la brecha de productividad con aquellas más avanzadas exige la adopción de políticas públicas destinadas a crear y desarrollar capacidades de innovación que permitan aprovechar las ventajas de la aceleración del cambio tecnológico y de la apertura económica. Para seguir elevando la productividad y beneficiarse en mayor medida de la importación de tecnología, resulta imprescindible crear un marco más propicio a los esfuerzos de constituir capacidades endógenas de innovación. Lo ocurrido en las economías más desarrolladas indica que:

- i) la producción de conocimientos no es lineal,
- ii) para incrementar el uso de tecnologías en el proceso productivo se requiere, por una parte, el aporte de la ciencia y de los investigadores y, por otra, del mercado y la demanda,
- iii) los conocimientos son específicos y su adquisición tiene como requisito esencial la acumulación de aprendizaje y competencias sectoriales, y
- iv) la generación de conocimiento es un proceso de prueba y error cuyos resultados son inciertos.

⁴ Sra. Alicia Bárcena, de la CEPAL.

⁵ En palabras de la Sra. Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva Adjunta de la CEPAL, en el acto de apertura del foro OMPI CEPAL sobre Políticas de Propiedad Intelectual, Ciencia, Tecnología e Innovación, CEPAL, Santiago de Chile, 28 de junio de 2005.

Por estos motivos, se reconoce ampliamente que para la generación de capacidad tecnológica es imprescindible no sólo fomentar inversiones privadas apropiadas, sino también adoptar políticas claves para establecer e institucionalizar las relaciones entre quienes participan en investigaciones científicas y el sistema empresarial, y desarrollar mecanismos que permitan el debido aprovechamiento de los beneficios que aportan las innovaciones. Esto requiere de una base jurídica transparente que regule las relaciones entre los agentes de la innovación. En el caso de Chile uno de los aspectos de mayor vulnerabilidad en su incipiente sistema de innovación es precisamente la propiedad intelectual y su resguardo.

Señala Alicia Bárcena que “en América Latina y el Caribe, la transición hacia economías más abiertas ha entrañado un profundo proceso de transformación de los sistemas de innovación”.⁶ Múltiples estudios recientes revelan que la escasez de bienes públicos e instituciones capaces de promover la creación de ventajas comparativas dinámicas basadas en el conocimiento, es uno de los factores que explica por qué los sistemas de innovación de la región no han facilitado la acumulación y difusión de capacidades tecnológicas.

Estudios recientes revelan la importancia de promover la creación de ventajas comparativas dinámicas basadas en el conocimiento, que fomenten y faciliten la acumulación y difusión de capacidades tecnológicas. La transición de América Latina y el Caribe hacia economías más abiertas y globalizadas y los cambios en el escenario internacional ponen en primer plano la necesidad de comprender e impulsar la transformación de los sistemas de innovación.

El desempeño de los sistemas de innovación está directamente relacionado con el sistema productivo y las empresas que lo componen, junto con las instituciones públicas. En este ámbito, los derechos de propiedad intelectual (y los derechos de autor) pueden jugar un papel decisivo en los procesos de transferencia tecnológica y en la capacidad de afrontar con mayor eficacia la apropiación de los beneficios que generan los recursos naturales y genéticos, que los países de la región poseen en abundancia. Al mismo tiempo, una mejor capacidad negociadora y de implementación de los acuerdos puede permitir una eficaz utilización de la protección de las marcas y las denominaciones de origen para el desarrollo de una identidad regional y nacional en productos y servicios (tradicionales y no).

En el sentido descrito por Bárcena, se estima relevante para una cabal comprensión de la trascendencia de la propiedad intelectual en nuestras sociedades, la vinculación que existe entre innovación, ciencia e investigación y propiedad

⁶ Ídem.

intelectual, sólo así estimamos podrá tenerse una amplia comprensión de lo que Chile, al igual que muchos países en la región latinoamericana y caribeña, está poniendo en juego cuando escuchamos que nos encontramos involucrados en negociaciones de libre comercio multilateral, bilateral y regional, en donde la propiedad intelectual es uno de los pilares a negociar.

2. Definición de innovar

El término “innovación” ha sido objeto de múltiples consideraciones y definiciones, concretamente consiste en aportar algo nuevo y aún desconocido en un contexto determinado. Más específicamente, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, innovar importa introducir modificaciones adecuadas a la moda, entendiendo por moda el uso, modo y costumbre en boga. En una segunda acepción innovación corresponde a la “creación o modificación de un producto y su introducción a un mercado”

El Manual de Oslo de la OECD define **innovación** como “productos de implementación tecnológica nueva y mejoramientos tecnológicos significativos en productos y procesos. Una innovación tecnológica se entiende como implementada si ha sido introducida en el mercado o utilizada dentro de un proceso productivo. Las innovaciones tecnológicas envuelven una serie de actividades científicas, tecnológicas, organizacionales, financieras y comerciales.

El Manual de Frascati (OCDE, 1992 y última edición de 2003)⁷ define la innovación como la transformación de una idea en un producto vendible nuevo o mejorado o en un proceso operativo en la industria y en el comercio o en nuevo método de servicio social. En otras palabras, la innovación es una idea que se vende. Con esta breve definición se pretende insistir en el aspecto comercial de la innovación, en el sentido propio de la palabra. Es decir, que una idea, una invención o un descubrimiento se transforma en una innovación en el instante en que se encuentra una utilidad al hallazgo.

En realidad, la innovación es el aprovechamiento de ideas nuevas para mejorar la competitividad de las empresas. El criterio central es que la innovación tiene que terminar en un proceso económico, porque de lo contrario simplemente es investigación científica. Por lo tanto, esto tiene un fin. La investigación científica se mide generalmente en dinero gastado. Los 3 segmentos que tradicionalmente se utilizan son la empresa privada, el gobierno y las universidades.⁸

⁷ Manual de Frascati (2003): Medición de las actividades científicas y tecnológicas. Propuesta de norma práctica para encuestas de investigación y desarrollo experimental, OCDE, París, Francia. En www.oecd.org

⁸ Recientemente, han agregado las instituciones sin fines de lucro.

En definitiva, todo proceso de innovación y la innovación en sí misma considerada supone modificar la situación actual, la forma de hacer las cosas en una determinada organización, un reanálisis y revalorización de las actividades anteriores y nuevas.

La tecnología constituye un *input* para el proceso de innovación del que se obtendrán unos *output* que podrán transformarse, a su vez, en unos *inputs* siempre que estos últimos encierren unas tecnologías que realimenten otro proceso de innovación.

3. La relación entre I+D e innovación

La forma comúnmente empleada para medir el esfuerzo que un país realiza en materia de innovación es analizar su gasto en investigación y desarrollo (I+D). Esta es una variable fundamental para alcanzar un estado de capacidades tecnológicas avanzadas, ya que mide el esfuerzo sistemático que un país realiza para crear nuevos productos o procesos, y para adoptar y adaptar tecnologías provenientes del exterior.

Tan fundamental como lo anterior es la determinación de la forma en la cual la investigación y desarrollo se financian. Los países más exitosos han sido aquellos que han logrado que las empresas ejecuten y financien gran parte del gasto en I+D. Esta es una práctica fundamental, pues así tiende a asegurarse que la investigación sea productivamente pertinente y tenga por tanto efectos económicos reales. En Chile esta proporción de gasto en I+D es cercana al 23%, mientras que el restante 64% es financiado por el gobierno y las universidades.

En los países más exitosos, la I+D aplicada se realiza en forma mayoritaria por las empresas, lo que tiende a garantizar una mayor productividad. A diferencia de los países más innovadores, la I+D realizada por las empresas en Chile es baja. Muestra de ello es que mientras en Finlandia más del 30% de los científicos que realiza I+D lo hace en las empresas, en nuestro país dicha cifra no supera el 6%. La investigación básica, por su parte, generalmente requiere de financiamiento público por la baja apropiabilidad de sus resultados, sus elevados efectos de propagación y sus diluidos efectos productivos.

Cabe tener presente la siguiente aclaración y al mismo tiempo advertencia: la innovación tecnológica es un tipo particular de innovación en la que la tecnología juega un papel fundamental. Por otro lado, la investigación científica y el desarrollo tecnológico conducen normalmente a procesos de innovación, pero la actividad de I+D no es suficiente, porque si no llega al mercado no hay innovación. En muchos casos, los resultados de la I+D no son utilizados nunca.

Tampoco es estrictamente necesaria. Parte de los procesos de innovación tecnológica y los que no lo son no descansan en actividades de I+D sino en una actividad de mejora tras la observación de deficiencias y posibles soluciones. En algunos casos, eso se produce trasladando desarrollos de un dominio de uso a otro distinto.

Una parte de la actividad de investigación científica no pretende, ni siquiera a largo plazo, generar ningún proceso de innovación (ni tecnológica ni de ningún otro tipo). Eso sucede con parte de la investigación básica o la ligada con las Humanidades. Como ejemplo, un mejor conocimiento de la antigüedad no tiene como fin ninguna innovación. En el caso chileno, tal como ocurre en general tratándose de países en vías de desarrollo, la investigación se encontraba desvinculada de la actividad productiva y empresarial.

Sobre la relación ciencia-industria señala en términos categóricos Ricardo Badilla, gerente de BIOSIGMA: "Ciencia no es lo mismo que innovación. La ciencia es el conocimiento para producir dinero, en cambio la innovación es cómo hacer el dinero, es por definición un plan de negocios. En Chile, a nivel de universidades, no tienen nada que ver con el mundo real y no son más de 40. Entonces no hay ninguna relación entre los 40 tipos que están en las universidades chilenas en el área de la minería, con el tamaño que tiene la industria. Y la primera conclusión es que obviamente no hacen nada que a la industria le interese".⁹

Es desde la década de los 90, en que empieza a manifestarse un cambio de paradigma, al confluir una serie de situaciones: por una parte las empresas comienzan un proceso de inversión en I+D y las universidades crearon capacidades para realizar proyectos I+D con las empresas. A esto se vinculó la inversión del Estado, la cual tenía por objeto fomentar el vínculo entre empresas y universidades.¹⁰

"En este momento hay un acercamiento entre la industria y las universidades para que entre los dos puedan colaborar y trabajar en conjunto para tener ideas nuevas y hacer investigación y desarrollo científicos. En el pasado las universidades en Chile se dedicaban a hacer investigación básica, pero que después no pasaba nada, se publicaba y no había ningún aprovechamiento de eso".¹¹

⁹ Entrevista al Sr. Ricardo Badilla, gerente de BIOSIGMA, 7 de febrero de 2006.

¹⁰ A este respecto ha señalado Peter von Moldoványi que en su "opinión y en esto me hago eco de la experiencia extranjera, es la empresa la que tiene que ser el motor de la innovación. El Estado debe permanecer en un rol de absoluta subsidiariedad".

¹¹ Entrevista al Sr. Peter von Moldoványi, director Fundación Educacional para la Minería SONAMI, 6 de febrero de 2006.

Hoy en día el proceso de evolución I+D se caracteriza por un aumento en la inversión en I+D, tal como se ha señalado, siendo catalizado este proceso por la actividad estatal. Efectivamente en Chile la actividad de investigación académica es de larga data y tradición; no ocurría lo mismo con la investigación destinada al desarrollo tecnológico. A comienzos de los años 80 se impulsa la creación del FONDECYT, lo cual brinda un fuerte impulso a la investigación, luego a comienzos de los 90 se crearon dos fondos: FONDEF y FONTEC, que tendrían enorme impacto en el desarrollo de la actividad de I+D y específicamente en la innovación tecnológica empresarial. Hacia fines de los 90 se crearon otros fondos de carácter más específico. En términos generales el gasto en I+D del país alcanza el orden de los 0.68% del PIB, siendo este porcentaje desglosable en 75% de inversión estatal y 25% privada.

La investigación denominada “básica” ha sido la más beneficiada con el aumento de I+D, en menor medida se ha visto beneficiada la investigación aplicada¹² y en menor medida aún el desarrollo tecnológico, sin perjuicio de que los dos últimos sectores se están poniendo al día.

La evidencia empírica respalda la idea de que la investigación aplicada favorece más al crecimiento que la investigación básica. Para esto es esencial potenciar el trabajo conjunto entre las universidades y las empresas. Algo de esto ya se está haciendo. La CORFO ha tenido un rol importante en canalizar recursos hacia la tecnología y el emprendimiento. Algunas universidades se han tomado en serio el desafío de acercarse al mundo empresarial y fomentar el emprendimiento. Pero el esfuerzo global es aún muy insuficiente, tal como queda de manifiesto el lugar 44 entre 104 países que ocupa Chile en el ranking de colaboración de investigación universidad/empresa construido por el FEM.

En cuanto a los entes en los cuales se concentra la I+D, las universidades son todavía las principales ejecutoras. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de la actividad minera, la torta se reparte entre universidades y empresas tanto del sector público como del sector privado. Es interesante constatar la creciente vinculación entre universidad y empresa, específicamente tratándose del tema de los recursos naturales en el tratamiento de temas de importancia. Mas aún falta avanzar en este ámbito, pues aún es calificado de “esporádico”.

En lo que dice relación con los institutos tecnológicos, el diagnóstico no ha sido alentador, en el sentido de no poder a la fecha ser considerados “jugadores

¹² De acuerdo a la definición contenida en el Manual de Frascati, la *investigación básica* consiste en trabajos experimentales o teóricos que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos acerca de los fundamentos de los fenómenos y hechos observables, sin pensar en darles ninguna aplicación o utilización determinada. La *investigación aplicada* consiste también en trabajos originales realizados para adquirir nuevos conocimientos; sin embargo, está dirigida fundamentalmente hacia un objetivo práctico específico.

relevantes de la actividad tecnológica”. Señala J. Yutronic que “el Estado chileno se ha orientado más a aumentar la eficiencia de los institutos y su relación con el mercado que a promover su desarrollo competitivo en una economía global. En ese contexto los institutos tecnológicos han hecho algunas contribuciones relevantes, entre ellos destacan el INIA y Fundación Chile. La Fundación Chile, a través de la combinación de transferencia tecnológica e innovación, ha desarrollado nuevas empresas y nuevos mercados”.

Un aspecto novedoso ha sido el surgimiento de empresas de desarrollo tecnológico y los llamados “emprendedores” en tecnología. Tributario del fenómeno de la globalización y de la modernización del Estado chileno ha sido el surgimiento de estos actores tecnológicos. Específicamente en el ámbito de tecnologías de software, mecánica electrónica, gestión y biotecnología. Los sectores productivos minero y agrícola han sido los más beneficiados. Las empresas tecnológicas se caracterizan en primera instancia por ser proveedores de empresas grandes de un sector determinado. Una segunda instancia las lleva a colocar su oferta de servicio en otros mercados, así se inicia la consolidación de un nicho en el mercado y se legitima una actividad empresarial de carácter tecnológico.

En cuanto al recurso humano, la cantidad, variedad y calidad de los científicos comenzó a aumentar a mediados de los años 90, como consecuencia directa de los programas de formación académica en el extranjero y la posibilidad de realizar proyectos de mayor envergadura y permanencia en el tiempo. Lo anterior se encuentra inserto en la modernización (forzada) del mercado laboral chileno: la capacitación formal e informal, denominada también “*on the job training*”, parte de la cual se encuentra financiada a través del apoyo SENCE, ha significado un aumento significativo de capital humano calificado.

Es así como nuestro patrón de crecimiento y nuestros estilos productivos fueron modificados y continúan modificándose introduciendo en ellos mayor conocimiento aplicado e información sistematizada. Esta convicción estuvo reflejada en la implementación de la política de fomento al desarrollo científico y tecnológico, plasmada en el llamado Programa de Ciencia y Tecnología (1992-1995), y posteriormente en el Programa de Innovación Tecnológica (1996-2000). Es la base del así llamado Sistema Nacional de Innovación.

Desde una perspectiva global y amplia, el sistema nacional de innovación abarca el nivel de integración de una economía en el mercado global de ideas, a través del flujo de bienes y servicios, personas y capitales, al igual como lo hacen las instituciones o reglas que moldean los incentivos para que las empresas productivas interactúen con los generadores de ideas. Por ende, este cubre la mayoría de los aspectos de la política económica internacional, además de considerar una variedad de normas y derechos de propiedad intelectual.

Gracias a estos programas importantes procesos de innovación fueron impulsados en nuestro sector productivo y más importante aún estos temas se instalaron en distintos ámbitos y foros del quehacer nacional. Así durante la década de los noventa el Estado chileno fue un importante impulsor de los procesos de innovación tecnológica que tuvieron lugar en la economía chilena, aportando no sólo con parte sustantiva de su financiamiento, sino con capacidades disponibles en los diferentes centros de investigación y desarrollo estatales.

Mas la política tecnológica de Chile se ha materializado casi íntegramente a través de los Fondos Tecnológicos y se encontraba limitada a otorgar financiamiento a iniciativas autocontenidas o proyectos sin que a ellas necesariamente les fuera exigido estar inscritas en propósitos de mayor alcance, estando estas definidas fuera del proyecto específico. Es la llamada "lógica de proyectos", lo cual ha caracterizado a la política de tecnología chilena.

Hoy es necesario salir de la lógica proyectista y complementarla con la formulación de programas de desarrollo científico y tecnológico de mediano y largo plazo que proporcionen un marco estratégico de propósitos y de instrumentos acordes, siendo imperativa la creación de capacidades institucionales, formación de personas, etc. Es decir, se debe trabajar en el establecimiento de una lógica de programas. Formará parte de la política el modo de identificar las áreas de desarrollo nacional que deben ser objeto de programas, así como los instrumentos concretos que serán desplegados en ellos. Otra variable indicativa de la intensidad y productividad innovadora de un país es la producción de patentes, pues éstas constituyen una buena guía de la producción de nuevas aplicaciones tecnológicas. En este aspecto debe señalarse que Chile prácticamente no produce patentes.

Entre las razones barajadas para dar respuesta a esta absoluta carencia se han señalado el escaso interés de las empresas por invertir en I+D y la falta de incentivos existentes en el ámbito universitario. Señala el Sr. Ricardo Badilla que esto se debe a que las universidades chilenas premian al investigador sobre la base del número y calidad de sus publicaciones sin que este obtenga beneficios adicionales por generar una invención y registrarla mediante una patente. Además la tramitación de las patentes es un proceso en extremo engorroso, entre otros factores por la cantidad de tiempo que demora, lo cual se traduce en un largo periodo de completa desprotección.¹³

La opinión anterior se encuentra complementada por información brindada por el Departamento de Propiedad Industrial, organismo público dependiente

¹³ Entrevista al Sr. Ricardo Badilla, gerente de BIOSIGMA, 7 de febrero de 2006.

del Ministerio de Economía: ...“En lo relativo a tiempos de tramitación de solicitudes de patente, Chile se encuentra dentro de los estándares internacionales, observándose que el DPI tarda cerca de 6 años en conceder una patente de invención; 5 años en conceder una patente modelo de utilidad y 3 años en conceder una patente de diseño industrial”.¹⁴

La situación de Chile en materia de innovación podría describirse como de bajo gasto, sesgado hacia la investigación básica y de menores efectos sobre la productividad en comparación a los países desarrollados. Asimismo, es factible constatar que el sector privado aún participa en forma insuficiente en los esfuerzos de innovación del país.

Finalmente, de acuerdo con la literatura económica, para que un país pueda innovar de manera efectiva debe poseer ciertas capacidades. Particularmente debe estar coordinada la capacidad de capital humano para adquirir y procesar conocimientos y la utilización productiva de los mismos. Si bien Chile ha invertido cuantiosos recursos en el área de la educación a través principalmente de la mentada reforma, se encuentra rezagado en esta área en cuanto a la calidad de la educación, incluso para su nivel de ingreso por habitante. Existe evidentemente un retraso en el dominio del inglés.¹⁵

Otra determinante para generar desarrollo tecnológico y a la vez adoptar y adaptar las mejores ideas generadas en el resto del mundo, es la cantidad y calidad de los recursos humanos dedicados a la ciencia y la tecnología. Chile se encuentra en esta materia muy distanciado de los países a imitar. Para que el país se transforme en uno donde la innovación sea una de las fuentes principales de crecimiento, se requiere de una masa crítica de capital humano con capacidad para innovar.

¹⁴ Oficina de Información Tecnológica del Departamento de Propiedad Industrial de Chile. “Innovación Tecnológica e Invenciones: Estrategia para el Desarrollo: Modos de Protección a través de la Propiedad Industrial y Relación con el Desarrollo Económico del País”, 2004.

¹⁵ De acuerdo con un estudio elaborado por la Universidad de Chile, solo un 3% de la población mayor de 15 años residente en Santiago habla y entiende fluidamente el inglés. Es una suma en extremo exigua considerando que su dominio es crítico para tener acceso a las investigaciones e innovaciones realizadas en el resto del mundo.

4. La innovación científica y tecnológica: el papel del Estado

De acuerdo con la lógica liberal de una economía de "mercado abierta", el rol del Estado en el desarrollo tecnológico nacional es concebido en forma exclusivamente subsidiaria del quehacer de los privados. El término subsidiario, sin embargo, conlleva una serie de iniciativas privativas de éste:

- Velar por el buen funcionamiento de los mercados corrigiendo sus imperfecciones: Tanto el mercado de la tecnología propiamente tal como los mercados de factores vinculados a ella adolecen de las imperfecciones inherentes al sistema de economía de mercado. Cabe destacar los problemas de apropiabilidad imperfecta de los bienes tecnológicos, las asimetrías de información entre agentes y grados de incertidumbre no modelables, que son los que desincentivan los esfuerzos de inversión en innovación emprendidos por agentes privados, y es allí precisamente donde el Estado puede introducir correctivos en pos de la eficiencia del mecanismo de mercado.
- Identificar áreas y sectores prioritarios y diseñar programas estratégicos para el desarrollo nacional. La globalización obliga a las economías pequeñas y limitadas en la dotación del factor productivo, como la chilena, a identificar las áreas en las cuales poseen ventajas comparativas en relación con otras economías o donde pueden construirlas en el mediano plazo. Por tanto la competitividad de una economía como la de Chile debe basarse sobre un cierto grado de especialidad. Lo anteriormente expuesto obliga a identificar estas áreas y luego definir las sendas tecnológicas que es necesario seguir para lograr su desarrollo. En todo caso el país debe encontrarse receptivo para asumir determinados retos tecnológicos. También se incluye en este numeral y dentro del mismo concepto, la creación por parte del Estado de un clima adecuado para la atracción de inversiones extranjeras con elevados componentes tecnológicos y de alto impacto especialmente regional. Muchas veces tan solo la intervención activa del Estado en áreas como éstas podrá catalizar iniciativas eficaces de desarrollo tecnológico.
- Generar, organizar y proveer información y servicios tecnológicos. Hoy en día poseer la información adecuada en el momento indicado es fundamental para efectos de planificación estratégica y confrontación de retos. En este aspecto es fundamental el rol del Estado, quien puede crear y mantener un sistema de estadísticas que permitan un monitoreo de las tendencias nacionales e internacionales en asimetría de innovación y de I+D. Debe igualmente velar por subsanar las asimetrías de la información, proveyendo especialmente para las empresas de menor tamaño relativo la información necesaria para su desarrollo. Igualmente dentro de esta categoría cabe comprender la facilitación de servicios tecnológicos que constituyen bienes

públicos, tales como la estandarización, normas y metrología, proporcionando referencias nacionales para que las empresas puedan elevar sus niveles de productividad y calidad, mejorando su posición competitiva.

Igualmente la mantención de un sistema de propiedad industrial vinculado con otros sistemas análogos en el resto del mundo, que proteja la propiedad intelectual de nuevos productos y procedimientos tecnológicos y que, a su vez, los ponga al alcance de potenciales usuarios, difundiendo un patrimonio tecnológico nacional e internacional.

Asegurar un amplio acceso de toda la población al conocimiento y a la tecnología. Es importante que el Estado vele por que los beneficios sociales que surgen del desarrollo del conocimiento y de la tecnología alcancen a amplios sectores de la vida nacional. Ello es especialmente importante si en la generación de esos conocimientos ha existido inversión de recursos públicos. Lo anterior puede hacerse a través de programas de difusión tecnológica, especialmente dirigidos a la micro, pequeña y mediana empresa que no disponen de capacidades propias de generación de soluciones tecnológicas. El problema del acceso tiene igualmente otra arista: la "equidad en el ámbito productivo"

De acuerdo con el llamado "principio de neutralidad",¹⁶ la asignación de recursos con frecuencia en la práctica esconde iniquidades dadas evidentemente por la desigual dotación inicial de factores con los que cuentan los diferentes actores en juego: los que arrancan con una determinada dotación de factores son capaces de aprovechar las oportunidades que les ofrece el mercado, en tanto que los que parten con una situación desmedrada son incapaces de sacar provecho a estas oportunidades. En ocasiones la autoridad pública no posee suficientes elementos para discernir y evaluar, por tanto para impedir

¹⁶ Uno de los criterios que más han predominado para la asignación de recursos públicos en las últimas décadas ha sido el criterio de la neutralidad. Es decir, que los proyectos a ser aprobados no se seleccionan de acuerdo con áreas prefijadas ni a ningún otro criterio previo, sino que es la demanda por recursos la que determina qué proyectos serán formulados y presentados a dichos fondos públicos. Tal ha sido el criterio imperante en Chile. Sin embargo, debido a razones de distinta índole, entre las cuales cabe mencionar la existencia de una dotación heterogénea de recursos en las economías y la consiguiente necesidad de valorizar los recursos que son relativamente abundantes en ellas, mediante una inversión especial en el desarrollo científico y tecnológico de aquellas áreas o sectores con una mayor dotación de recursos, sean estos humanos, naturales o de otro tipo, de ahí el criterio de selectividad ha ido ganando terreno.

En Chile la opinión generalizada ha sido la necesidad de que el país promueva algún tipo de actividad selectiva en el ámbito de la innovación tecnológica:

"En el proceso de mejorar, aumentar y hacer más eficientes los esfuerzos tecnológicos locales es importante que los mismos sean parte integral de una Política de Competitividad y no de esfuerzos aislados. Una mezcla razonable de horizontalidad y selectividad deberá ser parte de la política pública en esta materia. Se trata de aprovechar las sinergias y complementariedades que ya existen en cada aparato productivo, pero también de inducir con cierta dosis de intencionalidad la creación de ventajas comparativas dinámicas de largo plazo en sectores cercanos y complementarios al actual patrón de especialización productiva".

la perpetuación de las iniquidades. En consecuencia se ha señalado que es necesario establecer incentivos que dados los conocimientos de los que dispone la autoridad procuren un beneficio que alcance al conjunto del sector productivo y no sólo a los que tienen una situación inicial que les permite acceder a ellos.

Formar personas orientadas al mundo de la tecnología y la innovación. Si la base de la economía prospectivamente será el conocimiento y la innovación, se requiere la capacitación del recurso humano, es decir, investigadores científicos y tecnológicos, profesionales, técnicos, profesores y empresarios, de manera tal que orienten su quehacer hacia la innovación. En este sentido el Estado debe participar directamente como actor y/o como catalizador de iniciativas de actores del mundo privado y académico.

5. La innovación científica y tecnológica en Chile: estado actual¹⁷

El análisis del estado del desarrollo de las ciencias, tecnología e innovación en Chile nos permite constatar preliminarmente que nuestro país ha avanzado significativamente en el ámbito científico-tecnológico. Este avance se explica en primer término debido al marco económico-social en el cual se encuentran insertos los procesos de innovación científica y tecnológica que ha generado un contexto favorable para el desarrollo de todas las aristas que conllevan estas actividades. A continuación analizaremos brevemente los principales componentes del aludido marco económico-social.

En primer lugar, la apertura unilateral de la economía de nuestro país, la cual permitió el desarrollo progresivo de una reconversión de nuestro sistema productivo por una parte y por otra en términos culturales, el surgimiento de una generación de empresarios orientados a lograr competitividad internacional, y en última instancia la internacionalización de las empresas nacionales.

La consecuencia fundamental a este respecto es que dentro del país se haya generado una demanda de tecnología, imperativo en un mundo cada vez más competitivo en mercados cada vez más saturados. Lo anterior ha dado pie al llamado proceso de transferencia tecnológica desde las empresas de punta a nivel internacional especialmente en los sectores de recursos naturales: minería, energía, forestal y agropecuario y de servicios.

¹⁷ Al respecto existe una amplia bibliografía, los investigadores se han basado especialmente en los siguientes documentos: Yutronic Jorge, *Ciencia, tecnología e innovación en Chile a las puertas del siglo XXI*, Oficina del Economista en Jefe para América Latina y el Caribe: "Innovación en Chile (Síntesis)" Gatica Jorge, *Desafíos de la Innovación Chilena*.

Un segundo aspecto a considerar es la desregulación de determinados sectores de la economía chilena como una parte de la estrategia para promover la eficiencia de las iniciativas innovadoras. Cabe mencionar la energía eléctrica, las telecomunicaciones y la producción en todos sus ámbitos. La desregulación tuvo como principal consecuencia el reordenamiento de los sectores productivos chilenos generando un aumento de los niveles de inversión privada chilena y extranjera, aumentando la variedad de cadenas de valor. Naturalmente se generó una oferta de productos y servicios renovados para la población.

El impacto que la innovación científica y tecnológica tendría en lo que más adelante se llamaría "estrategia país" ya se dejaba dimensionar al atisbarse la incipiente demanda de nuevas profesiones enfocadas hacia la tecnología, por razones estrictamente pragmáticas: la reducción de costes de producción y el mejoramiento de la oferta diferenciada, con lo cual en forma natural se intentaría transformar las estructuras productivas del país. Este proceso de transformación ha traído aparejada igualmente la creación de capacidades de transferencia tecnológica a nivel internacional. Este proceso lleva cerca de 20 años en ciernes.

Un tercer aspecto dice relación con la privatización de la mayoría de las empresas estatales (salvo aquellas consideradas de importancia estratégica, como fue el caso de CODELCO) en los albores del proceso de transformación económica, como resultado de la opción neoliberal del país. Sin perjuicio de las consideraciones políticas o sociales aparejadas a esta opción, lo cierto es que las consecuencias se manifestaron en diversos niveles: transformación de la gestión (más producción con menos personal), transformación en los mercados (libre iniciativa para abordar nuevos ámbitos de la producción) y la transformación de la inversión (la atracción de inversiones y luego la reinversión).

Un cuarto aspecto que siempre se señala es la estabilidad de las reglas del juego. Efectivamente, la política económica chilena, avalada por diversas creaciones jurídicas (contrato-ley, ejemplo emblemático en esta materia) se ha comprometido a mantener ciertas reglas básicas inalterables: equilibrio macroeconómico, libertad económica, intangibilidad de los tratados internacionales, libertad económica. La ganancia del país al haber mantenido la estabilidad en las reglas del juego ha sido en primer lugar un intangible: una reputación internacional que brinda seguridad al inversionista extranjero, bajando el riesgo de la inversión, lo cual ha fortalecido la confianza en el país a efectos de inversiones a largo plazo y con alto contenido tecnológico. Lo anterior se ve avalado al observar las calificaciones de Chile en la última década en los índices de riesgo país.

Un quinto aspecto, de la mano con el anterior, ha sido el aumento del ahorro interno y de la capacidad de inversión. Esto debido principalmente a tres fac-

tores: la acumulación de recursos en los sistemas de fondos de pensión, la cual, dicho sea de paso, ha llegado a constituirse en la principal forma de ahorro del país; la capitalización de las grandes empresas debido a los buenos resultados obtenidos durante más de quince años, y curiosamente un intangible ciudadano: la confianza de los habitantes en su país y su desarrollo personal dentro de él. No es este el lugar para un examen en profundidad, pero el tema de la transformación y fortalecimiento de ciertos aspectos de la identidad nacional ha sido un fenómeno sociológico fundamental en el desarrollo del país. Sin perjuicio de ello y si bien parte del aumento de ahorro se ha convertido en un aumento de inversión, al desglosar los ítems de inversión es factible constatar que un porcentaje pequeño de esta inversión es de carácter tecnológico, pues en el universo de inversiones posibles éstas son percibidas como más riesgosas que otras inversiones.

Un sexto aspecto es la apertura a la inversión extranjera, materializada en la creación de un estatuto jurídico especial para ella. El resultado ha sido la suscripción de innumerables acuerdos de libre comercio, y antes ya acuerdos de complementación económica, los cuales se han traducido en un flujo directo y constante de inversión que ha movilizado cuantiosos recursos hacia sectores productivos rentables a largo plazo, y más importante aún, promovido la transferencia tecnológica internacional. Cabe señalar que la tasa de transferencia tecnológica es intensa desde los países desarrollados hacia aquellas empresas en las que se precipitó la inversión en el país.

Esta se ha focalizado específicamente en equipamiento, infraestructura, servicios y personal calificado. La asimilación de la tecnología extranjera ha sido fluida y dinámica. Es de destacar el caso de la minería, en el cual no solo ha habido transferencia, sino mejoramiento de tecnologías originales tanto en nuevas funcionalidades como en desempeños superiores. La transferencia de tecnología sigue siendo la principal forma de obtención de tecnología tanto por el sector privado como por el público.

Un séptimo aspecto a considerar dice relación con una inversión estatal destinada al desarrollo de la infraestructura, la educación y la lucha contra la pobreza. Efectivamente, el Estado ha asumido como tareas principales en primer lugar el desarrollo de infraestructura material país, así, la interconexión de todo el país a través del sistema de carreteras mediante el sistema de las concesiones de obras públicas, lo cual ha atraído inversión extranjera que se combina con la local enfatizando la rápida transferencia tecnológica en el sector. La educación se encuentra sometida a un proceso de reforma orientado y destinado a mejorar sustancialmente los aspectos cobertura y calidad. La idea matriz es que la educación se haga cargo de los nuevos desafíos del país, entre los cuales las necesidades tecnológicas de éste juegan un rol primordial.

Un octavo aspecto a enfatizar dice relación con la economía orientada hacia el crecimiento económico, convicción que se traduce en que más crecimiento implica más y mejor distribución de la riqueza, lo cual redundará en el mejoramiento de la calidad de vida de los chilenos y la superación de la pobreza. Esta es la lógica que subyace tras la llamada "Agenda Pro Crecimiento".

Un noveno aspecto a analizar dice relación con la baja inflación, lo cual ha tenido un efecto directo en el desplazamiento de la inversión desde activos fijos hacia el desarrollo de negocios más intensivos en tecnología. Por último, cabe mencionar la promoción de la libre iniciativa, valorándose en términos generales la iniciativa emprendedora personal.¹⁸

¹⁸ Cabe tener presente el artículo publicado en El Mercurio con fecha 26 de marzo de 2006, cuerpo B, "Enfoques Economía y Negocios", páginas B6 y B7, Tamblay María Eugenia: "Los ambiciosos salen del closet: La ambición pasó a ser de defecto a virtud: Ninguna persona, empresa o país progresa si no tiene esa fuerza interior que nos impulsa a lograr nuestros sueños. Pero el exceso de esta energía despertó por años suspicacias entre los chilenos". Todo esto sin perjuicio de las grandes trabas a nivel burocrático que atentan en su contra, cómo se verá por ejemplo al analizar el tema de las patentes de invención.



Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Comentario de jurisprudencia sobre uso de información privilegiada

COMENTARIO:

Pablo Rodríguez Grez

Decano

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Con fecha 25 de octubre de 2005, la Corte Suprema pronunció un fallo en recurso de casación en el fondo, mediante el cual sancionó a un conjunto de personas, miembros todas de un "pacto controlador" del Banco de Chile, imputándoles el uso de información privilegiada, conducta definida en el artículo 164 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

I. Los hechos de la causa

Conviene, desde luego, dejar sentado que el control ejercido por los sancionados corresponde a la figura establecida en el artículo 97 letra b) del mismo estatuto jurídico, esto es, **"influir decisivamente en la administración de la sociedad"**. En efecto, el mencionado "grupo controlador" detentaba un 34,77033% del caudal accionario del Banco de Chile, razón por la cual ejercía un control precario sobre dicha institución, lo cual hacía posible que cualquier otro inversionista pudiera disputar este control a través del aumento de su participación o de nuevos pactos de acción conjunta.

A su vez, el llamado "grupo Luksic", a través de Quiñenco S. A., detentaba un 12,3% del capital accionario del Banco de Chile y poseía, además, un 51,2% del Banco A. Edwards. Sus representantes habían manifestado a los miembros del "pacto controlador" que no aspiraban a disputar el control y que su inversión era financiera.

En este contexto general se suscita el conflicto que resuelve la Corte Suprema, el cual, en lo medular, consiste en lo siguiente:

1. Andrónico Luksic, director de Quiñenco, cita a algunos de los miembros del "pacto controlador" del Banco de Chile (Carlos Alberto Délano y Carlos Eugenio Lavín del grupo empresarial Penta), para informarles que había resuelto dejar de lado su calidad de inversionista financiero y que tiene la intención de intervenir activamente en la administración de esta institución. Para estos efectos, entre sus planteamientos figura la posibilidad de integrarse al "pacto", de fusionar el Banco A. Edwards con el Banco de Chile y de adquirir por medio de una Oferta Pública de Acciones (OPA), desde luego, un 8% más de acciones en el precio de \$ 50 por acción (en ese momento las acciones se transaban en la Bolsa en \$ 41) con el fin de alcanzar una participación del 20%, reclamando para Quiñenco, a lo menos, dos directores. Estas proposiciones quedan abiertas y pendiente de una nueva reunión entre los interesados.
2. Es necesario dejar sentado, desde ya, que no existía al respecto un "acuerdo" del directorio de Quiñenco, sino una simple proposición del director Andrónico Luksic, la cual no había sido resuelta por este organismo sin antes conocer la posición de los actuales controladores. Asimismo, que fue el propio Luksic quien les solicitó que comunicaran a los demás integrantes del "pacto de control" las proposiciones señaladas.
3. Los personeros indicados (Délano y Lavín) tomaron contacto con todos los miembros del "pacto", dándoles a conocer estas proposiciones, las cuales se consideraron como una estrategia comercial destinada a una toma hostil de control del Banco de Chile.
4. Como consecuencia de aquel análisis, se desestimó la posibilidad de integrar al "grupo Luksic" al "pacto controlador", la fusión del Banco A. Edwards con el Banco de Chile, y la posibilidad de acceder a que dos representantes de Quiñenco S. A. integraran el directorio. Lo último, teniendo en consideración de que el "grupo Luksic" controlaba el Banco A. Edwards, competidor del Banco de Chile, situación anómala, pero que no está prohibida en la ley chilena.
5. Atendida la amenaza que se cernía sobre los controladores y conocida la intención de uno de los directores de Quiñenco S. A., el "grupo Consorcio", integrante del "pacto", que detentaban entonces un 3,5% del caudal accionario del Banco de Chile, resuelve adquirir más acciones hasta alcanzar un 10% de participación, a objeto de que el "pacto de control", a su vez, elevara su participación a un 40%, consolidando de este modo su posición. El objeto de estas nuevas adquisiciones accionarias era exclusivamente reforzar el "pacto de control" y evitar que éste se debilitara como consecuencia de una posible

tentativa de toma hostil del control por parte del “grupo Luksic”. Es necesario hacer notar que el “pacto de control” no impedía –sino que por el contrario alentaba– la compra de acciones por cualquiera de sus integrantes, condicionando sólo la venta de las mismas a un derecho preferente de sus miembros. Prueba de la vocación compradora del “pacto” era el hecho de que entre noviembre de 1999 y noviembre de 2000 había aumentado su participación entre un 26,971% y 34,77033%.

6. Para los efectos antes indicados y frente a la amenaza que encerraban las proposiciones del director de Quiñenco S. A., resuelve el “grupo Consorcio” adquirir en Bolsa nuevos paquetes accionarios, fijándose como precio \$ 50 (el mismo que había anunciado Andrónico Luksic en la reunión antes mencionada y que coincidía con los estudios realizados al efecto). De esta forma se podía impedir que una OPA, que no estaba aún acordada por el directorio de Quiñenco, permitiera desestabilizar al “pacto de control”.

7. Todos los compradores estaba facultados por la autoridad para incrementar su participación en la propiedad del Banco de Chile, razón por la cual no había impedimento alguno para realizar estas nuevas adquisiciones accionarias.

8. Sin perjuicio de lo señalado, tanto la Bolsa de Comercio de Santiago, en razón de las normas de autorregulación, como la Superintendencia de Valores y Seguros, invocando el interés público y la protección de los inversionistas, suspendieron, en dos oportunidades, la transacción de acciones del Banco de Chile (las que habían fluctuado el mismo día entre \$ 41 y \$ 50). En definitiva, el “pacto controlador” sólo logró comprar un 14% de lo originalmente proyectado (de 375.000.000 de acciones de las series A, B, D y E de SM-Chile se alcanzó a adquirir 55.271.855). Cabe destacar el hecho de que el único comprador de los integrantes del “pacto” fue el “grupo Consorcio”, entre cuyos personeros no se hallaban ni Carlos Alberto Délano ni Carlos Eugenio Lavín (integrantes del “grupo Penta”).

9. Con posterioridad, y agotados estos actos, se renovaron los contactos entre “grupo Luksic” y los miembros del “pacto controlador”. Fue entonces cuando se acordó ceder al primero la totalidad de las acciones del segundo, en el precio de \$ 60, precio que comprendía, como es natural, el pago del control, pasando una filial de Quiñenco S. A. a detentar el control efectivo del Banco de Chile, conforme al artículo 97 letra a) de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

10. Finalmente, la Superintendencia de Valores y Seguros procedió a sancionar a dos miembros del “pacto controlador” (grupo “Consorcio” y “grupo Penta”). Al primero, por el hecho de haber adquirido acciones del Banco de Chile, en

razón del uso de la información privilegiada a que tuvo acceso cuando Adrónico Luksic, como director de Quiñenco S. A., dio a conocer su intención de dejar de ser un accionista pasivo y formular diversas proposiciones, ya sea para integrarse al "pacto de control", fusionar otra entidad bancaria que ya controlaba con el Banco de Chile, aumentar su participación al 20% y exigir dos puestos en el directorio del banco. Al segundo, al parecer, por haber comunicado la proposición anterior conforme la petición formulada por el propio Adrónico Luksic.

La cuestión planteada, en consecuencia, se reduce, ni más ni menos, que a fijar el alcance que debe darse a la llamada información privilegiada definida en el artículo 164 de la Ley sobre Mercado de Valores y establecer si los personeros sancionados efectivamente infringieron la ley, como lo dispuso la Superintendencia de Valores y Seguros.

II. Información privilegiada

El sentido y alcance de la llamada información privilegiada suscita varias dudas interpretativas que conviene dilucidar.

De conformidad al artículo 164 de la Ley de Mercado de Valores, se trata de "**cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores emitidos**, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley".

En el caso que nos ocupa, parece de toda evidencia que la sanción se impuso como consecuencia de que uno de los miembros del "pacto controlador" del Banco de Chile tomó conocimiento, a través de la información transmitida por los señores Carlos Alberto Délano y Carlos Eugenio Lavín, de una proposición formulada por un director de Quiñenco S. A., en el seno de aquel directorio, para adoptar una determinada "estrategia comercial" (sea con el fin de incrementar la partición de aquella sociedad en la propiedad del Banco de Chile, sea para incorporarse al "pacto controlador", sea para fusionar el Banco de A. Edwards a aquél), procediendo uno de ellos (el "grupo Consorcio") a adquirir acciones para reforzar y consolidar el control precario que detentaban.

A su vez, el deber de lealtad, fidelidad y reserva impuesto en la ley corresponde a "**cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada...**".

De lo dicho se infiere, entonces, que la información privilegiada implica una conducta ilícita (una prohibición legal), que limita la libertad de actuar en el mercado (en este caso para adquirir acciones), en función de los intereses de terceros que sufrirán un perjuicio correlativo al beneficio que consigue el infractor. En consecuencia, a la luz de lo prevenido en el artículo 19 N°s 23 y 24 de la Constitución Política de la República, las normas legales que limitan la libertad para “adquirir el dominio de toda clase de bienes” deben interpretarse **restrictivamente, no pudiendo extenderse a otras situaciones que no sean aquellas expresa y formalmente descritas en la ley**. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, es indudable que la prohibición debe hallarse referida al Banco de Chile (emisor de las acciones), o a los negocios del mismo, o a uno de los **valores emitidos por éste**.

De la misma manera, para que la información tenga carácter de privilegiada, debe llegar a conocimiento del infractor sea en razón de **cargo, posición, actividad o relación** con el emisor de los valores afectados.

Aceptando que la interpretación de la ley debe atender a los valores, propósitos y objetivos que se procuran alcanzar, cuestión que, a juicio nuestro, queda meridianamente clara en lo prescrito en el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, deberá existir un perjuicio que, como se dijo, será siempre correlativo al beneficio que justifica la prohibición. De aquí que abogemos por una **interpretación finalista de la ley**, ya que lo contrario significa imponer a la norma un sentido sólo formal, meramente literal, que se satisface con la lectura superficial de su texto sin atender a la intención y espíritu de la misma. Se pasa a llevar con ello, ni más ni menos, que una disposición de rango constitucional, quebrantando, en consecuencia, el principio de “supremacía constitucional”, que, a juicio nuestro, gravita poderosamente en materia interpretativa, debiendo preferirse siempre aquel sentido en que la ley satisface un mandato constitucional.

Finalmente, la información privilegiada deberá estar referida a un **hecho concreto, serio y objetivo** y no a una simple intención, posibilidad o estrategia de negocios que comprenda varias alternativas complementarias o subsidiarias. Dicho de otro modo, la “amenaza” de adoptar una decisión comercial no tendrá nunca el carácter de información privilegiada.

Una correcta interpretación de lo que ordenan los artículos 164 y 165 de la Ley N° 18.045 nos lleva a sostener que para que la información tenga carácter de privilegiada, en este caso, debió **estar referida a los valores emitidos por el Banco de Chile** (acciones); haber sido adquirida en razón de la **posición de quien recibe la información en el ente emisor de los valores; haber causado perjuicios a terceros** (correlativos a los beneficios ilegítimos que obtiene el que hace uso de la información); y **tratarse de un hecho real, objetivo y serio** y

no sólo de un suceso probable, eventual o posible. Reunidos estos requisitos, parece evidente que quien hace uso de la información privilegiada obra de mala fe, o a lo menos con culpa, ya que una persona que emplea la diligencia del hombre medio (“el buen padre de familia”), conforme a los estándares generales prevalecientes en la sociedad, indudablemente no puede incurrir en una conducta semejante sin reparar en su inconveniencia.

A lo anterior debe agregarse, aún, una cuestión esencial. Las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros se insertan en la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*). Ello implica que el Estado transfiere la jurisdicción punitiva a organismos de la Administración, sujeta, empero, a un control de juridicidad posterior por parte del Poder Judicial. Las infracciones susceptibles de ser sancionadas por los órganos administrativos deben presentar, en general, los mismos caracteres que la comisión de un ilícito penal, razón por la cual el ente administrativo estará limitado por el principio de tipicidad, presunción de inocencia, *non bis in idem*, doble instancia, culpabilidad, etcétera. Una infracción de esta naturaleza, por lo tanto, exige el elemento subjetivo del delito (dolo o culpa), cuestión que ha sido reconocida por los autores y los tribunales. Baste recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado (27 de diciembre de 1996) que **“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del propio Estado”**.¹ Especialmente ilustrativo sobre este particular es lo manifestado por el profesor Enrique Cury Urzúa, quien señala, al referirse al ilícito gubernativo (administrativo), **“Tampoco existe un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, esta sólo debe ser impuesta a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”**.² En consecuencia, la infracción que comentamos requiere de un reproche subjetivo (dolo o culpa), sin el cual no cabe una sanción penal (ilícito administrativo) que, atendida su levedad, queda entregada a la potestad punitiva de la Administración, sin perjuicio, como se dijo, de la revisión jurisdiccional posterior.

La interpretación que prescinde de los elementos antes señalados nos aproxima peligrosamente a una verdadera **responsabilidad objetiva de carácter penal** que la ley no ha consagrado y que constituye un atentado a la libertad de oportunidades, que es uno de los elementos fundamentales en el funcionamiento del mercado.

¹ Acerca de este punto ver el comentario que sobre este mismo fallo aparece publicado en *Sentencias destacadas 2005*. Editado por “Libertad y Desarrollo”, de que es autor José Miguel Ried Undurraga. Pág. 31.

² ENRIQUE CURY URZÚA. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. Pág. 111.

III. La información que se sancionó no era privilegiada

Sostenemos que la información que se sancionó en este caso no era privilegiada, ya que no concurre ninguno de sus elementos y sólo se funda en una errada interpretación literal de los textos legales.

a. La información no estaba referida a los valores emitidos por el Banco de Chile

La noticia dada voluntariamente por Andrónico Luksic a dos personeros del "pacto controlador" consistió en una "estrategia comercial" que contemplaba varias posibilidades. Es más, ella debió considerarse una proposición de actuación conjunta formulada a todos los miembros del "pacto". Recuérdese que se propuso la incorporación a este último, a la fusión de otro Banco, a la intención de dejar de ser un accionista pasivo, de adquirir un 8% adicional del caudal accionario para llegar a un 20% de su capital, y al derecho de elegir dos directores de la entidad. Por lo tanto, la información, por sí sola, no incidía directa y necesariamente en la cotización de los valores emitidos. Ello dependía de la posición que adoptara el "pacto controlador". Forzoso es reconocer, entonces, que los efectos de la información quedaban a merced de los presuntos infractores, razón por la cual su influencia en el mercado dependía de un acto "propio" y no del acto del informante.

Nos hallamos, entonces, en presencia de una estrategia negocial en que un accionista propone a otros una actuación conjunta, dejando a éstos en situación de decidir libremente los efectos y consecuencias que se seguirán de ella (la proposición). Si se estimara que se ha generado una información privilegiada, los accionistas que recibieron la proposición habrían quedado paralizados, a disposición del informante, sin poder adoptar medida alguna en resguardo de sus derechos. Sería ésta una hábil estrategia para imponerse a los competidores, todo lo cual resulta simplemente absurdo. No podía ser la creación de esta situación lo que perseguía ninguna de las partes en el conflicto que nos ocupa, como se desprende de sus dichos en el proceso.

La proposición informal realizada por Andrónico Luksic a dos personeros del "pacto controlador" ("grupo Penta"), para que se transmitiera a sus demás miembros, podía o no influir en la cotización de las acciones del Banco Chile en el mercado bursátil, según fuere la decisión que adoptaran los integrantes de dicho pacto. En tal caso, la información, por sí sola, carecía de la calidad que exige la ley y quedaba subordinada a lo que decidieran los integrantes del "pacto controlador". Dicho más claramente, nos hallamos ante una estrategia comercial, propia de las relaciones entre accionistas, que no conforma información privilegiada, porque se integra por la voluntad del que da la noticia y

por la voluntad del que la recibe (de estas voluntades dependerán los efectos que en definitiva se produzcan).

Lo comentado queda plenamente demostrado por el hecho de que la cotización experimentada por las acciones del Banco de Chile no sufrió alteración alguna con ocasión del uso de una “presunta información privilegiada”, puesto que el “grupo Luksic” propuso su adquisición en \$ 50 y los miembros del “pacto de control” ordenaron comprar a \$ 50. De suerte que la actuación de cada una de las partes no influyó en el precio que recibirían los terceros que decidieran vender sus valores.

Lo anterior nos lleva a concluir que en el caso que analizamos no hubo una información privilegiada que afectara a los valores emitidos por el Banco de Chile, sino una proposición dirigida por un accionista (individualmente mayoritario) a los miembros de un “pacto de control”, la que contemplaba diversas alternativas que quedaban entregadas a la decisión de estos últimos.

b. Quienes recibieron la información no lo hicieron en razón de un cargo, posición, actividad o relación que les diera acceso a la misma

El deber de fidelidad que impide hacer uso de información privilegiada en provecho propio o de terceros relacionados o ajenos, tiene como fundamento una relación fiduciaria con el emisor de valores. Ello se manifiesta claramente en el artículo 165 de la Ley N° 18.045 al señalar que la información privilegiada debe ser adquirida por quien **tenga acceso a la información en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el emisor de valores**. O sea, debe existir un vínculo orgánico con el emisor que le permita tomar conocimiento de aquello que les está vedado a los demás.

Creemos que la ley alude a una información que se gesta en el ente emisor de valores o que es de su dominio, y a la cual se **accede** (tener acceso, paso o entrada a un lugar) en virtud de una vinculación fiduciaria. Dicho de otro modo, la información privilegiada se obtiene en razón de un cargo, posición, actividad o relación con el ente emisor y revela siempre un comportamiento desleal, abusivo y consciente. El artículo 166 de la Ley sobre Mercado de Valores da una pauta clara para confirmar lo que señalamos. Los casos allí contemplados, que constituyen presunción de acceso a información privilegiada, dan testimonio de que debe existir la vinculación indicada (directores, gerentes, administradores y liquidadores, personas controladoras o sus representantes que realicen operaciones o negocios tendientes a la **enajenación del control**, auditores externos e inspectores de cuenta del emisor, dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores, o liquidadores del emisor o del inversionista institucional, las

personas que presten servicios de asesoría permanente o temporal al emisor, etcétera). En lo que concierne a la posición (situación que podría ser imputada a los sancionados), la ley deja, también, claramente establecido que los controladores, sin otra vinculación con el emisor, no incurren en este ilícito sino cuando realizan operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control (artículo 166 letra c), o cuando hayan tenido o tengan acceso a la información privilegiada en razón de su posición. Es evidente que la información se obtiene del emisor y que lo que la ley sanciona es emplear indebidamente el acceso que se tiene para disponer de ella. Todo el título XXI de la Ley N° 18.045 está impregnado del mismo sentido, señalando, en cada caso, la vinculación que permite el acceso a la información privilegiada. Nótese que en el caso que nos ocupa la información no pertenecía al emisor, fue generada al margen de su actividad, se trató de personas que no tenían una vinculación fiduciaria con el mismo y que correspondía a negociaciones que son propias de los accionistas. Ni quien generó la información ni quien tuvo acceso a ella lo hizo en razón de un cargo, posición, actividad o relación con el emisor (Banco de Chile). Se trataba de una negociación entre accionistas, la cual fue transmitida por expresa solicitud del interesado a los miembros del “pacto de control”.

No se divisa, entonces, cómo se ha podido considerar privilegiada esta información que, además, no tenía el alcance de tal, ya que constituía, más bien, el manejo de una “estrategia comercial” cuyos efectos eran absolutamente ajenos al emisor y se radicaban sólo en el patrimonio y en interés de los accionistas comprometidos. No se advierte, tampoco, cómo pudo la Corte Suprema prescindir de esta circunstancia sin atribuirle ninguna importancia, no obstante el deber que pesaba sobre los falladores de aplicar la ley sin darle una interpretación extensiva.

c. Inexistencia de perjuicios para los terceros

Como queda establecido de los antecedentes de que da cuenta la sentencia de primera instancia, confirmada pura y simplemente por la Corte de Apelaciones, y la sentencia de la Corte Suprema que comentamos, esta operación (además fallida, ya que las proposiciones de Quiñenco no fueron aceptadas por los miembros del “pacto controlador”) no produjo perjuicio alguno, aun cuando sí beneficio para varios accionistas que alcanzaron a enajenar sus acciones al cumplirse parcialmente la orden de compra por parte de un integrante del “pacto de control”. Para configurar el perjuicio que hiciera posible aplicar esta sanción, la Corte Suprema invoca, erradamente a nuestro juicio, la negociación posterior a la oferta inicial de Andrónico Luksic, lo cual constituye, por así decirlo, una fase diversa en estas relaciones, sin un lazo causal que justifique la unión de ambas tratativas.

Fracasado el proyecto original de Quiñenco S. A., ante la negativa de los miembros del “pacto controlador” de aceptar alguna de las proposiciones formuladas, las partes, esta vez con el fin de transferir el control, iniciaron negociaciones encaminadas a ceder la totalidad de las acciones del Banco de Chile a una filial de Quiñenco S. A. Esta operación contempló un precio de \$ 60 por acción, puesto que incluía **la cesión del control de la sociedad emisora**. En el juicio respectivo, se deja establecido que esta última negociación sólo se abrió una vez frustrado el proyecto comercial descrito por Andrónico Luksic y que suponía un entendimiento entre Quiñenco S. A. y el “pacto controlador” para seguir ambos en la administración del Banco de Chile. La absoluta desconexión entre una y otra negociación excluye todo posible reproche, ya que el aborto que experimentó la OPA proyectada por una filial de Quiñenco S. A. fue consecuencias de actos lícitos y resguardos adoptados por el “pacto controlador” en ejercicio de sus derechos.

La sentencia de la Corte Suprema funda la existencia de perjuicios en la transferencia del control –reiteramos–, hecho posterior al fracaso de la negociación original. Se incurre en esto en un error evidente y grave, porque intencionalmente ambas cosas no están implicadas ni pueden atarse sus consecuencias. La negociación que culmina con la venta de todas las acciones del “pacto de control” sólo pudo abrirse una vez clausurada la “estrategia comercial” que dieron a conocer los personeros de Quiñenco S. A. a los miembros del “pacto”.

No cabe duda alguna de que nadie experimentó con estas negociaciones perjuicio y que lo sucedido es consecuencia natural y previsible de una estrategia comercial frustrada.

d. No se trató de un hecho objetivo, real y serio

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la proposición formulada por Andrónico Luksic y otros personeros de Quiñenco S. A. no reviste en derecho el carácter de un hecho (información) objetivo, real y serio.

En efecto, no es **un hecho objetivo**, porque todo lo informado se consideró en un contexto eventual, unido a otras proposiciones contradictorias o subsidiarias. Se informó sobre la intención de dejar de ser un accionista pasivo e integrarse a la administración del Banco de Chile; se manifestó el propósito de adquirir mediante una OPA un 8% del caudal accionario, lo cual era **compatible con el aumento paralelo de acciones por parte del “pacto controlador”**; se pidió que en el nuevo escenario se reconociera al “grupo Luksic” dos directores; se ofreció la fusión del Banco de A. Edwards con el Banco de Chile; se planteó, además, la posibilidad de que Quiñenco S. A. se incorporara al “pacto controlador”. En suma, no se trató de comunicar un hecho objetivo, concreto, sino

un abanico de posibilidades que debían considerarse en el contexto de una negociación.

Tampoco podría considerarse como **un hecho real**, ya que no existía entonces un acuerdo del directorio de Quiñenco S. A., sino una mera proposición que no había sido discutida ni aprobada. Tan efectivo es el hecho de que nos hallamos en presencia de una “negociación comercial”, que fue el mismo directorio el que antes de decidir estimó pertinente conversar con representantes del “pacto controlador” para provocar un acuerdo. Se trató, por consiguiente, de una típica tratativa comercial que podía o no concretarse, cuyos contornos y contenido no estaban definidos y que ponía en peligro la posición del “grupo controlador”. Si una persona manifiesta su “intención” de adquirir acciones para lograr el control de una sociedad, ¿tiene esta información el carácter de privilegiada y quien hace uso de ella infringe la ley? Tanto más evidente es su naturaleza, si se tiene en consideración que quienes traspasaron esta noticia advirtieron que no había acuerdo de directorio y nada exigieron sobre la confidencialidad y reserva de la información. En este contexto, no puede sostenerse que se trataba de un hecho real que dio origen a una información confidencial y que inhabilitó a los miembros del “pacto de control” para adoptar las medidas que estimaran conveniente en defensa de sus derechos y posiciones.

Por último, no puede estimarse **que se estaba ante un hecho serio**, en cuanto era inminente e irreversible. A la inversa, el hecho de que la proposición fuera múltiple, que la adquisición de acciones estuviera inserta entre todas ellas, que se trataba de abrir una negociación comercial, que el directorio de Quiñenco S. A. no se hubiera pronunciado, que se consideraba un riesgo que un competidor (Banco de A. Edwards) designara dos directores en el Banco de Chile y demás circunstancias, no permitía descubrir cuál sería el curso final de esta negociación y sus alcances. Todos estos hechos corresponden rigurosamente a lo que consta del proceso y debieron ser considerados por la Corte Suprema.

e. Ausencia de reproche subjetivo a los presuntos infractores

Por último, haciéndonos eco de lo manifestado precedentemente en relación a la naturaleza del ilícito gubernativo (como lo denominan los autores) y la exigencia de que concurren en él los elementos esenciales del ilícito penal (entre ellos la culpabilidad), forzoso resulta reconocer que sólo puede darse esta figura cuando existe dolo o culpa y la infracción está descrita (tipificada) en la ley. De los antecedentes que se señalan en ambas sentencias (de primera instancia y de casación) se concluye que no hubo por parte de los sancionados la intención de aprovecharse de la proposición formulada por un accionista, y que su conducta estuvo orientada por el legítimo interés de defender sus derechos como integrantes del “pacto de control”. Para aplicar la sanción, la

Corte Suprema debió configurar un “**ilícito objetivo**” que echa por tierra toda la doctrina y jurisprudencia comentada con antelación.

En suma, no concurrió en la especie **ninguna de las exigencias legales que configuran copulativamente una información privilegiada**. La interpretación que la Corte Suprema da a los artículos 164, 165 y 166 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, no se compadece con las exigencias mínimas de una hermenéutica elemental. Bastaba considerar los elementos que contiene cada una de las disposiciones comentadas para descubrir que lo ocurrido no se ajusta en absoluto a la conducta que describe la ley. Lo anterior cobra mayor importancia, atendido el hecho de que la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, se hace cargo de cada uno de estos tópicos, analizando detenidamente la situación y exonerando a los demandantes de responsabilidad, todo lo cual evidencia la ausencia de un análisis más detallado por parte de la Corte Suprema.

IV. La defensa de la Superintendencia de Valores y Seguros

El organismo administrativo sostuvo que el mercado “sólo funciona eficientemente cuando la información disponible sobre un título se internaliza e incorpora rápidamente a su precio”. Lo señalado puede ser efectivo, pero ello no implica ni remotamente que toda información que pueda influir en la cotización de los valores emitidos tenga carácter de privilegiada por sí misma, o que imponga un deber de lealtad, confidencialidad y reserva a quien tiene acceso a ella por una fuente diversa del emisor.

Se destacan, enseguida, “los grandes pilares que permiten el funcionamiento eficiente del mercado de valores”. A este respecto llama la atención que no se mencione la “buena fe”, la “libertad contractual”, los “fines o intención de la ley”, el “carácter y naturaleza del ilícito gubernativo”, etcétera. En relación a la “información plena”, es de destacar que ella está referida a la obligación de los agentes que hacen oferta pública de valores de entregar todos los antecedentes relevantes respecto de sí mismos, pero no a quienes son titulares de dichos valores, los cuales sólo tienen la obligación de no divulgar aquello que la ley exige.

En relación con el “concepto de información privilegiada” en su aspecto general, las insuficiencias en que incurre la Superintendencia son patentes. No se considera ninguno de los requisitos analizados en lo precedente, ni su origen, ni los cauces a través de los cuales puede haberse accedido a ella, ni la vinculación fiduciaria entre el ente emisor y quien utiliza la información privilegiada, ni su objetividad, realidad y seriedad, ni el reproche subjetivo que supone la

infracción. El esfuerzo del organismo público apunta a **objetivizar** la conducta de modo de crear una especie de presunción de derecho en perjuicio del sancionado. En ese orden de cosas, se omite toda alusión al hecho de que el ilícito castigado administrativamente debe respetar los principios básicos de toda infracción penal, ya que se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración (*ius puniendi*).

Llama poderosamente la atención la afirmación de la Superintendencia en el sentido que el perjuicio patrimonial existió y que éste se deriva de haber forzado al "grupo Luksic" a una negociación directa por la venta del paquete controlador al precio de \$ 60 por acción, parte de las cuales habían sido adquiridas antes en \$ 50. Lo anterior, como se señaló en lo precedente, no parece ser efectivo, ya que la transferencia del "paquete controlador" sólo se planteó una vez fracasada la maniobra comercial planteada por Andrónico Luksic a los personeros del "grupo Penta" y que hizo abortar la OPA propuesta al directorio de Quiñenco S. A. por el indicado Andrónico Luksic. Así las cosas, ha debido advertirse que no hay una relación causal necesaria entre la venta del "paquete de control" y las proposiciones originalmente formuladas a los miembros del "pacto controlador". Esta cuestión, creemos nosotros, es fundamental para calificar la licitud de la conducta de los sancionados.

Con todo, lo preocupante, reiteramos, es el esfuerzo que se hizo para llevar a la Corte Suprema a dos conclusiones: primero, que este tipo de información es, por sí misma, privilegiada, generándose una responsabilidad penal administrativa objetiva, lo cual equivale a una presunción de derecho de responsabilidad que repugna, incluso, principios y garantías constitucionales (artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Política); y, segundo, que el factor determinante para la calificación de la información privilegiada debe ser su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado y la falta de publicidad y difusión de la misma. Ambas conclusiones son absolutamente insuficientes para calificar la información privilegiada y aplicar la sanción que ratificó el tribunal de casación, como ha quedado demostrado en lo precedente. Las normas legales en juego parecen ser muchísimo más complejas y exigían, creemos nosotros, un estudio detenido que fijara los parámetros de este instituto hacia el futuro.

V. La sentencia de casación

Es bien poco lo que puede decirse de la sentencia de casación, la cual contrasta con la pronunciada por el tribunal de primera instancia confirmada por la Corte de Apelaciones. Esta última se hace cargo de la mayor parte de los argumentos planteados por las partes y los resuelve, a nuestro parecer, correctamente.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema, luego de describir pormenorizadamente las causales de casación en el fondo invocadas por la Superintendencia de Valores, de transcribir íntegramente el texto de las disposiciones legales que incidían en el recurso y describir los “hechos que configuran la infracción que motivó la multa reclamada”, afirma que corresponde “analizar ahora la información calificada propiamente tal, debiendo destacarse, en primer lugar, que lo que realmente importa para calificar como privilegiada una información en este ámbito es su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado, como asimismo su falta de difusión y publicidad” (considerando 19°). Como puede observarse, el Tribunal Supremo recoge el planteamiento de la Superintendencia, con todas las insuficiencias que éste presenta. Más adelante, se pone acento en el uso del pronombre indeterminado “cualquier” o “cualquiera” en el texto del artículo 165 incisos 1° y 2° de la Ley N° 18.045, a fin de darle un amplísimo ámbito de aplicación (considerandos 20° y 21°). Finalmente, se califican las proposiciones que Andrónico Luksic formuló a los personeros del “grupo Penta” como “negocios de Quiñenco S. A.” (en circunstancias que se trató de una serie de proposiciones que integraban toda una estrategia negocial) y que la “operación de compra realizada por el “grupo Penta”, al cual éstos (los sancionados) pertenecen, forzó al Grupo Luksic a negociar directamente la venta del paquete de control por el cual recibieron \$ 60 por acción, parte de las mismas que antes había adquirido en \$ 50 (olvidándose que el llamado “grupo Penta” no compró acciones, sino que fue el “grupo Consorcio”, y que la transferencia posterior del paquete del “pacto” implicaba el traspaso del control del Banco de Chile), como quedó explicado en lo precedente (considerando 24°).

VI. Conclusiones

Como puede constatarse, las cuestiones más trascendentes quedaron olvidadas, las mismas que habían sido analizadas y ponderadas en la sentencia anulada.

Desperdió la Corte Suprema una buena oportunidad para analizar y fijar la posición del Tribunal de Casación en relación, especialmente, a la recta interpretación de los artículos 164 y 165 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, que seguirán presentes constantemente en el tráfico comercial. Asimismo, eludió plantearse el alcance del *ius puniendi* que corresponde a la Administración y las exigencias mínimas que conlleva su ejercicio.

Por último, y quizás sea esto lo más desalentador, es la incorporación de una especie de “**responsabilidad objetiva**” respecto de toda información que tenga “la aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado, como asi-

mismo su falta de difusión y publicidad". Creemos nosotros que la información privilegiada en nuestra legislación es mucho más que esto, está integrada por elementos objetivos y subjetivos, exige un vínculo fiduciario entre quien genera y quien utiliza indebidamente la información y excluye el conocimiento de meras intenciones cuando ellas, además, se insertan en una estrategia comercial, como ocurrió en este caso. Más aún, la sanción impuesta en la ley se justifica por el quebrantamiento de un deber de lealtad, fidelidad y reserva que sólo pueda estar asentado en una relación fiduciaria entre el emisor de valores y el infractor. No tiene sentido la imposición de un deber general que no obedece ni corresponde a una relación previa que se trata de afianzar y resguardar.

Esperamos que esta jurisprudencia se enmiende en el futuro, porque ella afecta la autonomía privada, la libertad contractual y los principios de tipicidad y culpabilidad aludidos en las páginas precedentes.

A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada

COMENTARIO:

Francisco Pfeffer Urquiaga

Profesor Titular de Legislación Económica

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“Santiago, veintisiete de octubre del año dos mil cinco.

Vistos: En estos autos rol N° 4930-04 la demandada, Superintendencia de Valores y Seguros, interpuso recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia, del Vigésimo Juzgado Civil de la misma ciudad. El fallo de primer grado acogió la reclamación de multa y, en consecuencia, dejó sin efecto en todas sus partes la Resolución Exenta N° 166, de 08 de mayo del año 2001, dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros, por infracción al artículo 165 de la Ley N° 18.045. En ella se aplicó a los Sres. (7 en total)... por la infracción cometida, una multa de 1.000 Unidades de Fomento, a cada uno, pagaderas en su equivalente en pesos a la fecha de su pago efectivo, con costas. Se trajeron los autos en relación. Considerando:

1°) Que el recurso consigna que el tribunal determinó, en su sentencia, que los reclamantes no son responsables de la infracción al artículo 165 de la Ley N° 18.045, imputada por la Superintendencia de Valores y Seguros, ello en virtud de las razones que se expresan en el aludido fallo. Denuncia que al decidir en esa forma se infringieron los artículos 164 inciso 1° y 2° y 165 de la Ley N° 18.045; 19, 20, 21 y 22 inciso 1° del Código Civil, ello por la incorrecta aplicación e interpretación de la ley antes mencionada, pues, pese a que los reclamantes hicieron un uso indebido de información privilegiada, incurriendo en conductas prohibidas por la precitada ley, fueron absueltos del pago de la multa por la sentencia de primer grado, la que fue íntegramente confirmada por la de segundo;

2°) Que un primer grupo de infracciones lo hace consistir en la vulneración de las normas anotadas precedentemente, dado que al interpretarlas y aplicarlas incorrectamente, se efectuaron confusas consideraciones sobre los requisitos que deben concurrir para que la información califique como privilegiada, y además por

exigir requisitos no contemplados en la ley, todo lo cual llevó a los sentenciadores a acoger la reclamación de autos. Explicando la forma en que se habría producido esta primera infracción, apunta que la sentencia establece como requisito para calificar de privilegiada a la información, la exigencia de que ella sólo consista en un hecho consumado, descartando en consecuencia que pueda llegar a calificar como tal el conocimiento que se tenga sobre la intención de un agente de mercado. Sin embargo, ocurre que ni el inciso 1° ni el inciso 2° del artículo 164 de la Ley N° 18.045 excluyen la intención como una forma en que se pueda presentar y manifestar la información privilegiada; tal es así que la norma legal en comento habla que cualquiera información... puede llegar a ser privilegiada. Para que ello ocurra debe tratarse de información no pública o no divulgada al mercado y que por su entidad, importancia o significación, tenga la aptitud causal, por sí sola, de afectar, alterar, incidir o modificar sensible o fácilmente el precio de una acción en el mercado;

3°) Que, asimismo, agrega, se infringen también por errónea aplicación e interpretación de ley, los incisos 1° y 2° del artículo 164 de la Ley N° 18.045, el inciso 1° del artículo 19 y los artículos 20 y 21 del Código Civil, pues la sentencia estima que los hechos establecidos en el proceso son insuficientes para tener por configurados los requisitos exigidos por la ley para calificar de privilegiada la información. Pormenorizando la forma en que se habría configurado este aspecto de la infracción, indica, en síntesis, que los hechos establecidos en el proceso permiten calificar a la información-intención comunicada por el Grupo Luksic a los reclamantes de precisa, real, concreta e idónea, de manera que pudo influir en la cotización de los valores emitidos, como de hecho ocurrió. Tanto es así, añade, que la información que recibieron los reclamantes del señor Andrónico Luksic Craig, la entendieron como una amenaza cierta, efectiva y real al control precario que ejercían en el Banco de Chile, por lo que acordaron, a partir de su conocimiento, comprar acciones del aludido Banco al mismo precio que el Grupo Luksic había dicho que compraría. Expuesto de otro modo, la información que los reclamantes recibieron del Sr. Luksic condicionó, determinó y definió su conducta posterior;

4°) Que el recurso denuncia, como un segundo grupo de errores de derecho, la infracción de los mismos preceptos legales ya mencionados, y lo funda ahora en el hecho que se ha desconocido el principio que subyace como bien jurídico protegido en el concepto de información privilegiada y en la prohibición de su utilización indebida a que se refieren los incisos 1° y 2° del artículo 165 de la Ley N° 18.045. Explicando la forma en que se han producido estos errores de derecho sostiene que ello se produce desde el momento en que la sentencia impugnada, no obstante reconocer que el principio de igualdad es el que se protege con la norma que prohíbe el uso de información privilegiada, no declara, a partir de los hechos establecidos en el proceso, la desigualdad que se produjo entre los reclamantes y los inversores que realizaron operaciones de compraventa de acciones el día 04

de diciembre de 2000. Prosigue que, de haberse aplicado correctamente el artículo 165 de la Ley N° 18.045, respetando el principio de igualdad que subyace como bien jurídico protegido en la normativa que prohíbe el uso de información privilegiada y que la propia sentencia reconoce, los tres grupos de agentes involucrados en la operación debieron haber actuado y tomado sus decisiones de inversión o desinversión con el mismo nivel y grado de información; sin embargo, de la relación de hechos asentados en el proceso resulta claro que ello no fue así, por el contrario, existió una notoria desigualdad;

5°) Que, igualmente, en el recurso se sostiene que la infracción a la normativa ya citada se produce desde el momento que la sentencia establece una exigencia no pedida en la ley para sancionar el uso indebido de información privilegiada, como la de exigir que el emisor de esa información se encuentre en una relación fiduciaria con la fuente de la misma, en que predominan los deberes de honestidad, fidelidad y silencio. Explaya que si bien es cierto que los deberes de honestidad y fidelidad están presentes como expresiones generales de la buena fe con que se debe actuar en el mundo de los negocios, no es efectivo que la ley chilena exija una relación fiduciaria entre la fuente de la información y el autor de la conducta para configurar el ilícito de uso de información privilegiada. Ello pues tanto el artículo 164 como el 165 de la ley antes referida utilizan las expresiones cualquier información el primero y cualquier persona el segundo. El pronombre cualquier en la primera acepción que le da el Diccionario de la Real Academia Española, significa una persona indeterminada, alguno, sea el que fuere. Así, para que cualquier persona pueda acceder a cualquier información sobre el emisor, sus negocios o sus valores, la ley sólo exige que ello se materialice mediante el ejercicio de un cargo, por la utilización de una posición, por el desempeño de una actividad o por la relación que se tenga con la fuente de la información. En suma, no exige la ley una relación fiduciaria entre la fuente de la información y el sujeto que accede a ella; no obstante ello, el sentenciador sí lo exigió, extendiendo indebidamente el precepto legal en estudio. Continúa, de no haber tenido los reclamantes la posición de pacto controlador del Banco de Chile, del que a su vez el Grupo Luksic era accionista mayoritario, es obvio que no habría habido relación ni actividad entre los reclamantes y el Sr. Luksic, y la información no habría fluido hacia aquellos ni tampoco la hubieren conocido;

6°) El recurso agrega que, debido a la incorrecta aplicación e interpretación de las normas que se dieron por vulneradas, la sentencia propugna como requisito para calificar de privilegiada a la información y para configurar la infracción por uso indebido de la misma, la exigencia de cierta intencionalidad, dolo o culpa en el autor de la conducta. Se alega, asimismo, que si bien nada de ilícito hubo en la pretensión de los reclamantes de defender su posición de pacto controlador, el ilícito se cometió por el medio utilizado, el que les estaba prohibido en función de su conocimiento de información privilegiada. Tampoco hubo ilicitud en la decisión

del Grupo Luksic de abandonar el supuesto sobreentendido existente en cuanto a que su inversión en el Banco de Chile era pasiva y meramente financiera. Pero si optaron por defender su posición de pacto controlador a partir del conocimiento de la información de que el Grupo Luksic abandonaba su condición de inversionista pasivo en esa entidad bancaria, sí violaron el deber de conducta que la Ley les imponía;

7º) Que, anota que otro error de derecho consistiría en la conclusión a que arriban los sentenciadores desde el momento en que el fallo concluye que si la información no era privilegiada para quienes la comunicaron, tampoco lo pudo ser para quienes la recibieron. En suma, dice el recurrente, la interpretación restrictiva y condicionada a requisitos no exigidos por la ley que la sentencia impugnada hace de la normativa sobre uso de información privilegiada, equivale prácticamente a derogar el título respectivo de la Ley de Mercado de Valores; Al consignar la forma en que este error de derecho habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, destaca que si la sentencia de segunda instancia hubiere aplicado correctamente los preceptos examinados, debió haber concluido que en la operación cuestionada y sancionada por la Superintendencia de Valores en la Resolución reclamada, se infringieron las normas legales tantas veces citadas;

8º) Que como un tercer grupo de infracciones legales se estampa la vulneración de los artículos 1700, 1702, 1706 y 1713 del Código Civil, y artículos 342 N°s 2 y 3, 346 N° 3, 398, 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los incisos 1º y 2º de los artículos 164, y 165, ambos de la Ley N° 18.045; todos ellos en relación con los artículos 19 inciso 1º, 20, 21 y 22 inciso 1º del Código Civil. Mediante estas infracciones se habrían violado las leyes reguladoras de la prueba, apreciando el valor de la prueba rendida de un modo diverso a aquel previsto en la ley. Explicando la forma en que se habrían quebrantado tales normas, se señala, en resumen, que en el considerando N° 11 de la sentencia de primer grado se afirma que la información debe ser precisa, real, concreta e idónea, de manera que pueda influir en la cotización de los valores emitidos, para así poder calificarla dentro del concepto del artículo 164 de la Ley N° 18.045, añadiéndose que, en la especie, la información-intención comunicada por el Grupo Luksic a los reclamantes no reuniría tales requisitos, razón por la cual no cabe calificarla como información privilegiada, ni sancionar su uso indebido. Refiere el recurso que son los propios reclamantes los que reconocen y confiesan en su libelo lo precisa, real, concreta e idónea para afectar el precio de un título en el mercado que fue la información-intención que conocieron del Grupo Luksic. Al no valorar tal reconocimiento conforme lo ordena la norma del artículo 1713 del Código Civil en relación con los artículos 398, 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil, ha dejado de aplicar estas disposiciones, infringiéndolas. Agrega que por una incorrecta aplicación e interpretación de ley, se han infringido las leyes reguladoras de la prueba indicadas, lo que ha impedido que, a partir de la prueba rendida en el

proceso, se aprecie legalmente su mérito probatorio y se tengan por cumplidos los requisitos que la ley exige para calificar de privilegiada a la información-intención comunicada a los reclamantes. Analizando la forma en que este grupo de errores de derecho habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de haberse aplicado correctamente las leyes reguladoras de la prueba mentadas, la sentencia objetada habría tenido por acreditados los requisitos exigidos por el artículo 164 de la Ley N° 18.045 para calificar como privilegiada a la información comunicada por el Grupo Luksic a los reclamantes. De igual modo, debió tener por acreditado que los reclamantes accedieron a la información privilegiada por la posición que ocupaban y por la relación y actividad que tal posición les permitió mantener con el Grupo Luksic, razón por la cual la utilización de la información que les fue comunicada por detentar esa posición, importó violar el deber de conducta exigible de conformidad al artículo 165 de la Ley tantas veces aludida;

9º) Que, finalmente, como un cuarto grupo de infracciones, el recurso denuncia la vulneración de los artículos 2º de la Ley N° 18.045; 3º letras a) y g); 4º inciso 1º, 10 letra f) y 28 N° 2 e inciso 2º, todos del Decreto Ley N° 3.538, Orgánico de la Superintendencia de Valores y Seguros, en relación con los incisos 1º y 2º del artículo 164 y del artículo 165, ambos de la Ley N° 18.045 y con los artículos 19 inciso 1º, 20, 21 y 22 inciso 1º del Código Civil. Luego de transcribirse en el recurso las primeras normas legales que se dicen quebrantadas, se sostiene que al haber estimado los sentenciadores que la intención de un agente de mercado que no consta por escrito en un acuerdo de directorio no puede ser real, seria, precisa, concreta, idónea ni capaz de afectar la cotización de un valor en el mercado, además de infringir por incorrecta interpretación y aplicación de ley el artículo 164 de la Ley N° 18.045, deja de aplicar, infringiéndolos, el artículo 164 de la Ley N° 18.045, como asimismo las otras normas legales recién indicadas, preceptos que otorgan a la Superintendencia de Valores y Seguros la facultad para sancionar la infracción del citado artículo 164. De igual modo, al haber estimado que el artículo 165 de la ley tantas veces mencionada requiere de una relación fiduciaria entre la fuente de la información y quien utiliza de ella para configurar su infracción, como asimismo, al haber estimado que la norma citada exige cierta intencionalidad en el agente autor de la conducta, además de infringir por incorrecta aplicación e interpretación el artículo 165 de la Ley N° 18.045, deja de aplicar, infringiéndolos, el resto de los preceptos anotados como infringidos en este capítulo de la casación. Termina el recurso resaltando que de haberse aplicado e interpretado correctamente los incisos 1º y 2º del artículo 164 y el artículo 165, ambos de la Ley N° 18.045, en relación con las normas consignadas del Código Civil, la sentencia impugnada debió haber confirmado la Resolución N° 166, dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros, ya que sólo así habría aplicado el artículo 2º de la Ley N° 18.045, 3º letras a) y g), 4º inciso 1º, 10 letra f) y 28 N° 2 e inciso 2º, todos del Decreto Ley N° 3.538, que precisamente reconocen a la Superintendencia de Valores y Seguros la facultad para sancionar la infracción

de los preceptos legales colocados bajo su resguardo. Por consiguiente, en vez de haber acogido la demanda de reclamación, debió haberla rechazado, confirmando en todas sus partes la Resolución Exenta N° 166, de 08 de mayo del año 2001;

10°) Que para una mejor comprensión de los reproches formulados en el recurso de casación en el fondo, resulta conveniente remarcar que los reclamantes de autos fueron sancionados, según ya quedó expresado, mediante Resolución N° 166, de 08 de mayo de 2001, de acuerdo con su decisión primera, al pago de una multa de 1.000 Unidades de Fomento cada uno de ellos, por la infracción al artículo 165 de la Ley N° 18.045. En el considerando 11° de la referida Resolución, la Superintendencia de Valores y Seguros se concluyó que las conductas descritas en los considerandos 7° y 8° constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley N° 18.045, por cuanto las personas señaladas en el considerando 7°, todas vinculadas a grupos que forman parte del pacto controlador del Banco de Chile, dispusieron adquirir las acciones antes indicadas, a través de un miembro del pacto, con conocimiento de la información señalada en los considerandos 5° y 6° con el fin de consolidar su posición de controlador, infringiendo la prohibición de adquirir los valores sobre los cuales se posee información privilegiada;

11°) Que las personas sancionadas dedujeron el presente reclamo en conformidad a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, texto legal que creó a la Superintendencia de Valores y Seguros. De acuerdo con el inciso segundo de dicho precepto, el afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de indicado en el inciso anterior, previa consignación del... El siguiente inciso añade que deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34, se devenguen desde el... En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición. El inciso cuarto dispone que la reclamación se resolverá en juicio sumario y su sentencia podrá ser apelada;

12°) Que el juicio sumario, bajo el título de Procedimiento Sumario, está reglamentado en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, donde se contempla el procedimiento que debe seguirse y, en cuanto a la prueba, se determina que se rendirá en el plazo y forma establecidos para los incidentes. En esta última materia, se prescribe un término de ocho días para rendirla, debiendo en los dos primeros acompañar, las partes, una nómina de los testigos de que piensen valerse;

13°) Que, igualmente, para el debido análisis de los planteamientos del recurso, resulta necesario transcribir las disposiciones invocadas, para luego consignar los

hechos que se imputaron a los reclamantes por la Superintendencia de Valores y los hechos de la causa, esto es, aquellos que dieron por establecidos los jueces del fondo en su sentencia y que son inamovibles para la Corte de Casación, con la salvedad de que en su establecimiento se hayan vulnerado leyes reguladoras de la prueba. En primer lugar, el artículo 164 del precitado texto legal dispone que: "Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo la información reservada a la que se refiere el artículo 10 de esta ley". "También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores. El siguiente precepto, el artículo 165, prescribe que "Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada". "Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza". "No obstante lo dispuesto precedentemente, los intermediarios de valores que tengan la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior, podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros no relacionados a ellos, siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provengan del cliente, sin asesoría ni recomendación del corredor". "Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor. Finalmente, el artículo 10 previene que las entidades inscritas en el Registro de Valores quedarán sujetas a esta ley y a sus normas complementarias y deberán proporcionar a la Superintendencia y al público en general la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas y con la periodicidad, publicidad y en la forma que se exige a éstas". "Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, las entidades comprendidas en él deberán divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios al momento que él ocurra o llegue a su conocimiento". "No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio podrá darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Tratándose de emisores no administrados por

un directorio u otro órgano colegiado, la decisión de reserva debe ser tomada por todos los administradores". "Las decisiones y acuerdos a que se refiere el inciso anterior deberán ser comunicados a la Superintendencia el día siguiente hábil a su adopción. "Los que dolosa o culpablemente califiquen o concurran con su voto favorable a declarar como reservado un hecho o antecedente, de aquellos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, responderán en la forma y términos establecidos en el artículo 55 de esta ley";

14º) Que, en síntesis, en la Resolución reclamada en estos autos, la Superintendencia de Valores y Seguros les reprocha a los sancionados el haber adquirido valores sobre los cuales se les atribuye haber poseído información privilegiada, la que consistiría en haber conocido la intención de Quiñenco S. A. de adquirir un 8% del Banco de Chile a un precio referencial de \$50 por las acciones serie B), transmitida por Andrónico Luksic a.....(dos señores miembros del Grupo XX, parte del pacto de control del Banco) en la reunión celebrada el 01 de diciembre de 2000, a la que asistieron además Francisco Pérez, gerente general de Quiñenco S. A. y Leonidas Vial, corredor de la Bolsa de Comercio de Santiago. Se agrega que las compras señaladas fueron efectuadas teniendo información relativa a la intención de la Sociedad Quiñenco S. A., información que a esa fecha no era pública, no estaba a disposición del mercado y que por su naturaleza era capaz de influir en la cotización de los respectivos valores;

15º) Que la situación anterior es la realidad de facto contenida en la resolución que impuso la multa reclamada. Por su parte, el fallo de primer grado establece que conforme a la definición que sobre información privilegiada da el artículo 164 de la Ley N° 18.045, se concluye que dicho concepto involucra a una cierta clase de comunicación que permite ampliar el conocimiento que se tiene sobre una determinada materia y no sobre una eventual intención, la que debe ser ignorada por la mayoría de los inversionistas, la que además debe ser precisa, real, concreta e idónea, de manera que pueda influir en la cotización de los valores emitidos. Asimismo, añade, se exige que el emisor de esa información se encuentre en una relación fiduciaria en que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio. Agrega el fallo de primer grado que del tenor del artículo 164 de la Ley N° 18.045 se desprende que es necesaria la existencia de cierta intencionalidad, esto es, que concurra un elemento subjetivo para poder imputar responsabilidad, ya que no se podría prescindir de la naturaleza o del carácter de la relación entre el origen de la información y quien la utiliza, es decir, se aprovecha de la misma y, por ello, no puede desconocerse el quebrantamiento del deber de lealtad y silencio. Prosigue que no puede presumirse la existencia de dolo, como lo ha hecho la reclamada al otorgarle el carácter objetivo a las infracciones al artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores. Por todo lo anterior, la sentencia concluye sustentando que la información sobre la que versan estos autos no fue precisa, real ni determinada, al no existir una voluntad claramente manifestada por parte de la

Sociedad Quiñenco S. A. en orden a comprar el 8% de las acciones del Banco de Chile a un precio determinado, unido al hecho de que no habría existido acuerdo al respecto, sino sólo el planteamiento de un director y la intención de estudiar la propuesta del señor Luksic por parte de la Junta Extraordinaria a la que le efectuó la propuesta. Termina señalando dicho fallo que a los sancionados no les era aplicable la norma prohibitiva del artículo 165 de la Ley N° 18.045, en atención a los roles que éstos desempeñaban, y que ellos no observaron en sus conductas una acción engañosa, tendiente a producir un efecto nocivo a los supuestamente afectados;

16°) Que, comenzando ahora el análisis del recurso de casación de fondo, recogido en sus secciones principales en los motivos que preceden, tocante al primer capítulo que, como ya quedó expuesto, se refiere a una supuesta vulneración de los artículos 164 incisos 1° y 2° y 165 de la Ley N° 18.045; 19, 20, 21 y 22 inciso 1° del Código Civil, ello por la incorrecta aplicación e interpretación de dichas normas. Que, básicamente, en el recurso se ha reprochado a la sentencia impugnada el imponer requisitos para que la información califique como privilegiada, tal sería la exigencia de que ella sólo puede consistir en un hecho consumado, lo que no se encontraría contemplado en la ley, descartando que se pueda llegar a calificar como tal el conocimiento que se tenga sobre la intención de un agente de mercado;

17°) Que los hechos que configuran la infracción que motivó la multa reclamada están consignados en la resolución sancionatoria, los que pueden sintetizarse en lo siguiente: El directorio de Quiñenco S. A. celebró una sesión con fecha 01 de diciembre de 2000, en la cual don Andrónico Luksic Craig propuso que se realizara una oferta pública para comprar al menos un 8% del capital accionario del Banco de Chile (del cual Quiñenco era accionista), a un precio de \$50 por acción, previa conversación con los miembros del pacto controlador de dicha entidad bancaria, a la sazón, el Grupo XX, del cual formaban parte los demandantes de autos, por lo cual, ese mismo día se lo comunicaron a los demandantes Sres.(dos miembros del Grupo XX), quienes, ante ello, solicitaron plazo hasta el lunes 04 de diciembre para emitir un pronunciamiento al respecto, plazo que fue aceptado por los oferentes, por lo que ambas partes decidieron reunirse el día 05 de diciembre. Sin embargo, anticipándose a todo ello, el día domingo 03 de diciembre de ese año 2000, se reunieron los señores (siete en total), todos ellos vinculados al Grupo XX, controlador del Banco de Chile, y procedieron a analizar la información que les fuera proporcionada por don Andrónico Luksic C., decidiendo comprar acciones de dicho Banco el día lunes 04 de diciembre, lo que efectivamente hicieron ese día. En efecto, a través de la Compañía compraron 54.355.689 acciones serie B; 81.259 acciones serie E; 85.575 acciones serie A y 749.032 acciones serie D, adquisición que se hizo mayoritariamente a través de la Sociedad Corredores de Bolsa S. A. Sin embargo, por Resolución

Exenta N° 351 de esa misma fecha, la Superintendencia de Valores y Seguros suspendió absolutamente la oferta, cotización y transacción de las acciones del Banco de Chile, a contar de las 15.59 horas de ese día y hasta las 12 horas del día 05 de diciembre de 2000;

18°) Que para determinar la licitud o ilicitud de la operación descrita precedentemente, resulta necesario examinar aspectos relacionados con la información recibida por los demandantes, si ésta tenía o no el carácter de privilegiada y el uso de la misma por los actores; como asimismo es necesario realizar un somero análisis al valor de la información, de cualquier tipo, en el campo accionario, y para dicho propósito debe señalarse si ella es básica para el correcto funcionamiento del mercado de valores, pues la información tiene directa incidencia en el precio de los instrumentos accionarios, puesto que si no existe información suficiente en el mercado o la que existe no se divulga, o sólo algunos de los inversores la conocen, sus decisiones de compra o de venta de acciones se adoptan con ventaja respecto del resto de ellos;

19°) Que, despejada así la importancia de la información en el mercado de valores, corresponde analizar ahora la información calificada propiamente tal, debiendo destacarse en primer lugar, que lo que realmente importa para clasificar como privilegiada una información en este ámbito es su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado, como asimismo su falta de difusión y publicidad. Que, en efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley N° 18.045, debe entenderse por privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a negocios de uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores emitidos por emisores de valores, no divulgada al mercado, es decir, no divulgada públicamente a los inversores, y que su conocimiento sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos;

20°) Que, definido, entonces, lo que debe entenderse por información privilegiada, debe determinarse ahora cuándo el uso de la misma es indebido, que es precisamente lo que se les reprocha a los actores. Para ello resulta necesario aclarar que no cualquier conocimiento de información es reprochable, pues muchas veces resulta inevitable el conocimiento previo por pequeños grupos de inversores, de ciertas decisiones de compras o ventas de acciones, es más, ello ocurre con cierta habitualidad; sin embargo, lo censurable es el hecho de valerse, de servirse, de sacar provecho individual de la misma, sea obteniendo beneficios indebidos o evitando pérdidas económicas. Lo anterior es precisamente lo que tiende a evitar el artículo 165 incisos 1° y 2° de la Ley N° 18.045, ya transcrito precedentemente, norma que se refiere a cualquier persona... y a ...cualquier tipo de operación..., se realice directamente por el inversor que posea información privilegiada o bien, ...a través de subordinados o terceros de su confianza;

21º) *Que, dada la amplitud de la norma recién mencionada, su ámbito de aplicación es extenso y comprende a todas las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a información de carácter privilegiado; y al decir cualquier persona se involucra tanto a las personas naturales como a las jurídicas, pues el legislador no distinguió entre unas u otras. La norma en comento comprende la prohibición total de adquisición o venta para sí o para terceros de los valores respecto de los cuales se posea información privilegiada, y su incumplimiento trae como consecuencia la imposición de la sanción contemplada en la ley;*

22º) *Que en el caso específico materia de este juicio, cabe remarcar, tal como se señaló con anterioridad, a través de la conversación sostenida entre Andrónico Luksic Craig, Francisco Pérez Mackenna, Leonidas Vial, y los demandantes (dos miembros del Grupo XX), estos últimos tuvieron conocimiento de cualquier información atinente a los negocios de uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores por ellos emitidos, concretamente, a ciertos negocios de Quiñenco S. A., a las acciones del Banco de Chile que esta sociedad poseía, y al valor de éstas en la oferta de compra que se lanzaría días después, información que no fue divulgada con anticipación al mercado, por lo que los actores, por esta última circunstancia, se encontraban en una situación de privilegio respecto de los demás inversores, lo que determinó, asimismo, un alza en el precio de dichas acciones, las que alcanzaron un valor de \$50;*

23º) *Que, acorde a lo reflexionado, la conducta de los demandantes encuadra dentro de las hipótesis propuestas por el artículo 165 de la Ley tantas veces citada, puesto que, en razón de ser (Grupo XX) el grupo controlador del Banco de Chile, don Andrónico Luksic Craig sostuvo una reunión con ellos y les informó, a nombre de Quiñenco S.A., que en los días inmediatamente posteriores, esta última entidad lanzaría una oferta pública de compra de acciones del Banco de Chile, por un valor de \$ 50 la acción, para incrementar así la posición que Quiñenco S.A. tenía entre los accionistas de dicho Banco. En esta perspectiva, pese a estar en posesión de información que revestía el carácter de privilegiada por lo explicado anteriormente, no cumplieron con la prohibición de utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados tal información, sino que, por el contrario, recomendaron al Directorio la adquisición de las acciones ya referidas. Vale decir, se valieron y sirvieron indebidamente del conocimiento que poseían y la influencia que dicha información tendría sobre tales valores;*

24º) *Que, también es conducente resaltar que no están en lo cierto los demandantes cuando afirman que de su actuación no se habría derivado beneficio para ellos ni perjuicio para otras personas, ello por cuanto la operación de compra realizada por el Grupo (Grupo XX), al cual éstos pertenecen, forzó al Grupo Luksic a negociar directamente con ellos la venta del paquete de control y, varios días después, (Grupo XX), Grupo Controlador del Banco de Chile, vendió al*

Grupo Luksic todas sus acciones en el Banco de Chile, recibiendo \$ 60 por acción y, como se recordará, días antes las habían adquirido en \$ 50;

25º) Que tampoco tienen la razón los actores cuando sostienen que no habrían causado perjuicio alguno a terceros, puesto que su comportamiento implicó forzar el curso de los acontecimientos hacia su propia conveniencia, impidiendo que otros inversores pudieran participar, en igualdad de condiciones, de los beneficios de la operación ya descrita, resultando entonces agraviados estos últimos;

26º) Que, en conclusión, los actores utilizaron indebidamente el conocimiento que poseían respecto de la próxima compra de acciones por parte del Grupo Luksic, información esta que revestía el carácter de privilegiada, pues ella no había sido divulgada al mercado, por lo que no era pública ni de conocimiento del inversionista en general y representaba para quien la conociera una situación de privilegio que le imponía ciertos deberes de conducta, la que, por lo demás condicionó y determinó la actuación de aquellos, en términos tales que no habrían actuado de la manera que lo hicieron, de no haber conocido la aludida información y, finalmente, acreando como efecto que el precio bursátil aumentara a \$ 50 por acción;

27º) Que en armonía con todo lo anteriormente estampado se colige que, al desconocerse por los sentenciadores de segundo grado el carácter de privilegiada de la información de que dispusieron los demandantes al día 04 de diciembre de 2000, fecha en que se lanzó la oferta de compra de acciones por el Grupo Luksic, incurrieron en los errores de derecho que se han denunciado, especialmente de los artículos 164 y 165 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado; razón por la cual, el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada debe ser acogido.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se acoge el recurso de casación en el fondo, interpuesto por la parte demandada, Superintendencia de Valores y Seguros, en lo principal de la presentación de fs. 904, contra la sentencia de siete de septiembre del año dos mil cuatro, escrita a fs. 901 de estos autos, la que por consiguiente es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación. Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Yurac. Rol N° 4.930-2004. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac; Sr. Milton Juica y Srta. María Antonia Morales; y el Abogado Integrante Sr. José Fernández.

No firman el Sr. Gálvez y Srta. Morales, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ambos en comisión de servicios. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos Meneses Pizarro."

“Santiago, veintisiete de octubre de dos mil cinco.

De conformidad con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo final de su motivo undécimo, y sus fundamentos duodécimo y decimotercero, que se eliminan; Se reproducen, asimismo, los considerandos decimonoveno al vigésimo séptimo del fallo de casación que antecede. Y se tiene, además, presente:

Primero. Que el artículo 164 de la Ley N° 18.045, en lo que interesa en la especie, dispone que: Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a la que se refiere el artículo 10 de esta ley...”;

Segundo. Que frente a la amplitud de la norma, debe concluirse que comprende a todas las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a información de carácter privilegiada; abarcando tanto a las personas naturales como a las jurídicas, estableciendo la prohibición total de adquisición o venta para sí o para terceros de los valores respecto de los cuales se posea información privilegiada, y su incumplimiento trae como consecuencia la imposición de las sanciones señaladas en la ley;

Tercero. Que en el actual caso materia de este juicio, debe señalarse que se encuentra acreditado que los demandantes tuvieron conocimiento de información concerniente a los negocios de Quiñenco S.A., concretamente, de la decisión de ésta en orden a comprar acciones del Banco de Chile, y al valor de éstas en la oferta de compra que se lanzaría días después, información que no fue divulgada con anticipación al mercado, vale decir, éstos se encontraban en una situación de privilegio respecto de los demás inversores y ello determinó, asimismo, un alza en el precio de dichas acciones;

Cuarto. Que, en consecuencia, la conducta de los demandantes se enmarca dentro de las hipótesis descritas por el artículo 165 de la Ley N° 18.045, puesto que, amparados en su calidad de miembros del grupo controlador del Banco de Chile, sostuvieron una reunión con don Andrónico Luksic, integrante del Grupo Quiñenco S.A., donde éste les proporcionó información en orden a que en los días inmediatamente posteriores, lanzarían una oferta de compra de acciones del Banco de Chile, por un valor de \$50 la acción, para incrementar así la posición que Quiñenco S.A. tenía entre los accionistas de dicho Banco;

Quinto. Que, pese a estar en posesión de información que revestía el carácter de privilegiada, los actores no cumplieron con la obligación de no utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados tal información, sino que, por el contrario, recomendaron al Directorio la adquisición inmediata de las mentadas acciones. Vale decir, se sirvieron indebidamente del conocimiento que poseían sobre la compra de acciones que se realizaría días después, por lo que indudablemente incurrieron en la conducta reprochada en la Resolución N° 166, de 08 de mayo de 2001, reclamada en estos autos. De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 186, 187, 189 y 227 del Código de Procedimiento Civil: Se revoca la sentencia de veintinueve de agosto del año dos mil tres, escrita a fojas 662 y se declara que se rechaza, en todas sus partes, la demanda sobre reclamación deducida en lo principal de fs.55, manteniéndose la multa impuesta, sin costas, por haber tenido los actores motivos plausibles para litigar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro Sr. Yurac. Rol N° 4.930-2004. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac; Sr. Milton Juica y Srta. María Antonia Morales; y el Abogado Integrante Sr. José Fernández.

No firman el Sr. Gálvez y Srta. Morales, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicios. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos Meneses Pizarro.”

Comentario

Con fecha 27 de octubre del año 2005 la tercera sala de la Excm. Corte Suprema dictó sentencia en la causa ingreso C-2343-2001 del vigésimo juzgado civil de Santiago, sobre reclamación de multa por uso indebido de información privilegiada. En mi calidad de abogado externo de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en la causa referida y atendida la trascendencia que la citada sentencia tendrá para la enseñanza del derecho, creo necesario analizar, desde una perspectiva académica, dada mi condición de profesor de derecho, cada uno de los conceptos que se contienen y desarrollan en el aludido fallo.

A. ANTECEDENTES DEL PROCESO

1. Mediante resolución exenta N° 166, dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 8 de mayo de 2001, se sancionó a un conjunto de 7 personas que a diciembre del año 2000 formaban parte del grupo de control del Banco de Chile, en adelante indistintamente pacto o grupo de control o sancionados, por infringir el artículo 165 de la ley N° 18.045, esto es, porque estando en posesión de información privilegiada sobre ciertas acciones, vulneraron la prohibición legal que les impedía recomendar y/o adquirir o vender títulos sobre los que se tenía esa información, sin que antes se hubiera divulgado dicha información al mercado.

2. Los hechos que se acreditaron en el curso de la investigación administrativa que concluyó con la aplicación de la sanción de multa, son los siguientes:

a) Al 30 de noviembre del año 2000 eran accionistas del Banco de Chile, entre otros, un pacto de control con aproximadamente el 37% de las acciones y otro accionista con aproximadamente el 12,5% de las acciones, en adelante, el Grupo Luksic o accionista relevante del Banco de Chile.

b) En sesión de directorio del accionista relevante del Banco de Chile, de fecha 1° de diciembre del año 2000, uno de los propietarios de esa sociedad accionista y director de la misma presentó como propuesta a discutir la idea de realizar una oferta pública de compra de acciones (OPA) del Banco de Chile por al menos un 8% del capital accionario del mismo, sobre la base de \$ 50 por acción.

c) En la misma sesión de directorio quedó constancia que la aludida propuesta contemplaba conversar previamente el tema con dos personas que formaban parte del Grupo XX, a la sazón miembro del pacto controlador del Banco de Chile.

- d) El mismo día 1° de diciembre del año 2000 dos señores miembros del Grupo XX, que formaba parte del pacto de control del Banco de Chile, tomaron conocimiento de la propuesta indicada en la letra b) precedente, por habérsela comunicado personalmente dos señores miembros del accionista relevante del Banco de Chile.
- e) Los dos señores miembros del Grupo XX, que formaba parte del pacto de control del Banco de Chile, solicitaron a los señores miembros del accionista relevante del Banco que les habían comunicado la información, que los esperaran hasta el lunes 4 de diciembre en la tarde para dar a conocer un pronunciamiento sobre la materia.
- f) El directorio de la sociedad accionista relevante del Banco de Chile acordó esperar hasta la fecha solicitada, para luego de conocer la posición del Grupo XX, adoptar los acuerdos que fueren procedentes en relación al tema, para lo cual acordaron reunirse nuevamente el martes 5 de diciembre de 2000.
- g) Al día 1° de diciembre del año 2000, el precio de cierre de la acción del Banco de Chile fue de \$ 41.
- h) El domingo 3 de diciembre del año 2000 se reunieron 7 señores, todos vinculados a grupos que a la fecha formaban parte del pacto de control del Banco de Chile, para discutir la información proporcionada por el accionista relevante del citado Banco de Chile a dos miembros del Grupo XX, parte del pacto de control del mismo Banco.
- i) En la misma reunión se acordó por todos los concurrentes comprar en el mercado, a contar del lunes 4 siguiente, la cantidad de acciones del Banco de Chile que fueran necesarias para consolidar al pacto de control de dicha institución.
- j) Con fecha 4 de diciembre de 2000, según lo acordado en la reunión a que se refiere la letra h) precedente, sociedades vinculadas al pacto de control del Banco de Chile compraron acciones del mencionado Banco.
- k) Al día 4 de diciembre del año 2000, el precio de cierre de la acción del Banco de Chile fue de \$ 50.
- l) Por resolución exenta 351 de 4 de diciembre de 2000, la Superintendencia de Valores y Seguros suspendió la oferta, cotización y transacción de todas las acciones del Banco de Chile, a contar de las 15:59 horas de ese día y hasta las 12:00 horas del día 5 de diciembre de 2000.

m) La decisión de compra de acciones del Banco de Chile adoptada en la reunión realizada el domingo 3 de diciembre del 2000 y la compra de las acciones del mismo Banco efectuadas el lunes 4 del mismo mes y año precisadas en el literal j) precedente, se originó a partir de la información conocida por los sancionados de que el accionista relevante del Banco de Chile abandonaría su condición de inversionista pasivo de dicha institución bancaria, para lo cual lanzaría una OPA sobre acciones del referido Banco.

n) Con fecha 14 de diciembre del año 2000, se suscribió entre los que a la época eran los controladores del Banco de Chile –entre ellos todos los sancionados– y el accionista relevante del referido banco, el acuerdo denominado “Términos y condiciones Acuerdo de Venta Acciones y Banco de Chile”, mediante el cual los primeros prometían vender a los segundos todas las acciones del Banco de Chile, incluso las adquiridas el día lunes 4 de diciembre del mismo año en \$ 50, ahora a \$ 60. Los contratos definitivos de compraventa de acciones del Banco de Chile se suscribieron el día 27 de marzo de 2001.

3. Los sancionados presentaron demanda ante el vigésimo juzgado civil de Santiago, en causa rol C-2343-2001, reclamando de la sanción de multa aplicada por la SVS. Con fecha 29 de agosto del año 2003 se dictó sentencia de primera instancia en la causa referida, por medio de la cual se acogieron las reclamaciones de los sancionados y se dejaron sin efecto las multas aplicadas.

4. Con fecha 7 de septiembre del año 2004, la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago –ingreso N° 10.471-2003– confirmó el fallo de primer grado, dejando sin efecto las multas aplicadas por la SVS.

5. Con fecha 27 de octubre del año 2005, la Excma. Corte Suprema –ingreso N° 4930-04–, acogió el recurso de casación de fondo interpuesto por la SVS, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo mediante la cual confirmó en todas sus partes las sanciones de multa aplicadas por la SVS.

6. Con fecha 5 de diciembre de 2005 los sancionados restituyeron al Fisco el beneficio obtenido en la operación (\$ 801.238.491) y durante el mes de enero del año 2006 pagaron la multa (7.000 unidades de fomento más el interés mensual de 1.5% desde mayo de 2001) ratificada por la Excma. Corte Suprema.

7. A partir de estos antecedentes de hecho nos avocaremos a analizar los principales aspectos jurídicos que se discutieron en el contexto de este caso.

B. SOBRE EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

I. Algunas ideas sobre el concepto de información privilegiada

Bien se sabe que uno de los bienes jurídicos que se tutelan al sancionar el uso de información privilegiada es el de igualdad de trato de los agentes que participan en el mercado de valores.

Un mercado de valores sólo funciona eficientemente cuando la información disponible sobre un título se internaliza e incorpora rápidamente a su precio. Cuando ello ocurre, todos los agentes de mercado que transan valores a ese precio lo hacen con la plena convicción de que el precio que han pagado o recibido recoge toda la información que es capaz de afectar el valor de ese título.

En los títulos accionarios el nexo que vincula “valor” con “precio” es sólo la información disponible sobre ellos. En sentido económico el valor es incognoscible en su forma pura; sólo disponemos de información que permite estimarlo. Luego, cualquiera alteración en el nexo comunicante entre el valor y el precio del título, afectará a este último. Se trata de una mecánica implacable: dado un precio, la aparición de nueva información determina rápidamente una correspondiente asignación de valor y por tanto de un nuevo precio.

Si el mercado funciona del modo indicado, esto es, permitiendo que la información se internalice rápidamente al valor del título y se exprese en el precio de éste, es imposible que se produzcan transvasijos o extracciones de riqueza, ya que cada agente participante en el mercado lo hace con la plena convicción de que el precio pagado o recibido expresa la información capaz de afectar su valor. Por el contrario, si la información no se divulga al mercado o sólo algunos agentes participantes en él la conocen, es claro que sus decisiones de inversión o desinversión se adoptarán con ventaja respecto de aquellos que la ignoran.

En esta hipótesis, el mercado funciona de un modo ineficiente, permitiendo trasvasijos y extracciones de riqueza desde aquellos que ignoran o no conocen la información hacia aquellos que sí la manejan. En este caso, los inversores pierden la certeza de que el mercado permite una interacción eficiente y equitativa entre los diversos compradores y vendedores, por lo que se retiran del mismo.

Al prohibirse por el artículo 165 de la ley N° 18.045 el uso de información privilegiada se asegura que los distintos operadores de un mercado de valores tengan el derecho a que todas sus decisiones de inversión o desinversión se

hagan en un plano de igualdad, en términos de que todos ellos, por igual, puedan acceder de un modo simétrico a los mismos niveles de información que determina el valor y precio de los títulos valores que se transan.

En base a las ideas anteriores y para prohibir la utilización de la información privilegiada, el artículo 164 de la ley N° 18.045 acota y define el concepto en los siguientes términos:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley".

"También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores".

Los requisitos que deben concurrir para que la información pueda ser calificada como privilegiada se desprenden inequívocamente de la citada disposición y son:

a) Puede tratarse de cualquier información:

- i) Referida a uno o varios emisores de valores;
- ii) Referida a los negocios de uno o varios emisores de valores;
- iii) Referida a uno o varios valores emitidos por emisores de valores.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, nuestro ordenamiento jurídico positivo ha preferido apartarse del criterio de la especificidad, que supone una enunciación casuista de los casos de información privilegiada. En cambio, ha optado por un criterio objetivo y amplio en el que cabe incluir dentro del concepto de información privilegiada a cualquier información y circunstancia que tenga la capacidad de influir la cotización del valor. Ello, con el propósito de facilitar la prueba que su uso indebido pueda acarrear.

Esa es la razón por la cual el legislador emplea la expresión "**cualquier**", con lo que pretende significar que toda información referida a los aspectos que se indican en los numerales i) a iii) precedentes y respecto de la cual concurren los restantes requisitos, tiene necesariamente el carácter de privilegiada.

El concepto legal no excluye a priori ningún tipo ni clase de información. Por el contrario, categóricamente emplea la expresión “**cualquier**”, para no dejar lugar a duda alguna.

Cualquier información, sea un hecho consumado, una posibilidad, una intención o cualquier otro antecedente, en la medida que sea precisa, real, concreta e idónea para afectar la cotización de un título en el mercado, califica como privilegiada.

De consiguiente, concurriendo los restantes requisitos que luego se analizan, **cualquier** –léase también toda– información referida a uno o varios emisores de valores, a los negocios de uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores emitidos por emisores de valores, puede llegar a tener el carácter de privilegiada.

b) No divulgada al mercado

Esto es, no disponible públicamente. Lo medular es la falta de acceso a la misma para el público inversor interesado en el mercado de valores.

Pero esta falta de disponibilidad no debe ser absoluta, ya que, en la práctica, se haría ineficaz cualquier intento de restricción, sino que debe ser desconocida para el público en el sentido de que su posesión represente un privilegio. Por lo tanto, aunque algún grupo reducido pueda haber tenido acceso a la información, lo determinante debe ser que el público inversor, en general, no haya podido tenerlo.

La información no pública –no divulgada al mercado– no tiene por qué corresponderse con un secreto de la compañía –comercial, contable, legal–, ni con una declaración de reserva o confidencialidad de la misma, sino que es suficiente con que el público inversor desconozca el contenido de la misma, convirtiéndose en privilegiada con respecto a quienes sí acceden a ella.

Se trata, por tanto, de hechos que no son conocidos, que no son públicos ni son accesibles a todos sin que sea necesaria una declaración expresa del carácter confidencial del hecho.

La información pasa a ser pública, y en consecuencia deja de ser privilegiada, cuando ella ha sido divulgada al mercado a través de los mecanismos que se consultan, entre otros, en los artículos 9° y 10 de la Ley N° 18.045.

De consiguiente, la falta de conocimiento público, general y simétrico –sin pasar por una declaración de reserva o confidencialidad de la información–, unida

a los restantes requisitos indicados, es lo que le da el carácter de privilegiada a la información.

c) Que su conocimiento sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos

Debe tratarse de información con aptitud causal para afectar, alterar, incidir o modificar sensible o fácilmente la cotización de un valor en el mercado.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, nuestra legislación positiva recoge un criterio objetivo para delimitar la entidad de la información que pueda tener el carácter de privilegiada.

Basta que ella sea capaz de influir en la cotización del valor en el mercado para que ésta tenga el carácter de privilegiada.

Los valores se cotizan en el mercado. Entonces, el mercado es el ámbito en referencia al cual debe precisarse si la información es de suficiente calidad como para alterar la cotización del valor.

Luego, cualquiera información que por su entidad, significación o importancia para quien la conozca tenga la aptitud de afectar sus decisiones de inversión, alterando por consiguiente la cotización del valor en el mercado, tendrá el carácter de privilegiada.

El legislador no quiso relacionar este requisito de la información privilegiada con la declaración de "esencialidad" de la misma.

Sabemos que por mandato de los artículos 9° y 10 de la Ley N° 18.045 la información esencial debe ser divulgada al mercado en forma veraz, suficiente y oportuna. Esta obligación recae en el emisor inscrito y su finalidad es permitir al público inversionista contar con esa información para decidir la inversión en esos valores. Luego, toda información esencial al ser divulgada pasa a ser pública y deja de ser privilegiada.

Más aún, según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.301, que agregó el actual Título XXI a la Ley N° 18.045, fue rechazada una indicación del H. senador Sr. Piñera destinada a vincular la información privilegiada con la relevancia de la misma. Lo que se pretendía con la aludida indicación rechazada era "precisar en mejor forma el verdadero sentido de la disposición, cual es el de abarcar aquella información que resulta relevante o esencial para el mercado y no cualquiera información" (Sesión N° 18, de 14 de diciembre de 1993, de la Comisión de Hacienda del Senado, págs. 2985-2986).

Al haberse rechazado la aludida indicación queda claro que puede ser información privilegiada la información esencial, aunque no hubiere recibido tal calificación por el directorio del emisor inscrito. Dicho de otro modo, es también información privilegiada aquella que un hombre juicioso considera importante para sus decisiones de inversión, aunque el directorio del emisor no la hubiere declarado información esencial.

De consiguiente, lo determinante para la calificación de la información como privilegiada es su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado y su falta de publicidad y difusión.

d) La información reservada es siempre privilegiada

El inciso 3° del artículo 10 de la Ley N° 18.045 dice que con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio podrá darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Tratándose de emisores no administrados por un directorio u otro órgano colegiado, la decisión de reserva debe ser tomada por todos los administradores.

Agrega que las decisiones y acuerdos sobre esta materia deberán ser comunicados a la Superintendencia al día siguiente hábil a su adopción.

Anteponiendo de modo excepcional el interés societario al interés público de que se divulgue siempre toda información esencial, el legislador permite que en casos muy calificados no se entregue al mercado una información que naturalmente debería haberse divulgado.

Ello ocurrirá cuando la divulgación de la información pudiere afectar negociaciones pendientes y de ello seguirse un perjuicio al interés de la sociedad.

En este excepcional caso la información esencial no se divulga y adquiere el carácter de reservada.

Por ser información esencial en conocimiento de unos pocos, por definición legal siempre será privilegiada.

e) La información que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores es siempre privilegiada

La importancia que tienen los inversionistas institucionales en el mercado de capitales determina que el conocimiento que se tenga sobre las operaciones

de adquisición o enajenación de valores que ellos adopten siempre tenga el carácter de privilegiada.

Son inversionistas institucionales, de acuerdo con el concepto del artículo 4° bis, letra e), de la Ley N° 18.045, los bancos, sociedades financieras, compañías de seguros, entidades nacionales de reaseguro y administradoras de fondos autorizados por ley. También tendrán este carácter las entidades que señale la Superintendencia mediante una norma de carácter general, siempre que se cumplan las siguientes condiciones copulativas: a) que el giro principal de las entidades sea la realización de inversiones financieras o en activos financieros, con fondos de terceros; b) que el volumen de transacciones, naturaleza de sus activos u otras características permita calificar de relevante su participación en el mercado.¹

II. Alegaciones de los sancionados en torno al concepto de información privilegiada acogidas por las sentencias de primera y segunda instancia

a) No puede calificar como información privilegiada la mera intención de un agente en el mercado, por no ser precisa, real, concreta ni idónea. La información privilegiada debe constar por escrito en un acuerdo de directorio

A partir de la alegación de los sancionados de que no podía constituir información privilegiada la mera intención de un agente de mercado que no constara por escrito en un acuerdo de directorio, el considerando N° 11 de la sentencia de primera instancia reproducida sin modificaciones por la de segunda, dijo que el concepto de información privilegiada involucra "una determinada clase de comunicación que permite ampliar el conocimiento que se tiene sobre una determinada materia y **no sobre una eventual intención**". Lo que aparece complementado con lo dicho en el considerando N° 12 de la misma sentencia, en cuanto señala que "la información comunicada por el señor Luksic no era precisa, real ni determinada, al no existir una voluntad claramente manifestada por parte de la sociedad Quiñenco S. A. de comprar el 8% de las acciones del Banco de Chile a un precio determinado"; que "no existía un acuerdo de directorio de Quiñenco S. A... Lo que en realidad existía era la intención de Quiñenco S. A. de adquirir un 8% del Banco de Chile... ya que Quiñenco S. A. nunca tuvo la voluntad determinada de adquirir el porcentaje accionario señalado..."; y que "no se podrá confundir en caso alguno la intención o el querer individual de un director de una sociedad anónima con el de la propia sociedad...".

¹ Como complemento de lo anterior, se debe tener presente lo dispuesto por los artículos 151 a 154 del DL N° 3500, que se refieren a la utilización de información privilegiada por las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

De éste modo, la sentencia que dejó sin efecto la Excm. Corte Suprema estimó que la intención de un agente de mercado no podía constituir información privilegiada, ya que ésta sólo supone ampliar el conocimiento que se tenga sobre alguna materia concreta y determinada. También, que para calificar como privilegiada a la información esta debía constar por escrito o en acuerdo de directorio.

b) Una estrategia de negocios no puede ser calificada como información privilegiada. La comunicación de información de un accionista a otro no puede inhibir a quien la recibe del derecho a comprar acciones

Recogiendo la argumentación de los sancionados, en orden a que una estrategia de negocios, como lo fue la desplegada por el Grupo Luksic para tomar el control del Banco de Chile, no puede ser calificada como información privilegiada, el considerando N° 12 de la sentencia de primera instancia dijo que de calificarse de información privilegiada a "la estrategia de negocios desplegada por don Andrónico Luksic, encaminada a tomar el control del Banco de Chile", se "rigidizaría el concepto de información privilegiada, lo que conduciría inexorablemente a entrapar las tratativas comerciales...". Lo anterior se complementa con lo afirmado en el considerando N° 10, en cuanto se sostiene que "los reclamantes adquirieron las acciones el día lunes 4 de diciembre del año 2000 con el objeto de no perder el control del Pacto al que pertenecían...".

III. Posición de la SVS frente a las alegaciones de los sancionados

a) Frente a la alegación de los sancionados de que la mera intención de un agente de mercado que no conste por escrito o en algún acuerdo de directorio no puede calificar como información privilegiada, la defensa de la SVS hizo presente que ni el inciso 1° ni el inciso 2° del artículo 164 de la Ley N° 18.045 excluyen a la intención como una forma en que se pueda presentar y manifestar la información privilegiada. Tampoco exige que la información conste por escrito.

Se dijo que no era efectivo que la información, para poder ser calificada de privilegiada, debe constar en un acuerdo de directorio, ya que sólo tal acuerdo puede ser preciso, real y determinado; y que tampoco era efectivo que al no existir una voluntad plasmada en un acuerdo de directorio, tal voluntad no puede producir algún efecto en el mercado.

Se sostuvo que "cualquiera información" –expresiones utilizadas por la definición legal– puede llegar a ser privilegiada. Para que ello ocurra debe tratarse

de información no pública o no divulgada al mercado y que por su entidad, importancia y significación, tenga la aptitud causal, por sí sola, de afectar, alterar, incidir o modificar sensible o fácilmente el precio de una acción en el mercado. El concepto legal no excluye a priori ningún tipo ni clase de información.

Se dijo que en el aspecto sustantivo la ley sólo exige que la información conocida por el receptor de ella tenga el potencial de afectar el precio del título en el mercado; que no excluye ni descarta la posibilidad de que se califique como información al conocimiento que se adquiera sobre la mera intención de un agente de mercado, si tal intención tiene la capacidad de condicionar, influir o determinar el precio de un título accionario al incidir, alterar, condicionar o determinar la conducta de otros agentes que operan en el mismo mercado; y que lo determinante para calificar como privilegiada a la información es la capacidad que ella tenga para condicionar la conducta del receptor de ella, si ello a su vez afecta el precio de la acción en el mercado.

Se afirmó que cualquier información, sea un hecho consumado, una posibilidad, una intención o cualquier otro antecedente, en la medida que sea precisa, real, concreta e idónea para afectar la cotización de un título en el mercado, califica como privilegiada.

Se agregó que en el caso en comentario, el objetivo del Grupo Luksic era designar dos directores en el Banco de Chile, para lo cual abandonaría su posición de inversionista pasivo y lanzaría una OPA sobre acciones de esa entidad por un precio unitario de \$ 50 y que si algún agente de mercado "adquiere" el conocimiento de esa intención y actúa, decide y se comporta de un modo diverso de aquel en que lo habría hecho de haberla ignorado, es claro que el conocimiento de esa intención tiene la capacidad de determinar y condicionar su conducta, afectando en consecuencia el precio de mercado de la acción.

Se explicó que la ley en ninguna parte exige, para calificar a la información como privilegiada, que ella conste en un acuerdo de directorio, en algún documento o en algún otro medio; y que si la ley no establece tal exigencia, no puede la sentencia exigirla.

Se sostuvo que era cierto que los efectos jurídicos de un acto jurídico sólo se producen cuando este nace a la vida del derecho, por lo que era comprensible el error en que incurrió la sentencia. Al no haber acuerdo de directorio, no hay acto jurídico que pueda producir sus efectos.

Pero lo que no consideró el fallo de primera instancia fue que en el mercado financiero "cualquier información" puede producir efectos económicos. Y que estos se manifiestan en el mercado de valores mediante la fluctuación de pre-

cios de los títulos que se transan, razón por lo cual el legislador utilizó como criterio para determinar la existencia de información privilegiada, la capacidad de ésta para producir efectos económicos, esto es, fluctuaciones de precio de los títulos sobre los que se posee esa información.

b) Frente a la alegación de los sancionados de que una estrategia de negocios no puede calificar como información privilegiada y que la información que el Grupo Luksic comunicó a miembros del pacto de control del Banco no puede inhibir a estos últimos de su derecho a comprar acciones de esa entidad bancaria, ya que al interpretar de ese modo el concepto se habría descubierto una forma de neutralizar al competidor utilizando el expediente de comunicarle información, la defensa de la SVS hizo presente que a esta entidad no le correspondía calificar si fue o no una estrategia de negocios la comunicación que el Grupo Luksic entregó a los reclamantes ni tampoco pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia para los reclamantes de la amenaza o pérdida de su condición de pacto controlador del Banco de Chile, ya que lo que califica la SVS es la conducta que cada agente despliega en procura de sus objetivos comerciales y no los objetivos mismos.

Se dijo que en el caso en comentario lo que calificó la SVS fue la conducta de los reclamantes a partir del conocimiento que adquirieron de la intención del grupo Luksic de abandonar su condición de inversionista pasivo del Banco de Chile.

También se hizo presente que contrariamente a lo sostenido por los sancionados y acogido por la sentencia de primer grado, no era efectivo que el único medio de que disponían los sancionados para defender su posición de pacto controlador era, a partir de la información que recibieron, la de comprar acciones del Banco, por lo que no era efectivo que la información que un accionista comunica a otro inhiba a este último de su derecho a comprar acciones de la sociedad en que ambos son accionistas.

Se sostuvo que la Ley de Mercado de Valores estructura un marco normativo que es obligatorio para todos los agentes que operan en él; que en su conjunto pretende resguardar, entre otros bienes jurídicos tutelados, la igualdad de trato entre todos los participantes en el mercado y el acceso simétrico e igualitario de todos ellos a idénticos niveles de información; y que en particular el título sobre información privilegiada pretende asegurar el principio básico de eficiencia informativa e igualdad de acceso a idénticos niveles de información.

Se afirmó que la forma de asegurar tales propósitos es prohibiendo a quien conozca información no divulgada al mercado, la utilice en su propio beneficio; y que lo esencial de toda esta regulación es asegurarse de que nadie pueda

decidir en base a información no divulgada al mercado, pues ello importa actuar en una situación de ventaja o privilegio que es la negación misma del principio que por esta normativa se tutela.

Asimismo se hizo presente que el mismo marco normativo provee a cada uno de los agentes que en él actúan de los medios para velar porque sus decisiones de inversión o desinversión se adopten con plena autonomía e independencia, sin que ellas se vean afectadas, determinadas o “contaminadas” por informaciones proporcionadas por sus competidores con el propósito de inhibirlos en la lucha para escalar posiciones negociadoras; que entre estas opciones, correspondía, en primer lugar, que el receptor de la información –miembros del pacto de control del banco– evaluaran si quien la proporciona tiene o no la capacidad económica para materializarla o concretarla, pues de ello dependerá su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado, y que permite diferenciarla de un simple rumor.

De igual modo se dijo que al conocer tal información los miembros del pacto controlador pudieron haber guardado silencio y esperar la acción del Grupo Luksic en el mercado. Y frente a la acción de ellos pudieron haber reaccionado con una OPA competidora, con lo cual todo el mercado habría ganado por la competencia que se habría desatado por el control de la entidad bancaria, ya que en esta hipótesis la información se habría divulgado al mercado y habría dejado de ser privilegiada, al pasar a ser pública; y que una vez que el mercado hubiera internalizado en precios el impacto de tal información, todos los operadores –incluido los miembros del pacto controlador– habrían podido decidir la compra o venta de tales acciones con idéntico nivel de información; pero que del modo como obraron los reclamantes sólo ellos pudieron comprar en base a información que quienes les vendieron ignoraban, rompiendo el principio de igualdad que subyace como bien jurídico tutelado tras la norma en comento.

También se dijo que frente a la información que conocieron del Grupo Luksic, pudieron adoptar acuerdos de directorio en aquellas sociedades cotizadas en bolsa –Banco de Chile, entre otras– calificando de esencial tal información y divulgándola como hecho esencial en el mercado, con lo cual dejaría de ser privilegiada al pasar a ser pública; y que en esta hipótesis el mercado internalizaría en precios esta información y todos los compradores y vendedores de tales títulos lo harían en la plena convicción de que el precio pagado o recibido por tal valor, expresaba efectivamente la información disponible sobre él, y que en último término determina su precio.

Por último se recordó que no debía tampoco olvidarse que los artículos 52, 53, 59 y 60 de la Ley de Mercado de Valores –como medidas adicionales de resguardo para el competidor “contaminado”– sancionan, incluso con penas

de presidio, a quienes divulgan información falsa, hacen transacciones ficticias o, en general, manipulan información en el mercado de valores.

En suma, se dijo, los sancionados tuvieron diversas alternativas para defender su condición de pacto controlador.

IV. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

El fallo de casación válida y reconoce la importancia que tiene la información en la determinación del precio de los papeles al declarar en el considerando N° 18) lo siguiente:

“18°) Que para determinar la licitud o ilicitud de la operación descrita precedentemente, resulta necesario examinar aspectos relacionados con la información recibida por los demandantes, si ésta tenía o no el carácter de privilegiada y el uso de la misma por los actores; como asimismo es necesario realizar un somero análisis al valor de la información, de cualquier tipo, en el campo accionario, y para dicho propósito debe señalarse si ella es básica para el correcto funcionamiento del mercado de valores, pues la información tiene directa incidencia en el precio de los instrumentos accionarios, puesto que si no existe información suficiente en el mercado o la que existe no se divulga, o sólo algunos de los inversores la conocen, sus decisiones de compra o de venta de acciones se adoptan con ventaja respecto del resto de ellos;”.

La sentencia del máximo tribunal se hizo cargo de las consideraciones del fallo de primera instancia y acogió las argumentaciones de la SVS, en orden a que el concepto de información privilegiada que se define en el artículo 164 de la ley N° 18.045 es amplio y abarca a toda información, dato, hecho o circunstancia, sea esta escrita, verbal o virtual; conste o no por escrito; sea o no una intención, siempre y cuando no sea pública y que por su entidad, importancia y significación, tenga la capacidad de afectar el precio de un valor en el mercado.

Los considerandos N°s 19 y 26 del aludido fallo señalaron:

*“19°) Que, despejada así la importancia de la información en el mercado de valores, corresponde analizar ahora la información calificada propiamente tal, debiendo destacarse en primer lugar, que lo que realmente importa para clasificar como privilegiada una información en este ámbito es su **aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado**, como asimismo su falta de difusión y publicidad. Que, en efecto, conforme a lo dispuesto ...”*.

"26°) Que, en conclusión, los actores utilizaron indebidamente el conocimiento que poseían respecto de la próxima compra de acciones por parte del Grupo Luksic, información esta que revestía el carácter de privilegiada, pues ella no había sido divulgada al mercado, por lo que no era pública ni de conocimiento del inversionista en general y representaba para quien la conociera una situación de privilegio que le imponía ciertos deberes de conducta, la que por lo demás condicionó y determinó la actuación de aquellos, en términos tales que no habrían actuado de la manera que lo hicieron, de no haber conocido la aludida información y, finalmente, acarreado como efecto, que el precio bursátil aumentara a \$ 50 por acción;".

En suma, del fallo de casación se desprende que la Excma. Corte Suprema interpretó el concepto de información privilegiada según su genuino sentido y finalidad, abarcado a toda información no pública y que por su importancia pueda llegar a afectar el precio de un papel en el mercado.

C. SOBRE LOS DEBERES DE CONDUCTA DE QUIENES CONOCEN INFORMACION PRIVILEGIADA

I. Algunas ideas sobre los deberes de conducta de quienes conocen información privilegiada

El artículo 165 de la Ley N° 18.045, en sus incisos 1° y 2° prohíbe el uso de la información privilegiada en los siguientes términos:

"Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada".

"Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza".

a) Destinatarios de la norma

De la lectura del inciso 1° del precitado artículo 165, puede concluirse inequívocamente que quienes están obligados a acatar el contenido material de la norma son **todas** las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a información privilegiada.

El legislador empleó la expresión “**cualquier persona**”.

El pronombre “cualquier” en la 1ª acepción que le da el Diccionario de la Real Academia Española, significa “una persona indeterminada, alguno, sea el que fuere”.

El Código Civil en su artículo 55 dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros”.

Puede igualmente leerse en la norma que **toda persona** es la destinataria de las obligaciones que en el citado precepto se establecen.

Luego, son destinatarios de la obligación de no usar la información privilegiada en beneficio propio o ajeno, todos y cada uno de los individuos de la especie humana que, en razón de su cargo, posición, actividad o relación tuvieran conocimiento de ella, sin excepción ni exclusión alguna.

El vehículo, medio o conducto que le permite a “cualquier persona” acceder al conocimiento de información privilegiada es:

- (i) El “cargo” que se desempeña, tanto en los emisores o inversionistas institucionales como en los organismos públicos fiscalizadores de aquéllos y éstos;
- (ii) La “posición” que se ocupa, esto es, la situación o ubicación de personas que sin estar en “cargos”, por alguna razón o circunstancia se encuentran vinculadas con ellas o con cualquiera de sus trabajadores o funcionarios;
- (iii) La “actividad” que se desarrolla, esto es, el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad; y
- (iv) La “relación”, esto es, la conexión, correspondencia, vinculación, trato o comunicación de una persona con otra.

Ninguna hipótesis quedó excluida. Todas las posibles vías que permitan acceder al conocimiento de información privilegiada quedaron cubiertas con la citada enumeración legislativa.

La expresión “acceso”, que también utiliza el precepto, significa, de acuerdo con lo indicado en el Diccionario de la Real Academia Española, “acción de llegar o acercarse, entrada al trato o comunicación con alguno”.

Luego cualquier persona que “entre al trato o a la comunicación con alguno cercano al trato” se entiende que ha accedido a la información privilegiada.

También son destinatarias de esta norma prohibitiva las personas jurídicas que han tomado conocimiento de la información privilegiada a través de personas naturales. La ley emplea la expresión “cualquier persona”, y como bien se sabe, cuando el legislador no distingue, no es lícito que lo haga el intérprete. Luego, sería irracional sostener que las personas jurídicas no son destinatarias del deber de conducta contenido en el artículo 165.

A través de la prohibición que se les impone a las personas naturales se prohíbe también el uso que las personas jurídicas podrían hacer de la información que por conducto de aquellas han conocido.

b) Contenido material de la norma y conductas exigidas

En los incisos 1º y 2º del precitado artículo 165 se consagran dos tipos de obligación. De hacer y de no hacer.

Cualquier persona que tiene información privilegiada debe observar un determinado comportamiento que necesariamente ha de traducirse en:

- (i) Obligación de guardar estricta reserva;
- (ii) Obligación de no utilizar la información en beneficio propio o ajeno.
- (iii) Obligación de no adquirir para sí o terceros los valores sobre los cuales posea información privilegiada.
- (iv) Obligación de no valerse de la información para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera.
- (v) Obligación de no recomendar la adquisición o enajenación de los valores sobre los que se posea información privilegiada.

Se trata de obligaciones distintas, ya que el legislador emplea la conjunción "y". Pero todas en su conjunto y cada una de ellas deben ser acatadas por quien tiene conocimiento de información privilegiada.

Por consiguiente, el incumplimiento de una cualquiera de ellas implica quebrantar el deber de comportamiento que la norma exige como regla de conducta, validando el castigo por su infracción.

La estricta reserva supone el acatamiento del deber de no recomendar ni sugerir a terceros la compra o venta de valores respecto de los cuales se tenga información privilegiada, haciendo extensiva esta obligación incluso para que ello no ocurra a través de subordinados o terceros de confianza.

La no utilización de la información se traduce en el cumplimiento de una obligación de abstención, de no hacer, de no servirse o valerse ni de aprovecharse del conocimiento que se tiene de información privilegiada tanto para acceder a beneficios propios o de terceros como para evitar pérdidas. El comportamiento exigido a quien tiene información de privilegio necesariamente ha de traducirse en una total y completa abstención, en la no ejecución de actos tendientes a su utilización. Este deber de conducta es diverso a la prohibición de adquisición y se infringe no por la compra o venta del valor, sino que por la sola utilización de la información privilegiada.

La prohibición de adquisición y enajenación para sí o terceros de los valores sobre los cuales se posea información privilegiada, se traduce en un impedimento total y absoluto de compra y/o venta. El comportamiento que se exige en este caso se traducirá necesariamente en el acatamiento de la obligación de no hacer, de no comprar ni adquirir para sí o terceros ningún valor sobre el cual se posea información privilegiada. La norma legal es la fuente de la prohibición y es el obstáculo insalvable que deberá acatarse como norma de conducta.

El incumplimiento de una o cualesquiera de estas obligaciones conlleva la infracción del precitado artículo 165 y autoriza castigar su violación. Perfectamente podría ocurrir que no habiendo compra de valores sobre los que se tiene información privilegiada (iii), sí hubiera uso indebido de la misma (ii), al haberse servido de ella y decidir vender un valor sobre el cual se posea información privilegiada, evitando una pérdida o alcanzado una mayor ganancia o comunicándola a un tercero para que la utilice.

Se trata de una obligación de resultado. A quien conoce la información privilegiada se le exige un determinado comportamiento. Si se aparta de él, incurre en infracción del deber de conducta, por lo que deberá ser sancionado.

Para castigar la infracción de esta obligación de resultado no se requiere acreditar culpa ni dolo por parte del incumplidor. El sólo incumplimiento es, al menos, expresión de culpa.²

Si quien conoce la información privilegiada está en condiciones de instar por su divulgación como hecho esencial, lo que sólo será posible si no se trata de información reservada, deberá hacerlo en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 9° de la Ley N° 18.045, con lo cual la información, al pasar a ser pública, deja de ser privilegiada.

II. Alegaciones de los sancionados acogidas por las sentencias de primera y segunda instancia en relación con los deberes de conducta de quienes conocen información privilegiada

a) La fuente de la cual emana la información debe encontrarse en una relación fiduciaria con quien la conoce, en la que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio

A partir de la alegación de los sancionados de que ellos no se encontraban en ninguna relación fiduciaria con respecto al Grupo Luksic, por lo que no quedarían afectos a las limitaciones impuestas por el artículo 165 de la LMV, la sentencia de primera instancia confirmada sin modificaciones por la de segunda, dijo en el considerando N° 11° que "asimismo se exige que el emisor de esa información se encuentre en una relación fiduciaria en la que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio...", por lo que al no existir tal relación entre la fuente de la cual emana la información y quien la conoce, no queda sujeto a las limitaciones del artículo 165 de la LMV.

b) La infracción del artículo 165 de la LMV requiere la prueba de un elemento subjetivo, como la culpa o el dolo

Acogiendo las alegaciones de los sancionados, el considerando N° 11 de la sentencia recurrida afirma que del artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores "se puede desprender que es necesaria la existencia de cierta intencionalidad, esto es, que concurra un elemento subjetivo para poder imputar responsabilidad..."; "que es necesario agregar la existencia de dolo o culpa para que nazca la pretendida responsabilidad en los sujetos que han sido sancionados..."; por lo que "no podría presumirse la existencia de dolo, como lo ha efectuado la Superintendencia, al otorgarle el carácter objetivo a las infracciones al artículo

² Sobre los deberes de los administradores de sociedades anónimas y sobre las obligaciones de medios y de resultado exigidos a estos administradores, véase nuestro comentario a sentencia del Quinto Juzgado Civil de Santiago, publicado en Revista Chilena de Derecho N° 3, 2005.

165 de la ley de Mercado de Valores". Lo anterior se complementa con lo afirmado en el considerando N° 10 del mismo fallo de primer grado, que dijo: "Podemos observar que los reclamantes adquirieron las acciones el día lunes 4 de diciembre del año 2000, con el objeto de no perder el control del Pacto a que pertenecían, sin que en el caso sublite se haya acreditado una utilización engañosa de dicha información o mejor dicho de dicha intención, ni la existencia de dolo en sus conductas".

c) La deberes de conducta son recíprocos. Si la información es privilegiada para quien la recibe, también debe serlo para quien la revela

A partir de las alegaciones de los sancionados de que si la información es privilegiada para quien la conoce, debe serlo también para quien la comunica, la sentencia de primera instancia dijo en el considerando N° 12 que "por tal motivo podemos observar que don Andronico Luksic no fue sancionado por la infracción al artículo 165 de la LMV, en su obligación de guardar estricta reserva... En consecuencia, si la información no era privilegiada para el señor Luksic, tampoco lo era para los reclamantes en estos autos...".

III. Posición de la SVS frente a las alegaciones de los sancionados

a) En cuanto a la exigencia impuesta por las sentencias de primera y segunda instancia de que para hacer exigibles los deberes de conducta del artículo 165 de la LMV, debe existir una relación fiduciaria entre la fuente de la cual emana la información y quien la conoce, la defensa de la SVS hizo presente que si bien es cierto que los deberes de honestidad y fidelidad están presentes como expresiones generales de la buena fe con que se debe actuar en el mundo de los negocios, no es efectivo que la ley chilena exija una relación fiduciaria entre la fuente de la información y el autor de la conducta para configurar el ilícito de uso de información privilegiada.

Se sostuvo que tanto el artículo 164 como el artículo 165 de la LMV utilizan la expresión "**cualquier información**" el primero y "**cualquier persona**" el segundo; que el pronombre "cualquier" en la 1ª acepción que le da el Diccionario de la Real Academia Española, significa "una persona indeterminada, alguno, sea el que fuere"; por lo que para que "cualquier persona" pueda acceder a "cualquier información" sobre el emisor, sus negocios o sus valores, la ley sólo exige que ello se materialice mediante el ejercicio de un cargo, por la utilización de una posición, por el desempeño de una actividad o por la relación que se tenga con la fuente de la información.

Se dijo que cualquiera sea la vía que le permita acceder al conocimiento de la información, coloca al sujeto pasivo del deber de conducta en una posición de privilegio que le impone la obligación de no utilizar tal información; y que la información fluye desde la fuente hacia el sujeto que conoce de ella –el obligado por el deber de conducta–, sea porque este último ocupa un cargo en la fuente, sea porque mantiene una posición o realiza una actividad con la fuente, o ya sea porque mantiene una relación, vínculo o comunicación con la fuente que le da o le permite el conocimiento de la información.

En el caso en comentario, la fuente de la información es el señor Luksic, en cuanto comunicó a dos señores del Grupo XX, miembros del pacto de control del Banco, que abandonaba su condición de inversor pasivo en el Banco de Chile y que Quiñenco S. A. adquiriría un 8% de las acciones de la citada entidad bancaria o implementaría otras alternativas para comprar acciones del Banco de Chile. El nexo causal que vincula a la fuente de la información –el señor Luksic y Quiñenco S. A.– con los sancionados que acceden al conocimiento de ella, lo constituye la “posición”, “actividad” y “relación” que éstos mantuvieron con aquellos. La “posición” que se ocupa, esto es, la condición de miembros de un pacto controlador del Banco de Chile, institución bancaria en donde el Grupo Luksic era un accionista mayoritario; la “actividad” que se desarrolla, esto es, el conjunto de operaciones o negociaciones que los sancionados realizaron con aquel; y la “relación” que se mantuvo, esto es, la conexión, correspondencia, vinculación, trato o comunicación que los sancionados sostuvieron con el señor Luksic a partir de la posición de ambos como accionistas mayoritarios del Banco de Chile; que de no haber tenido los sancionados la “posición” de pacto controlador del Banco de Chile, del que a su vez el Grupo Luksic era accionista mayoritario, es obvio que no habría habido “relación” ni “actividad” entre los reclamantes y el señor Luksic y que la información no habría fluido hacia aquellos ni tampoco la hubieran conocido.

Sin perjuicio de todo lo anterior, se hizo presente que en los orígenes de esta institución en el derecho anglosajón, se exigía, para configurar el ilícito de uso indebido de información privilegiada, una relación de confianza entre la fuente de la información y el sujeto que conoce de ella; que sólo se consideró ilícito el uso de información privilegiada cuando ello suponía el quebrantamiento del deber de lealtad que se impone a aquellos que están vinculados con la compañía emisora mediante una relación de confianza, es decir, a los *insiders* en sentido estricto (directores y ejecutivos ligados por vínculo contractual). Pero que a partir del ya famoso caso O’Hagan coexiste con tal planeamiento la posibilidad de sancionar también por el ilícito de uso indebido de información privilegiada a cualquiera persona que sin tener una relación de confianza o lealtad con la fuente de la información, acceda a ella y la utilice indebidamente.

Se afirmó que la "*misappropriation theory*" –así se llamó a esta nueva doctrina– había surgido como reacción frente a la interpretación restrictiva que los tribunales habían realizado en casos anteriores. En concreto, que había nacido en un caso en el que se había rechazado la condena por *insider trading* (uso indebido de información privilegiada) al no existir entre el sujeto y la entidad una relación de lealtad; que con las interpretaciones anteriores del derecho americano, podía sancionarse por abuso de información privilegiada única y exclusivamente a quienes estaban ligados por vínculos de fidelidad a una sociedad, gracias a los cuales obtenían información relevante y, mientras aún no era pública, la utilizaban para negociar con valores emitidos por dicha sociedad; y que la opinión mayoritaria hasta ese entonces –1987– fue que no podía deducirse de la normativa vigente un deber general de divulgar o abstenerse de negociar para los intervinientes en el mercado con información privilegiada, sino que tal deber sólo podía exigirse de los *insiders* en sentido estricto.

Se sostuvo que la *misappropriation theory* permite, sin embargo, considerar que un sujeto infringe el Reglamento 10b-5 promulgado por la Securities Exchange Commission en desarrollo de la sección 10 de la Securities Exchange Act, si utiliza indebidamente información no publicada en una transacción mobiliaria, con independencia de si ostentaba o no algún deber de lealtad frente a la sociedad cuyos valores negoció; que con la consagración de esta teoría se amplió el círculo de sujetos sancionables por abuso de información privilegiada.

También se hizo presente que en materia de información privilegiada el legislador local siguió muy de cerca al modelo de la ley española, al punto que los preceptos de dicha ley son de una redacción casi idéntica a los que se consultan en el título XXI de la LMV local; que por ejemplo el artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores de España señala lo siguiente:

"Artículo 81. Todas las personas o entidades que actúen en los mercados de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos y, en general, cualquiera que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones posea datos o informaciones relativos a los mismos, deberán salvaguardar dichos datos e informaciones, sin perjuicio de su deber de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales y administrativas en los términos previstos en ésta o en otras leyes. En particular, impedirán que tales datos o informaciones puedan ser objeto de utilización abusiva o desleal, denunciarán los casos en que ello hubiera tenido lugar y tomarán de inmediato las medidas necesarias para prevenir, evitar y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores.”

Se dijo que toda la doctrina española está conteste en que este precepto consagra un concepto y criterio objetivo, en términos de que no se requiere como requisito para configurar el ilícito del artículo 81 de la ley, la existencia previa de una relación de confianza o de lealtad entre el autor de la conducta prohibida y el emisor del valor o la fuente de la información.

Se afirmó que en nuestro ordenamiento positivo ocurre exactamente lo mismo. Se prescinde de toda consideración relativa a los sujetos, por lo que es intrascendente si existe entre ellos y el emisor algún tipo de relación fiduciaria o deber de lealtad. Se prescinde además de cuál haya sido la fuente de la información y de cómo se haya accedido a ella; que objetivamente se trata de proteger y de amparar la simetría e igualdad de acceso a la información al punto de que no exista la posibilidad de que ninguna persona decida en base a información relevante no disponible para la generalidad del público.

En suma, se dijo que cualquiera persona que por su cargo, posición, actividad o relación, dentro o fuera del emisor, con o sin relación fiduciaria con éste, conozca información que por sus características tenga el potencial para influir el precio de la acción en el mercado, está obligada a seguir el deber de conducta exigido por el artículo 165 de la Ley N° 18.045.

b) Frente a la alegación de los sancionados de que la infracción del artículo 165 de la LMV requiere la prueba de un elemento subjetivo, como la culpa o el dolo, la defensa de la SVS hizo presente que tales exigencias no son consistentes con las disposiciones legales que se citan y revelan la grave confusión en que incurrieron las sentencias de primera y segunda instancia, al confundir los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual, con la responsabilidad originada por infracción de un deber de conducta descrito en la ley o de una obligación de resultado (art. 165 de la LMV).

Se sostuvo que las normas legales que estructuran el marco normativo del mercado de valores encierran la tutela y protección de valores jurídicos necesarios e indispensables para asegurar el correcto y eficiente funcionamiento del mismo mercado; que al vulnerarse valores tan significativos como la fe pública, transparencia, igualdad y eficiencia informativa, entre otros, se entorpece a tal extremo su funcionamiento, que el mercado de valores deja de cumplir las funciones económicas que le son propias por la muy simple razón de que los

agentes involucrados dejan de operar en él, razón por la cual la infracción de su normativa se sanciona por el daño que se causa al interés público de contar con un mercado de valores que cumpla las funciones económicas que le son propias, como lo son las de contribuir a la formación de capital en la economía del país; y que para sancionar su infracción no se considera si se produjo o no daño al patrimonio privado, ya que basta con que se infrinja la norma en cuestión, pues ello importa la violación del bien jurídico tutelado.

Se afirmó que si la conducta infractora originó además un daño al interés privado no es una cuestión que le corresponda calificar a la autoridad encargada de velar por el respeto de los valores jurídicos que posibilitan su funcionamiento, ya que lo que sanciona la autoridad es la infracción de los deberes de conducta impuestos por la norma, con independencia de que ello hubiere o no originado perjuicio o beneficio en algún patrimonio privado; que si hay o no daño o beneficio a algún patrimonio privado que deba ser indemnizado es una cuestión que deberá resolverla el tribunal competente previo requerimiento de la parte que se estime afectada.

Se dijo que en el marco general de una regulación que resguarda el orden público, como son las normas que sancionan la transgresión de las obligaciones aludidas, no pueden entremezclarse los daños de índole material que puedan afectar al patrimonio de los inversionistas en particular, con los que atañen al interés público y que el Estado en cuanto tal ha de garantizar a sus miembros, aunque provengan de la misma contravención.

Se agregó que en el caso en comentario no se está en el plano de la responsabilidad extracontractual en que algún agente de mercado ha experimentado un daño en su patrimonio privado, por lo que no debían buscarse los elementos configurativos de este tipo de responsabilidad; que la sanción de la autoridad se aplicó porque se ha violado un deber de conducta descrito en la ley, con independencia de la responsabilidad que pudiere caberle al infractor por los daños que la misma conducta hubiere originado a algún particular; y que sólo en el plano de la responsabilidad extracontractual habrá que buscar si hubo o no perjuicio, si hay dolo o culpa y si hay o no relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Se sostuvo que no era efectivo que la SVS hubiere presumido dolo en la conducta de los reclamantes, como se afirma en el considerando N° 11; que nada de ilícito hubo en la pretensión de los reclamantes de defender su posición de pacto controlador; que el ilícito se cometió por el medio utilizado que les estaba prohibido en función de su conocimiento de información privilegiada; que tampoco lo hubo en la decisión del Grupo Luksic de abandonar el supuesto "sobreentendido existente" en cuanto a que su inversión en el Banco

de Chile era pasiva y meramente financiera; pero que los medios empleados para alcanzar objetivos lícitos también deben ser lícitos; que en el caso en comentario los sancionados disponían de medios de defensa para consolidar su posición controladora (esperar la acción del Grupo Luksic y reaccionar; lanzar una OPA competidora; divulgar la información como hecho esencial, etc.), ya que el marco normativo del mercado de valores los provee, respetando con ello el principio básico de igualdad de trato y de eficiencia informativa que se tutela en las normas referidas; y que si optaron por defender su posición de pacto controlador a partir del conocimiento de la información de que el Grupo Luksic abandonaba su condición de inversionista pasivo en esa entidad bancaria, violaron el deber de conducta que la ley les imponía.

En suma, se dijo que por tratarse de una obligación de resultado, la sola infracción del deber de conducta descrito en la ley es al menos expresión de culpa en el actuar.

c) Frente a la alegación de los sancionados de que los deberes de conducta impuestos por el artículo 165 de la LMV son recíprocos, por lo que si la información era privilegiada para quien la recibe, también debe serlo para quien la revela, la defensa de la SVS hizo presente que es su deber interpretar los conceptos legales de tal modo que ellos se constituyan en un estímulo para el desarrollo de los negocios y actividades comerciales, cuidando siempre que en esta interpretación queden a buen resguardo los bienes jurídicos que se tutelan en la normativa cuya protección le ha sido encomendada.

Se afirmó que se trata de evitar que tales interpretaciones “entrapen las tratativas comerciales”; que en ese contexto, para facilitar el desarrollo de los negocios, se ha entendido que forma parte de una negociación comercial el intercambio de información que viabilice y haga posible tal negociación; que si la información que se intercambia tiene la aptitud de afectar la cotización de los títulos objeto de esa negociación, todos los partícipes de la misma están obligados a guardar estricta reserva sobre la información que conocen, quedándoles estrictamente prohibido utilizarla para beneficio propio o de terceros relacionados; que el círculo dentro del cual puede intercambiarse esa información lo cierran las contrapartes negociales de la misma; que la información generada entre contrapartes negociales como parte de una estrategia de negocios que tiene la aptitud de afectar la cotización de los títulos envueltos en esa negociación, debe quedar dentro del círculo que lo cierran las partes de esa negociación; que a todas las partes envueltas en esa negociación les es exigible el deber de conducta de no revelar a terceros ajenos a ese círculo la información que conocen con motivo de esa negociación, ni menos aún aprovechar para beneficio propio o de terceros relacionados la misma información; pero que si una de esas partes rompe el círculo y a partir del conocimiento de

tal información la utiliza contratando con terceros ajenos a ese círculo negocial, con respecto a ese tercero se está en posición de privilegio, lo que le impone al conocedor de tal información el deber de conducta de no adquirir valores sobre los cuales posee tal información.

Se dijo que sostener, como lo hacen las sentencias de primera y segunda instancia, que la información generada entre contrapartes negociales como parte de una estrategia comercial no puede ser revelada por una de ellas por que es privilegiada, importaría transformar a esta institución en un obstáculo "que conduciría inexorablemente a entrapar las tratativas comerciales" (considerando N° 12)

Se sostuvo que en el caso en comentario, entre el Grupo Luksic y el pacto controlador del Banco existía una relación comercial –posiciones accionariales en el Banco de Chile– que originó la comunicación de información de aquellos a estos; que los terceros ajenos a ese círculo negocial desconocían tal información, por lo que el conocimiento de tal información colocó al pacto controlador en posición de privilegio con respecto a los terceros –accionistas del Banco de Chile– que desconocían tal información; y que tal posición de privilegio les imponía el deber de conducta de no adquirir de esos terceros valores sobre los cuales se poseía tal información y que aquellos terceros ignoraban.

En suma, se dijo que de sostener que el señor Luksic no pudo haber revelado la información a los reclamantes, importaría interpretar el concepto de un modo que lo transforme en un obstáculo para el desarrollo de las "tratativas comerciales".

IV. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

La sentencia de la Excma. Corte Suprema interpretó correctamente el artículo 165 de la LMV, según su genuino sentido y finalidad.

Declaró que los deberes de conducta descritos en el citado artículo 165 de la LMV son exigibles a "cualquier persona", lo que también abarca a las personas jurídicas, al señalar en el considerando N° 21 lo siguiente:

"21°) ...y al decir cualquier persona se involucra tanto a las personas naturales como a las jurídicas, pues el legislador no distinguió entre unas u otras".

En relación con los sujetos obligados por los deberes de conducta descritos en el artículo 165 de la LMV, declaró en el considerando N° 21 lo siguiente:

"21°) Que, dada la amplitud de la norma recién mencionada, su ámbito de aplicación es extenso y comprende a todas las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a información de carácter privilegiado...".

En lo que dice relación con los deberes de conducta descritos en el artículo 165 de la LMV, declaró en los considerandos N°s 20 y 21 lo siguiente:

"20°) *...Para ello resulta necesario aclarar que no cualquier conocimiento de información es reprochable, pues muchas veces resulta inevitable el conocimiento previo por pequeños grupos de inversores, de ciertas decisiones de compras o ventas de acciones, es más, ello ocurre con cierta habitualidad; sin embargo, lo censurable es el hecho de valerse, de servirse, de sacar provecho individual de la misma, sea obteniendo beneficios indebidos o evitando pérdidas económicas*".

"21°) *...La norma en comento comprende la prohibición total de adquisición o venta para sí o para terceros de los valores respecto de los cuales se posea información privilegiada, y su incumplimiento trae como consecuencia la imposición de la sanción contemplada en la ley;*".

En relación concretamente con la conducta desplegada por los sancionados, declaró en los considerandos N°s 22 y 23 lo siguiente:

"22°) *Que en el caso específico materia de este juicio, cabe remarcar, tal como se señaló con anterioridad, a través de la conversación sostenida entre los señores, y los demandantes, estos últimos tuvieron conocimiento de cualquier información atinente a los negocios de uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores por ellos emitidos, concretamente, a ciertos negocios de Quiñenco S. A., a las acciones del Banco de Chile que esta sociedad poseía, y al valor de éstas en la oferta de compra que se lanzaría días después, información que no fue divulgada con anticipación al mercado, por lo que los actores, por esta última circunstancia, se encontraban en una situación de privilegio respecto de los demás inversores, lo que determinó, asimismo, un alza en el precio de dichas acciones, las que alcanzaron un valor de \$ 50;*".

"23°) *Que, acorde a lo reflexionado, la conducta de los demandantes encuadra dentro de las hipótesis propuestas por el artículo 165 de la ley tantas veces citada, puesto que, en razón de ser el grupo controlador del Banco de Chile, don Andrónico Luksic Craig sostuvo una reunión con ellos y les informó, a nombre de Quiñenco S. A., que en los días inmediatamente posteriores, esta última entidad lanzaría una oferta pública de compra de acciones del Banco de Chile, por un valor de \$ 50 la acción, para incrementar así la posición que*

Quiñenco S.A. tenía entre los accionistas de dicho Banco. En esta perspectiva, pese a estar en posesión de información que revestía el carácter de privilegiada por lo explicado anteriormente, no cumplieron con la prohibición de utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados tal información, sino que, por el contrario, recomendaron al Directorio la adquisición de las acciones ya referidas. Vale decir, se valieron y sirvieron indebidamente del conocimiento que poseían y la influencia que dicha información tendría sobre tales valores;"

En suma, la sentencia en comentario interpretó el artículo 165 de la LMV en un sentido amplio, tanto en relación con los sujetos obligados, como en lo relativo a los deberes de conducta exigibles a tales personas.

Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario¹

COMENTARIO:

Jaime García Escobar

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Este artículo pretende develar la siguiente problemática: cuál es el plazo que posee el Fisco, en el hecho, el Servicio de Impuestos Internos, para perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias para el caso en que el Director de éste decide no ejercer la acción penal frente a un presunto delito tributario. ¿Deben aplicarse las normas que al efecto establece el Código Penal?, o bien, ¿son aplicables las normas que determina el Código Tributario?

El artículo 161 N° 10 del Código Tributario, así como el artículo 7° letra g del DFL. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, entregan al Director de la referida repartición pública la facultad en cuanto a decidir respecto del ejercicio de la acción penal, frente a una conducta presuntamente constitutiva de delito tributario.

Pues bien, el problema que nos ocupa se relaciona a la siguiente situación: si el Director decide no querellarse, e instruye la aplicación de la sanción pecuniaria que cada tipo penal tributario establece en el artículo 97 del Código Tributario, ¿cuál es el plazo de prescripción que posee el Servicio de Impuestos Internos para notificar el denuncia?

Hemos tomado conocimiento que recientemente, en una sentencia de mayoría, la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema aplica a los ilícitos tributarios que se persiguen por la vía de un acta de denuncia, la prescripción de seis años prevista en los artículos 200 y 201 del Código Tributario.

¹ Este artículo es un extracto que formará parte de la nueva edición del libro *Curso de Delitos e Infracciones Tributarias*, cuyos autores son el profesor don Rodrigo Ugalde Prieto y el suscrito.

Dicha sentencia, fechada el 9 de mayo de 2006, ingreso Excma. Corte N° 6014-2005, misma que confirma el fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de septiembre de 2005, que –a su turno– había rechazado el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia de primera instancia que había aplicado el plazo de prescripción de seis años.

En el voto de mayoría, suscrito por los señores ministros don Ricardo Gálvez B., con Milton Juica A. y don Domingo Yurac S., para aplicar el plazo de 6 años previsto en el artículo 200 del Código Tributario, se tuvieron presentes los siguientes argumentos:

Considerando 11°: *“Que entrando al análisis de fondo del recurso, y en lo que dice relación con la vulneración del artículo 200 inciso final del Código Tributario, como ya se adelantó, el contribuyente la hace consistir en el hecho que se encontraría prescrita la acción fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos, toda vez que lo que se discutiría en estos autos es una infracción regida por el ordenamiento administrativo establecido en el Código Tributario y no un delito, por lo cual debiera aplicarse el artículo 200 inciso final de dicho Código, por lo que el término de prescripción en el presente caso, en concepto del actor, sería de tres años, plazo que ya habría transcurrido;*

Considerando 12°: *“Que, al respecto debe precisarse que en la especie se formuló el acta de denuncia de fs.1, contra don José Luis Paz Muñoz, luego de que en la investigación administrativa practicada por el Servicio de Impuestos Internos se detectó la contabilización de numerosas facturas irregulares o falsas, que no han sido autorizadas por el Servicio, es decir, éste incurrió en irregularidades tributarias, consistentes en el registro de créditos fiscales y costos acreditados con documentos de proveedores irregulares y no se comprobó la efectividad de las operaciones de que dan cuenta los documentos objetados, actuaciones todas que le permitieron al denunciado rebajar fraudulentamente la cantidad de Impuesto a las Ventas y Servicios que debía enterar en arcas fiscales. El acta de denuncia tiene fecha 18 de diciembre de 1996, notificada por cédula con la misma fecha, y en ella se estimaron perpetradas las infracciones a que se refieren los incisos 1° y 2° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario”;*

Considerando 13°: *“Que, es conveniente consignar que el problema jurídico que aborda el presente proceso ha sido resuelto reiteradamente por este Tribunal de Casación, rechazándose de modo invariable planteamientos similares al que formuló el contribuyente de autos en su escrito de fojas 3, al oponer la excepción de prescripción, ello sobre la base de las argumentaciones que se consignan a continuación”;*

Considerando 14°: *“Que hasta antes de la vigencia de la Ley N° 19.506, de 30 de julio de 1997, la materia que aborda este proceso carecía de regulación especial expresa, esto es, en el Código Tributario, en relación con el término en que debían prescribir las acciones derivadas de infracciones como las que han motivado la referida acta de denuncia, en que se persigue únicamente la responsabilidad pecuniaria del contribuyente, sin ejercer la acción penal tributaria por el delito, que en el presente caso está previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 del Código de la especialidad”;*

Considerando 15°: *“Que, sin embargo, dicha situación varió con la dictación de la referida Ley N° 19.506, porque se agregó un nuevo inciso al artículo 200 del Código Tributario, que quedó del siguiente modo: El Servicio podrá al liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que hubiere lugar, dentro del término de tres años, contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago. El plazo señalado en el inciso anterior será de seis años para la revisión de impuestos sujetos a declaración, cuando ésta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa. Para estos efectos, constituyen impuestos sujetos a declaración aquellos que deban ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto. Luego, su inciso tercero estatuye que En los plazos señalados en los incisos anteriores y computados en la misma forma prescribirá la acción del Servicio para perseguir las sanciones pecuniarias que accedan a los impuestos adeudados”;*

Considerando 16°: *“Que la referida es la situación precisa que se ha planteado en la especie, ya que, como se señaló, el Servicio ha denunciado la infracción del artículo 97 N° 4 incisos 1° y 2° del Código Tributario, que fue definida finalmente como infracción sólo al inciso 2° ya referido, persiguiendo únicamente las sanciones pecuniarias que acceden a los impuestos de que se trata. El mencionado artículo 200 contiene entonces dos plazos de prescripción: el ordinario de tres años y el extraordinario de seis, correspondiendo este último a los casos en que no se hubiere presentado la declaración de impuestos o la presentada fuere maliciosamente falsa”;*

Considerando 17°: *“Que, por lo tanto y acorde con lo dicho, existiendo un plazo especial de prescripción para infracciones como las de autos, efectivamente la sentencia impugnada no incurrió en error al estimar que el término para que opere dicho instituto jurídico es de seis años, porque en realidad ese es el plazo especial extraordinario que corresponde, debido a que en la especie se trata de registro de declaraciones mensuales de impuesto, créditos fiscales irregulares, amparados en facturas falsas en algunos casos y en otros, en que no se cuenta con el respaldo documentario en los respectivos libros de contabilidad”;*

Considerando 18°: *“Que para la aplicación del período de prescripción extraordinaria de seis años, debe tenerse en cuenta que los reproches de irregularidad se formularon al contribuyente, como se dijo, en el acta de denuncia. Además, quedó sentado como hecho de la causa que se está en presencia de documentos que tienen una falsedad ideológica, que traen consigo el cuestionamiento sobre la veracidad de las transacciones comerciales de que dan cuenta, ya que respecto de las facturas objetadas, no se ha acreditado que ellas sustenten operaciones mercantiles reales”;*

Considerando 19°: *“Que, de esta manera, ha quedado establecido que en la especie concurren las circunstancias de hecho que permiten estimar que el plazo de prescripción de la acción tributaria que deriva de las infracciones perpetradas por la contribuyente es de seis años y no de tres, como equivocadamente lo pretende el contribuyente”;*

Considerando 20°: *“Que de la lectura de las diversas situaciones sancionadas por el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, se desprende que la de autos es una acción de carácter pecuniario que, indudablemente, accede al pago de un impuesto, concretamente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que no cabe aplicar el inciso final del artículo 200 del Código Tributario”.*

Para aplicar las normas del artículo 201 del Código Tributario el voto de mayoría tuvo presentes las siguientes consideraciones:

Considerando 22°: *“Que, por último, debe precisarse que, confirmando lo concluido precedentemente, el artículo 201 del Código Tributario hace aplicable la prescripción establecida en el artículo 200 del mismo no sólo al pago de los impuestos, intereses y demás recargos, sino también a las sanciones, de modo que dicha institución rige en el caso sub lite, pero en cuanto a la contemplada en el inciso 3°, es decir, la de seis años, ello por las razones ya señaladas en el presente fallo”.*

Por su parte el voto de minoría –con el que concordamos plenamente– expresa que debe aplicarse el plazo de prescripción de 3 años y señala:

“Acordada con el voto en contra de la ministra Srta. Morales y del abogado integrante Sr. Fernández, quienes fueron de opinión de acoger el presente recurso de casación y, en consecuencia, declarar la prescripción de las infracciones que motivaron la imposición de la multa reclamada por esta vía, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

Primera: Que el artículo 200 del Código Tributario, en la redacción dada luego de la dictación de la Ley N° 19.506, dispone que las acciones para perseguir

las sanciones de carácter pecuniario que no accedan al pago de un impuesto, prescribirán en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción;

Segunda: Que lo discutido en la causa es la presunta responsabilidad del reclamante en la perpetración del ilícito previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, por infracciones cometidas, habiéndose perpetrado la última en agosto de 1994, en tanto que el acta de denuncia lo fue el 18 de diciembre de 1996, la que se notificó el mismo día al contribuyente. Por lo tanto, la materia de autos se refiere a infracciones cometidas antes de la dictación de la Ley N° 19.506, de 30 de julio de 1997, la que vino a llenar un vacío, puesto que con anterioridad a su entrada en vigencia no existía norma sobre la materia en el Código Tributario.

Tercera: Que estiman los disidentes que en estas circunstancias el hecho de que la introducción en el artículo 200 del Código Tributario, del inciso final a que se refiere la Ley N° 19.506, sea posterior a las infracciones de que se trata en autos, no obsta a su aplicación, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 7° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y artículo 18 del Código Penal, en los cuales se contempla lo que en doctrina se conoce como retroactividad benigna, disposiciones ambas plenamente aplicables en este caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Código Tributario;

Cuarta: Que, de acuerdo a lo razonado, y aplicando en la especie el citado criterio, la acción deducida se encontraba prescrita a la época de la notificación de la denuncia, por haber transcurrido más de tres años desde la fecha de las infracciones denunciadas”.

Compartimos plenamente la tesis del voto de minoría suscrito por la ministra doña María Antonia Morales V. y el abogado integrante don José Fernández R. en cuanto a que la norma que se debe aplicar es **el inciso final del artículo 200 del Código Tributario**. Ello por las siguientes razones:

PRIMERA RAZON: por cuanto la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema sobre la materia desde 1998 y hasta el mes de marzo de 2006 había aplicado consistentemente el plazo de tres años previsto en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario:

Así lo había resuelto la Excm. Corte Suprema desde los fallos de fechas 19 de noviembre de 1998 pronunciado en los autos Rol 567-97 y 23 de diciembre de 1998 pronunciado en los autos Rol 1.353-97.

En ambos fallos de casación se indica que por Ley 19.506, publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 1997:

“se modificó, entre otras disposiciones, el artículo 200 del Código Tributario, agregándole un inciso final, en el cual se establece que “las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto prescribirán en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción” (Considerando 4° del fallo de 19 de noviembre de 1998 y del fallo de 23 de diciembre de 1998).

Luego en los considerandos 5°, 6° y 7° de ambos fallos de casación se contiene una doctrina similar que solamente varía en cuanto a las fechas del acta de denuncia y de las infracciones. Citemos, a modo de ejemplo, la sentencia de casación de 23 de diciembre de 1998:

“5°. Que la referida modificación ha dejado en claro que, antes de su vigencia, no existía norma expresa que reglara el tiempo en que prescribían las acciones del Fisco para perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias como la de autos; en consecuencia, y tratándose de normas especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en los artículos 200 y 201 del Código Tributario, debían aplicarse supletoriamente las normas del derecho común que, según la materia específica, corresponda traer a colación”;

“6°. Que, en la especie, se trataba de hacer efectiva la responsabilidad infraccional del contribuyente por hechos acaecidos antes de la ley N° 19.506; por lo tanto, el derecho común aplicable es el Código Penal, específicamente su artículo 94 en cuanto dispone que, respecto de las faltas, la acción prescribe en seis meses, y su artículo 95, que determina que ese tiempo se cuenta desde el día de la comisión del hecho respectivo”;

“7°. Que, en consecuencia, la sentencia ha incurrido en error de derecho al dejar de aplicar en el caso de autos las disposiciones citadas del Código Penal y preferir los artículos 200 y 201 del Código Tributario; y si se considera que la última infracción denunciada se habría cometido en el año 1992, no obstante lo cual la denuncia es de julio de 1995, fecha a la que se halla vencido con largueza el antedicho plazo de seis meses, el error demostrado ha influido substancialmente en lo decisorio del fallo, porque de no mediar él se habría declarado prescrita la acción fiscal”.

O sea, de acuerdo a dicha doctrina las infracciones anteriores al 30 de julio de 1997 prescriben en seis meses en virtud de lo dispuesto en los artículos 94 y 95 del Código Penal, aplicables al no existir norma del Código Tributario sobre la materia, y las infracciones posteriores al 30 de julio de 1997 prescriben en tres

años, de acuerdo a la norma especial contenida en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, incorporado por la Ley 19.506.

Acto seguido, en la sentencia de 2 de septiembre de 1999, pronunciada en los autos Rol 1132-99, la Excma. Corte Suprema aplica el plazo de prescripción de **3 años** a infracciones previstas en el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario y así sucesivamente hasta comienzos del año 2006.

Así, por ejemplo, en sentencia de 28 de marzo de 2006, acogió un recurso de casación interpuesto por un contribuyente denunciado por las infracciones previstas en los incisos 1° y 2° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, a quien la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso le había aplicado el plazo de prescripción de seis años establecido en el inciso 2° del artículo 200 del Código Tributario.

En la última sentencia de casación citada y fechada el 28 de marzo de 2006 –dictada en autos Rol 5.240-2005– señaló la Excma. Corte Suprema en los considerandos pertinentes:

Considerando 7°: *“Que el punto tocante a la prescripción de las acciones orientadas a perseguir la responsabilidad por infracciones como aquellas de que se trata en autos ha sido reiteradamente abordado por la jurisprudencia de esta Corte, distinguiéndose, al respecto, dos situaciones: hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.506, publicada en el Diario Oficial del 30 de julio de 1997, estimándose que la calificación jurídica de tales infracciones correspondía a la de faltas, se estableció que debía aplicarse el término de prescripción de seis meses, contados desde su perpetración, propio de esta clase de ilícitos. A partir de la vigencia de la mencionada ley, que introdujo un inciso final al artículo 200 del Código Tributario, la materia en cuestión pasó a regirse por esta norma, según la cual, las acciones destinadas a perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto, prescriben en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”;*

Considerando 8°: *“Que, en el presente caso, la sentencia impugnada no aplicó en su decisión la citada normativa, sino que lo dispuesto en el inciso segundo del referido artículo 200 del Código Tributario, es decir, el plazo de prescripción de seis años, por estimar que en este caso se trataría de impuestos sujetos a declaración, siendo ésta maliciosamente falsa”;*

Considerando 9°: *“Que, al resolver de ese modo, los jueces del fondo incurrieron en un notorio error de derecho, porque dejaron de aplicar respecto de ciertas facturas materia de la excepción, concretamente las emitidas por el contribuyente Jorge Oliva Flores (salvo las N° 0000793 y 0000834, de 18 y 30 de abril de 1998, respectivamente), el texto expreso del referido*

artículo 200, inciso final del Código Tributario, que contempla un término de prescripción de tres años, precisamente, para infracciones como las sancionadas en autos”;

Considerando 10°: *“Que, al decidir de tal manera, la sentencia que se impugna efectivamente violentó lo preceptuado en dicha norma, al desconocer su muy claro sentido, con influencia sustancial en lo dispositivo, pues, al no darle aplicación, determinó rechazar la prescripción opuesta respecto de todas aquellas infracciones cometidas hasta tres años antes del día 4 de abril de 2001, fecha de la notificación del acta de denuncia”.*

En idéntico sentido podemos señalar –durante el año 2005– las sentencias de casación pronunciadas en las siguientes fechas y expedientes:

- Sentencia de 29 de agosto de 2005, pronunciada en los autos Rol 6033-2004, que acogiendo el recurso de casación en el fondo –con el voto de minoría del Sr. ministro don Milton Juica Arancibia– aplicó el plazo de prescripción de 3 años previsto en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, señalando –en su considerando 11°– que: *“se trata precisamente de sanciones que no acceden a impuestos adeudados, sino que derivan de la perpetración de infracciones de naturaleza tributaria, esto es, constituyen sanciones propiamente tales, de suerte que no resulta posible aplicar el inciso 3° del artículo 200, sino su inciso final”.*

Refiriéndose a la imposibilidad de aplicar el inciso 3° del artículo 200 del Código Tributario a este tipo de situaciones, como lo había hecho el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, expresa el considerando 12° del antedicho fallo de casación :

“Que, así, al resolver en la forma que se ha reprochado, la sentencia impugnada infringió doblemente el artículo 200 del Código del ramo, al aplicar uno de sus incisos, que es claramente inaplicable, y dejando de aplicar el otro –el final– que sí debió utilizar, por ser el que resuelve el problema de la prescripción alegada”.

En el aludido voto de minoría se argumenta que resulta aplicable al caso en estudio el inciso 3° del precitado artículo 200, por cuanto en dicha norma: *“el legislador duplicó el aludido término cuando se trata de perseguir las sanciones pecuniarias que accedan a los impuestos adeudados, de tal modo que frente a la claridad del precepto y establecido que la multa se impone por una declaración maliciosamente falsa del impuesto al valor agregado, es evidente que dicha conducta accede necesariamente a impuestos adeudados y que no declaró por su acción ilícita”* (Transcripción de la parte final del considerando 5° del voto disidente).

SEGUNDA RAZON: por cuanto el inciso final del artículo 200 del Código Tributario es la norma aplicable para regular la prescripción de este tipo de situaciones, puesto que se cumplen las dos exigencias establecidas en su texto.

El inciso final del artículo 200 del Código Tributario dispone:

“Las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”.

Esta norma se incorporó al Código Tributario por la Ley 19.506, de 30 de julio de 1997, y es la que se debe aplicar en la situación que nos ocupa, por cuanto en aquellos casos en que el **Director del Servicio de Impuestos Internos** decide no accionar penalmente y ordena que se notifique un acta de denuncia para aplicar la **multa** con la cual se sanciona el delito de que se trata, se cumplen las dos exigencias para darle aplicación, esto es:

- Se le aplica al contribuyente una **multa**, esto es, una **sanción pecuniaria**, tal como consta en todas las sentencias que se dictan en este tipo de procesos cuando aquellas confirman el acta de denuncia;
- La sanción pecuniaria NO accede a ningún impuesto, ya que si ello fuere efectivo, se estaría cobrando la multa como un accesorio de un impuesto. Situación que no ocurre en estos casos, ya que lo único que a los reclamantes se les aplica es una multa.

A este respecto, es conveniente recordar que **accesorio** se define por el Diccionario de la Real Academia Española como aquello “que depende de lo principal o se le une por accidente” (Página 20 de la Edición 22ª).

La **multa** que se aplica en el acta de denuncia por delitos tributarios respecto de los cuales se decidió no ejercer acción penal, **no** depende de los **impuestos** adeudados por el contribuyente, aun cuando aquellos nazcan de los mismos hechos, porque es totalmente **independiente** de aquellos. Tanto es así, que el inciso final del artículo 105 del Código Tributario lo reconoce expresamente, al señalar que:

“El ejercicio de la acción penal es independiente de la acción de determinación y cobro de impuestos”.

Tal **independencia** se confirma en el inciso 5° del artículo 162 del Código Tributario, ya que dicha norma dispone:

“La interposición de acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Director Regional para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente”.

En conclusión: La notificación del acta de denuncia no depende de los impuestos adeudados, esto es, de su liquidación o falta de aquella. Por el contrario, es totalmente independiente de la determinación de los impuestos, aun cuando nazcan de los mismos hechos, por ejemplo: tratándose de facturas falsas. Lo anterior, por cuanto la notificación del acta de denuncia, su reclamación y la aplicación de la multa consiguiente **no dependen** de la determinación de los impuestos y de su reclamación. Por el contrario, se trata de procesos separados y que son totalmente independientes entre sí.

Ello queda muy claro en el voto de mayoría de la Sentencia de 29 de agosto de 2005, pronunciada en los autos Rol 6033-2004, que en su considerando 11° señala:

“se trata precisamente de sanciones que no acceden a impuestos adeudados sino que derivan de la perpetración de infracciones de naturaleza tributaria, esto es, constituyen sanciones propiamente tales, de suerte que no resulta posible aplicar el inciso 3° del artículo 200, sino su inciso final”.

Ciertamente que en el artículo 200 del Código Tributario existe el plazo de 6 años. Así consta en sus incisos 2° y 3°. Sin embargo, aquel plazo no se puede aplicar –bajo ninguna circunstancia– para resolver la prescripción del tipo de infracciones de que se trata.

A dicho plazo se refiere el inciso 2°, en relación con el inciso 1°, ambos del artículo 200 del Código Tributario. Asimismo, se refiere a dicho plazo el inciso 3° del referido precepto legal.

La transcripción y análisis de dichas normas legales lo probará.

El inciso 1° del artículo 200 precitado dispone:

“El Servicio podrá liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que diere lugar, dentro del plazo de tres años contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago”.

Por su parte, el inciso 2° de la misma norma dispone:

“El plazo señalado en el inciso anterior será de seis años para la revisión de impuestos sujetos a declaración, cuando ésta no se hubiera presentado o la

presentada fuere maliciosamente falsa. Para estos efectos, constituyen impuestos sujetos a declaración aquellos que deban ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto”.

Como se observa, el plazo de 6 años del inciso 2° del artículo 200 precitado se encuentra establecido para regular la prescripción extraordinaria de la acción que posee el Servicio de Impuestos Internos para **liquidar impuestos**, revisar cualquiera deficiencia en su **liquidacion** y para **girar impuestos**.

Así se desprende, sin ninguna duda, de la referencia y remisión que en dicha norma se hace al inciso 1° del artículo 200.

Por lo tanto, no se podría utilizar esta norma del inciso 2° del artículo 200 para sustentar la tesis de la prescripción de seis años, ya que esta disposición nada tiene que ver con la acción para perseguir infracciones tributarias. Su propio texto y la referencia al inciso 1° del artículo 200 deja en claro que el plazo de seis años es para la acción de **liquidar impuestos**, revisar cualquiera deficiencia en su **liquidacion** y para **girar impuestos**.

En cuanto al inciso 3° del artículo 200 precitado, tampoco se puede aplicar a este tipo de casos, por cuanto dicha norma señala:

“En los plazos señalados en los incisos anteriores y computados en la misma forma prescribirá la acción del Servicio para perseguir las sanciones pecuniarias que accedan a los impuestos adeudados”.

O sea: En el inciso 3° del artículo 200 se establece una norma en la cual el legislador aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, conforme a la cual las sanciones pecuniarias que acceden a impuestos adeudados (intereses, reajustes y multas) prescriben en los mismos plazos que el impuesto al cual acceden. Como las multas por delitos tributarios NO acceden a los impuestos adeudados, es claro que dicha norma no se podrá aplicar a la prescripción de aquellas.

Tan claro es que esta norma no se puede aplicar para regular la prescripción de las infracciones de que se trata, esto es, aquellas que constituyen delitos tributarios y en las cuales se decide no ejercer acción penal, que ello lo confirma la propia **Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos** en la página 22 de la Circular 48, de 1997, emitida para impartir instrucciones respecto a las modificaciones realizadas al Código Tributario por la Ley 19.506.

Refiriéndose al alcance del inciso 3° del artículo 200 del Código Tributario, señala la Circular 48 en su página 22:

“Mediante la incorporación de un nuevo inciso tercero, se precisa que las normas de prescripción general de la acción del Servicio para la determinación de los impuestos, contempladas en los incisos primero y segundo de esta disposición, se hacen aplicables a la acción del Servicio para perseguir las sanciones pecuniarias que accedan a los impuestos adeudados, esto es, las establecidas en los números 2º inciso primero y 11º del artículo 97 del Código Tributario. Esta modificación armoniza con lo previsto en el N° 7 del artículo 161, del cuerpo legal citado, que señala que las sanciones pecuniarias aplicadas por el Servicio y que guardan relación con los tributos liquidados deben reclamarse conjuntamente con el impuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el Procedimiento General de Reclamaciones contenido en el Título II del Libro Tercero del Código Tributario” (El destacado es nuestro).

O sea: El propio Servicio de Impuestos Internos reconoce y deja en claro que las **únicas infracciones** del artículo 97 del Código del ramo que se rigen por el inciso tercero del artículo 200 del mismo cuerpo de leyes son las previstas en los números 2º inciso primero y 11º del artículo 97 del Código Tributario. Por lo tanto, a aquellas infracciones que constituyen delitos tributarios **no** se les puede aplicar la señalada norma de prescripción. El mismo órgano fiscalizador lo ha reconocido expresamente.

Reiteramos que ello no es posible, por cuanto, para darle aplicación, se requiere necesariamente de la existencia de **sanciones pecuniarias que accedan** a impuestos adeudados, cuyo no es el caso de autos, puesto que en estos casos la sanción (multa) no accede a ningún impuesto. Las únicas multas que acceden a **impuestos** son las señaladas en el inciso 1º del número 2º del artículo 97 y las previstas en el N° 11 del mismo precepto legal.

Por el contrario, como se ha visto, se trata de situaciones totalmente independientes entre sí, ya que los **impuestos** adeudados se determinan en **liquidaciones de impuestos**, en las que a los impuestos se les recargan **reajustes, intereses** y las **multas** previstas en el inciso 1º del número 2º del artículo 97 o las previstas en el N° 11 del mismo precepto legal, según cual sea el tipo de impuesto adeudado.

Tales liquidaciones y todos sus recargos –reajustes, intereses y multas– son reclamadas en otro tipo de proceso tributario, como es el **proceso general de reclamaciones** previsto en los artículos 123 a 148 del Código Tributario. De este modo dichas liquidaciones no dependen –ni para su emisión, reclamo o fallo– del acta de denuncia en la cual se aplican multas por supuestos delitos tributarios. Así lo dejan en claro el inciso final del artículo 105 y el inciso 5º del artículo 162, ambos del Código Tributario.

Del mismo modo, el acta de denuncia no depende –para nada– de la existencia o no de impuestos adeudados, ya que el Servicio de Impuestos Internos la podría notificar con o sin liquidaciones de impuestos o incluso cuando ya se encontrare prescrita la acción para practicar liquidaciones de impuestos. Así por ejemplo, si hubiera prosperado la tesis del Servicio de Impuestos Internos, de que en estos casos la prescripción que corresponde aplicar es la del Código Penal, el organismo fiscalizador estaría habilitado para practicar un acta de denuncia por las infracciones previstas en el inciso 2° del N° 4° del artículo 97 del Código Tributario dentro del plazo de 10 años, contados desde que se cometió la infracción. Así consta en las Circulares 48 de 1997 y 73 de 2001. En cambio, en ningún caso podría liquidar impuestos (por los mismos hechos por los cuales notifica el acta de denuncia) luego de transcurridos 6 años, contados desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago.

El artículo 201 del Código Tributario tampoco es aplicable para justificar la tesis de que corresponde la prescripción de seis años.

Ello por cuanto dicho precepto legal nada tiene que ver con la acción ejercitada por el Servicio de Impuestos Internos cuando notifica un **acta de denuncia** por presuntos delitos tributarios, ni tampoco con su prescripción, ni con su procedimiento de aplicación.

La lectura del inciso 1° del artículo 201 del Código Tributario confirma que su texto regula la prescripción de **acciones del Fisco** y no de acciones del Servicio de Impuestos Internos, puesto que dicha norma dispone:

“En los mismos plazos señalados en el Artículo 200, y computados en la misma forma, prescribirá la acción del Fisco para perseguir el pago de los impuestos, intereses, sanciones y demás recargos”.

Cuando el organismo fiscalizador notifica un acta de denuncia no se trata de una acción propia del **Fisco** a la que, por consiguiente, pueda aplicarse el artículo 201 del Código Tributario. Se trata del ejercicio de una acción que es propia y privativa del Servicio de Impuestos Internos, que no es el **Fisco**, ni puede ser confundido con aquél, ya que se trata de un **servicio público descentralizado** y con **personalidad jurídica propia**.

Más aún, las disposiciones del artículo 201 del Código Tributario no regulan la prescripción de una acción de naturaleza penal o sancionatoria, como es la que se ejerce cuando se notifica un acta de denuncia.

Dicha norma regula, como consta en su texto, una acción de cobro de impuestos y de sus accesorios, como son los reajustes, intereses y las multas que acceden a un impuesto.

Por otra parte, la acción de cuya prescripción trata el artículo 201 del Código Tributario es una acción que se ejerce en el procedimiento establecido en los artículos 168 a 199 del Código Tributario. Dicha acción de **cobro** la ejerce el Fisco a través del **Servicio de Tesorerías**.

En cambio cuando se notifica un acta denuncia, el reclamo se tramita mediante un procedimiento regulado por el artículo 161 del Código Tributario.

Por último, si se leen las normas que el artículo 201 del Código Tributario establece para regular las materias de la interrupción de la prescripción, esto es, aquellas contenidas en sus incisos 2° y 3°, y las normas relativas a la suspensión de la prescripción, esto es, aquellas contenidas en su inciso final, se confirma que ellas no son aplicables a la materia de que se trata, ya que todas ellas se refieren a la interrupción y a la suspensión de las acciones referentes al cobro de impuestos y de sus accesorios, tal como consta –por lo demás– en las páginas 29 y 30 de la Circular 73 del año 2001 de la propia Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, en las que expresamente se reconoce que la prescripción del inciso final del artículo 200 del Código Tributario **no se interrumpe ni se suspende**.

TERCERA RAZÓN: la dictación de la Circular N° 63 del Servicio de Impuestos Internos, que resuelve el problema en el sentido de que el plazo de prescripción es de tres años

Con fecha 10 de noviembre de 2006, el Director del Servicio de Impuestos Internos, don Ricardo Escobar Calderón, dictó la Circular N° 63, que justamente regula la situación resuelta por la Excma. Corte Suprema, a través del fallo que hemos criticado en el presente artículo, esto es, la prescripción de la acción del Fisco para perseguir la aplicación de la pena pecuniaria en caso de que se decida no ejercer la acción penal, por presunto delito tributario.

Al efecto, la citada circular establece lo siguiente:

“ Sanciones pecuniarias aplicables por delitos tributarios, en casos que se haya optado por no perseguir la aplicación de pena corporal. Esta situación se verifica tratándose de las contravenciones que el Código Tributario sanciona con pena pecuniaria que accede a una pena corporal (delito tributario) que se tipifican en los números 4, 5, 8, 9, 12, 13, 14, 18, 22 y 23 del artículo 97 y en el artículo 100 del Código Tributario, cuando el Director, ejerciendo la facultad que le confiere el inciso tercero del artículo 162 del mismo cuerpo legal, opta por perseguir únicamente la aplicación de la pena pecuniaria de conformidad con el procedimiento general para la aplicación de sanciones a que se refiere el párrafo I del Título IV del Libro Tercero”.

“ De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario, las acciones para perseguir la aplicación de la pena pecuniaria, por el tipo de infracciones descritas en el párrafo anterior, prescribirán en el plazo de 3 años, contados desde la fecha en que se cometió la infracción”.

Estimamos que, de acuerdo a lo resuelto en la antedicha circular, el problema de interpretación que hemos reseñado ha quedado definitivamente resuelto. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 6° letra A N° 1 del Código Tributario, quien debe interpretar la ley tributaria es el Director del Servicio de Impuestos Internos, y la referida autoridad, en uso de sus facultades legales, ha interpretado que para el caso en que decida no querellarse por presunto delito tributario, el plazo de prescripción de la acción para perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias (multas) es de tres años. Evidentemente, esta interpretación no obliga a los tribunales superiores de justicia, pero, en atención a los argumentos desarrollados en el presente artículo, creemos que ella corresponde a la interpretación fidedigna de la ley.

Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable

COMENTARIO:

Jaime Pacheco Q.

Asesor Unidad de Estudios

Defensoría Penal Pública

REGIÓN DEL Bío-Bío

Visto:

En esta causa RUC N° 0500306311-0, RIT N° 266-2005 y rol 880-2005 del ingreso de esta Corte, se ha interpuesto recurso de nulidad por el Ministerio Público, a través del Fiscal Adjunto Paolo Muñoz Olguín, en contra de la sentencia definitiva de 7 de diciembre de 2005, dictada por el Tribunal Oral de Concepción, mediante la cual se condena a Elías Patricio Muñoz Villanueva a la pena de 100 días de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, como autor de un delito de tentativa de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, de especies pertenecientes a Ariel Inzunza Díaz, perpetrado el 21 de julio de 2005. El recurso rola a fojas 18 de la carpeta judicial, y fue declarado admisible por esta Corte a fojas 28. A fojas 39 rola el acta sobre vista del recurso el 10 de enero en curso, fijándose para la lectura del fallo el día de hoy, a las 10:30 horas.

Con lo relacionado y considerando:

1. Que con el recurso en estudio se pretende la nulidad de todo el juicio oral y de la sentencia definitiva, alegándose, en primer lugar, como causal, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues se ha incurrido en un error de derecho al aplicar la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil, basándose en el artículo 18 del Código Penal en relación al artículo 19 N° 3 inciso 7 de la Constitución Política de la República, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

2. Que la ley en cuestión posee una normativa que no es posible aplicar y no es más favorable a los menores, pues al eliminar el trámite del discernimiento, amplió ostensiblemente el ámbito de aplicación de las sanciones penales, ya que antes existía la posibilidad de resolverse la falta de discernimiento y, por ende, la ausencia de responsabilidad penal, mientras que ahora eso no acontece. La nueva ley no puede aplicarse, ya que su vigencia está suspendida por el propio legislador en seis meses desde su publicación, con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68, y no existen las instituciones, infraestructura ni recursos humanos que permitan cumplir con los fines propios de la Ley establecidos en su artículo 20, esto es, que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social.

3. Que la sanción aplicada por la sentencia impugnada, continúa el recurrente, no puede cumplirse en la forma dispuesta en el artículo 16 de la nueva Ley, pues requiere de centros de privación de libertad que no han sido creados, como tampoco existen los programas de reinserción social que deben ser aprobados por el tribunal a proposición del Director del Centro, todo lo cual no puede concretarse ante la inexistencia de esos organismos, aparte de que tampoco se ha dictado el reglamento que regule la organización y funcionamiento de los aludidos recintos, como lo prescribe el artículo 43. Al haberse aplicado la Ley N° 20.084 por el Tribunal Oral, se ha incurrido en un error de derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, ya que la pena no debió ser inferior a 3 años y 1 día de presidio, conforme a la ley penal vigente común, en los artículos 72, 440 N° 1 y 450 del Código Penal.

4. Que, en subsidio, y para el hipotético caso de aplicarse la Ley N° 20.084, el fallo ha incurrido en errónea aplicación de los artículos 21, 22, 23 y 24 de esa Ley, en relación con el artículo 6° del mismo texto legal, y los artículos 440 N° 1 y 450 del Código Penal. En efecto, la sentencia consigna que el artículo 450 del Código Penal está derogado tácitamente, lo que no es efectivo, pues la nueva Ley introduce modificaciones relacionadas básicamente con el régimen de sanciones y con el procedimiento, sin que existan normas especiales en la ley sobre la forma en que se determina la pena, ya que se recurre a las reglas generales. Acatando el artículo 21 de la Ley N° 20.084, resultan aplicables en razón de su especialidad en estos delitos de robo, los artículos 440 N° 1 y 450 del Código Penal, de tal manera que la pena a aplicar es presidio mayor en su grado máximo rebajada en un grado, y como no se procedió así, se ha incurrido en un error que ha influido en lo dispositivo del fallo, al determinarse una sanción menor a la que realmente correspondía.

5. Que, en subsidio, y en el evento de estimarse que es aplicable la Ley N° 20.084, se ha incurrido en el error de derecho de aplicar el artículo 41 de ese texto, suspendiendo por seis meses la pena impuesta, dándole aplicación inmediata, en consecuencia que por tratarse de una norma procesal, conforme al artículo 1° transitorio sólo podía hacerse uso de tal beneficio a la entrada en vigencia de esa

ley, y por aplicación del artículo 11 del Código Procesal Penal. No podían aplicarse los artículos 39, 40 y 41 de la Ley N° 20.084, dada su calidad de normas procesales cuya vigencia está diferida en el tiempo. Como no procedía suspender, también se ha incurrido en un vicio que ha influido en lo dispositivo del fallo.

6. Que, por último, el recurrente invoca la causal del artículo 374 letra e), en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, ya que el fallo carece de los razonamientos necesarios para arribar a la conclusión de que concurre la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, y se ignora cuál fue la información relevante aportada por el sentenciado, lo que era tanto más necesario, habida consideración de los hechos reconocidos por el agente. La errónea aceptación de esa atenuante en la forma consignada ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y en la cuantía de la pena.

7. Que refiriéndonos a la primera causal de nulidad invocada sobre inaplicabilidad de la Ley N° 20.084 al caso de autos, debe previamente consignarse que el delito fue cometido el 21 de julio de 2005, en grado de tentativa, y que la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil fue publicada el 7 de diciembre del año pasado, disponiéndose expresamente en el artículo 1° transitorio, que entrará en vigencia seis meses después de su publicación, con excepción de lo prevenido en las letras a) y c) del artículo 68, vale decir, a partir del 8 de junio del año en curso. Como la sentencia impugnada se dictó el 7 de diciembre de 2005, se ha concluido en dicha resolución que el ilícito cometido por el menor declarado con discernimiento, Elías Patricio Muñoz Villanueva, debe ser juzgado conforme a ella, por aplicación de los artículos 18 del Código Penal en relación al 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, al serle más favorable sus disposiciones, criterio que no es compartido por esta Corte.

8. Que nadie puede desconocer el carácter irretroactivo que tiene la ley penal sustantiva, salvo que se promulgue una nueva ley que favorezca al afectado, como lo asevera el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República y lo explicita el artículo 18 incisos 2° y 3° del Código Penal, no importando que tal nueva ley se dicte antes o después de la sentencia de término del proceso respectivo, de que se haya cumplido o no la condena impuesta.

9. Que no ha merecido solución pacífica el determinar cuándo la nueva ley es más favorable, cuándo es menos rigurosa que la prescrita en el precepto vigente al momento de efectuarse el delito, pero deberá considerarse la cuantía de la pena, o bien cuando siendo más alta la nueva pena, el plazo de prescripción es más breve; las circunstancias agravantes, atenuantes o excluyentes de responsabilidad que una ley contempla y la otra no, como también debe tenerse presente la naturaleza de la pena dispuesta por una y otra, como por ejemplo, presidio y extrañamiento, etcétera. Como dice don Enrique Cury Urzúa, en su obra Derecho Penal, Parte General, páginas 227 y siguientes, edición marzo de 2005, "En la mayor parte de

los casos, para resolver el problema bastará que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y sean relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencias sobre la base de cada ley, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley que nunca ha estado en vigor”.

10. Que en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal, ya que, de no darse este requisito *sine qua non*, no puede estimarse que vaya a ser más favorable. Dicho de otro modo, frente a la imposibilidad de concretar la sanción en la forma prescrita por la nueva ley, y, por ende, prescindir desde un comienzo del objetivo legislativo, creemos que bajo tal circunstancia no puede concluirse en el carácter más favorable de la ley posterior.

11. Que sobre la base de las pautas mencionadas, y revisando derechamente la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, regulando el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones precedentes con la forma de ejecución de éstas (artículo 1° inciso 1°), y luego de señalar penas en sustitución de las determinadas por el Código Penal, clasificándolas según se trate de delitos o faltas (artículo 6°), en sanciones no privativas de libertad (artículos 8° a 14) y sanciones privativas de libertad (artículos 15 a 18), con la modalidad contemplada en el artículo 19, expresamente dispone en el artículo 20 que “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, concepto que se repite en el artículo 44 inciso 1°, en cuanto nos dice que “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre, para lo cual deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal” (inciso 2°). Por último, citaremos el artículo 53 inciso 1°, que faculta al tribunal encargado de la ejecución de la sanción, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor.

12. *Que las normas referidas revelan, incuestionablemente, la idea del legislador de castigar para lograr la reinserción social del infractor, y con este propósito, en lo referido a las sanciones privativas de libertad, en su artículo 42 ordena que sean cumplidas en Centros de Privación de Libertad, administrados por el SENA-ME, clasificándolos en Centros para la Internación en Régimen Semicerrado (letra a), Centros Cerrados de Privación de Libertad (letra b) y Centros de Internación Provisoria (letra c), cuya organización y funcionamiento serán regulados en un reglamento dictado por Decreto Supremo (inciso final). No tenemos conocimiento que dicho reglamento haya sido dictado, y menos que haya sido construido algún Centro para la Internación en Régimen Semicerrado con Programa de Reinserción Social, que fue la sanción aplicada por la sentencia, impugnada con el recurso de nulidad en estudio.*

13. *Que en lo concerniente a la forma de cumplir la pena antes aludida, el artículo 16 prescribe que consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre (inciso 1°), programa personalizado de actividades que será propuesto al tribunal por el Director del Centro designado para el cumplimiento de la sanción, debiendo ser aprobado por éste. Si no existe reglamento ni el Centro establecido en la sentencia, menos va a haber un Director del Centro y un programa personalizado, que vayan a permitir el real y efectivo cumplimiento de la pena en comento, por manera que tal resolución va a revestir el carácter de meramente programática sujeta a la imposibilidad de llevar a cabo la condena por ella impuesta y la reinserción social pretendida.*

14. *Que de lo razonado hasta ahora fluye que esta Corte no ha adquirido la convicción que la Ley N° 20.084 realmente sea más favorable al sentenciado, y, por sobre todo, no se comparte el absurdo jurídico de aplicar una sanción imposible de cumplir, por oponerse a la racionalidad y lógica que debe inspirar toda sentencia definitiva, ya que el criterio sustentado por el Tribunal Oral podría acarrear, por ejemplo, consecuencias impensadas sobre la eliminación inmediata del trámite de discernimiento o bien la revisión de todas las sentencias condenatorias de menores declarados con discernimiento y que actualmente están cumpliendo condena, puesto que el artículo 18 del Código Penal ordena perentoriamente ese estudio, lo que conduciría a un sinnúmero de sentenciados menores de edad que podrían quedar en inmediata libertad en razón de la carencia de los Centros referidos en el artículo 43 precitado. Los Tribunales de Justicia no pueden sustraerse a esta realidad incuestionable y deben resolver en consecuencia.*

15. *Que de todo lo razonado hasta ahora luye que efectivamente está acreditada la primera causal fundante del recurso de nulidad en estudio, al haberse cometido un error de derecho por el Tribunal Oral con la aplicación de la Ley N° 20.084, error que ha influido en lo dispositivo del fallo, al imponerse una pena manifiestamente*

inferior a la que correspondía de acuerdo a la normativa del Código Penal. En cuanto a las causales subsidiarias de nulidad, en razón de su carácter, no se puede emitir pronunciamiento sobre ellas, a lo que debe agregarse respecto del último motivo de nulidad aducido, que es irrelevante resolverlo, dado el acogimiento que se hará de la primera causal hecha valer a fojas 18.

16. Que aun cuando se va a acoger el recurso de nulidad, no corresponde dictar sentencia de reemplazo, puesto que en la especie no se da ninguna de las situaciones expresamente contempladas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, como habilitantes del fallo sustitutivo. En efecto, en la resolución del Tribunal Oral no se calificó de delito un hecho que la ley no considera tal, no impuso una pena superior a la que legalmente correspondía, sino que, todo lo contrario, en la sentencia recurrida se aplicó una pena menor. El carácter taxativamente imperativo de esta norma impide dictar sentencia de reemplazo, no obstante tener que acogerse el recurso anulándose el juicio y la sentencia del Tribunal Oral, tal como lo ha solicitado el Ministerio Público en su escrito de recurso. Al respecto, citamos la opinión manifestada por el profesor de la Universidad del Desarrollo, don Mario Rojas Sepúlveda, en la charla pronunciada el año 2001, en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público. Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo prevenido en los artículos 372, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGE, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a fojas 18 de esta carpeta, sólo en cuanto se refiere a la primera causal invocada en el libelo de recurso, y se declara que se anula la sentencia de siete de diciembre de dos mil cinco, escrita de fojas 1 a 17 de estos antecedentes, y todo el juicio oral en que recayó, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio por el Tribunal no inhabilitado que corresponda. Léase en la audiencia del día de hoy. Insértese en el acta correspondiente. Regístrese y devuélvase con el disco compacto acompañado que se guarda en custodia.

Redacción del ministro señor Freddy I. Vásquez Zavala. No firma el ministro señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza, aunque participó en la vista y acuerdo de la causa, por estar con permiso. Rol 880-2005 RPP.

Comentario

La aplicación de la ley penal más favorable constituye una excepción al principio garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal, reconocido en el Art. 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República,¹ según el cual: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*. Por su parte, el Art. 18 del Código Penal hace aplicable la ley penal más favorable, no solo cuando ha sido promulgada después de cometido el delito y antes de dictarse sentencia de término, sino que también cuando ha sido promulgada después de ejecutoriada e incluso cumplida la sentencia definitiva.

En relación con la eventual aplicación de la Ley 20.084,² que establece un sistema de responsabilidad penal de adolescentes por infracciones a la ley penal, como ley penal más favorable antes de que transcurra el plazo que prorroga su vigencia,³ tres son las cuestiones que plantea el fallo y que nos merecen algún comentario, a saber: objetivos político-criminales de la nueva ley de responsabilidad penal adolescente; supeditación de la aplicación de la nueva normativa a un acto reglamentario y verificación en el caso concreto de la ley penal más favorable.

1. Objetivos político-criminales de la Ley 20.084

Según lo resuelto por la sentencia, en la conceptualización de la ley más favorable debe considerarse si con su aplicación se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, sosteniendo además que es incuestionable que, tratándose de la Ley 20.084, la idea del legislador es la de castigar para lograr la reinserción social, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal (Considerandos 10 y 12).

Tratándose de sistemas de responsabilidad penal juvenil, concuerda la doctrina⁴ que una de sus notas distintivas es que la finalidad de las sanciones tiene un

¹ El principio de la ley penal más favorable se encuentra además reconocido en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, así: Art. 15.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² La Ley 20.084 fue promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de diciembre de 2005.

³ El Art. 1° Transitorio de la Ley 20.084 difería la entrada en vigencia de la ley por el lapso de seis meses a contar de su publicación. A su vez, la Ley N° 20.110, de fecha 26 de mayo de 2006, difiere su entrada en vigencia hasta el 8 de junio 2007.

⁴ Véase, por ejemplo, Beloff, M., “Los derechos del Niño en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 3, Buenos Aires, diciembre 2001, p. 37. En el mismo sentido, Couso, J., “La política criminal para adolescentes y la ley 20.084”, ponencia presentada por el autor en las II Jornadas de Derecho Penal, Santiago de Chile, 24 a 26 de noviembre de 2005, pp. 1 y ss.

destacado componente preventivo especial, el cual además encuentra reconocimiento normativo tanto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), como en la propia Ley 20.084.⁵

Resta por dilucidar si ese objetivo preventivo especial o de resocialización sólo se puede alcanzar a través del castigo efectivo, como sostiene el fallo, o bien su concreción importa otras alternativas y valoraciones.

La política criminal de los sistemas de responsabilidad juvenil en general y por ende de la Ley 20.084 en particular, se inserta en el denominado derecho penal mínimo,⁶ lo que importa, entre otras consecuencias, que el tratamiento penal de los adolescentes infractores a la ley penal requiere de respuestas distintas a la de los adultos, tanto cualitativamente, en el sentido que deben estar orientadas a la integración social, para lo cual se considera en forma amplia la posibilidad de salidas alternativas al proceso y a la sanción;⁷ como cuantitativamente, en el sentido que la intensidad de la respuesta penal ha de ser menos afflictiva, en relación a la que correspondería a un adulto en un situación similar.⁸

Estas notas características de la Ley 20.084 implican dos consecuencias: en primer término, que el fin preventivo especial (resocialización), en la etapa de individualización judicial de la pena, cuyo es el caso que comentamos, no puede servir como fundamento de la sanción (en palabras del fallo, *castigar para reinsertar*), sino que, por el contrario, la prevención especial (resocialización) se convierte en un argumento y un criterio para evitar la imposición de una pena o para sustituir una privativa de libertad por una no privativa de libertad,⁹ es decir, la prevención especial en la individualización judicial de la sanción actúa como un principio límite de la pena y no como su fundamento. Esta finalidad, de principio limitador del fin resocializador, no reviste un carácter programático, ya que expresamente el legislador impone al sentenciador al determinar la naturaleza de la sanción la obligación de dejar constancia en su fallo de la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.¹⁰

⁵ Ver Art. 40.1 de la CDN y Art. 20 de la Ley 20.084.

⁶ Véase Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

⁷ Ver Art. 40.3. b) de la CDN. Como ejemplo de evitación del proceso penal podemos señalar la despenalización de la mayoría de las faltas tratándose de adolescentes a que se refiere el Art 1º inciso 3º de la Ley 20.084; y como ejemplo de la evitación de la sanción, la ampliación del ámbito de aplicación del principio de oportunidad, no solo en razón de la penalidad establecida en el Art. 21 de la Ley 20.084, sino que especialmente por la especial consideración de la incidencia de esta salida en la vida futura del adolescente, según prescribe el Art. 35 de la Ley 20.084, todo ello sin perjuicio de la aplicación del resto de las salidas alternativas.

⁸ Art. 26 de la Ley 20.084. En el mismo sentido, Art. 37. b) de la CDN.

⁹ Couso, J., ob. cit., p. 8.

¹⁰ Art. 24 letra f) de la Ley 20.084. Teniendo en vista esta disposición, el Tribunal Oral en el caso en cometo dispuso la suspensión de la sanción impuesta.

En segundo lugar, y como una consecuencia de lo anterior, se crea un verdadero orden de prelación de los medios a utilizar para alcanzar el fin resocializador. En efecto, como primera opción,¹¹ se debe procurar evitar intervenir penalmente, la resocialización opera originariamente como un argumento despenalizador; si es inevitable la intervención penal, el eje central de la respuesta punitiva ya no es la privación de libertad, sino un amplio catálogo de sanciones no privativas de libertad,¹² cuya aplicación debe ser *prima ratio* sólo si nada de lo anterior es posible, se debe recurrir a una sanción privativa de libertad, opción en la cual el fin resocializador, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de un tratamiento a los adolescentes, sirve de fundamento a una ejecución penitenciaria más benigna.¹³

En suma, a diferencia de lo resuelto por el fallo que comentamos, el fin perseguido por el legislador no es el de castigar para resocializar, sino que precisamente lo contrario, se debe alcanzar el fin resocializador evitando el castigo o sanción como primera opción, y cuando éste es inevitable, se debe resocializar sin privar de libertad y solo si esta última no se puede evitar, el fin resocializador actúa como un morigerador de los efectos disociativos que conlleva la privación de libertad. Como dice Baratta, *"la reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella"*.¹⁴

2. Supeditación de la aplicación de la ley a un acto reglamentario

El segundo aspecto a comentar del fallo dice relación con el argumento sostenido en orden a que, si no existe el reglamento¹⁵ ni el Centro establecido en la sentencia, menos va a haber un director del centro y un programa personalizado que vayan a permitir el real y efectivo cumplimiento de la pena, por manera tal que la resolución va a revestir el carácter de meramente programática sujeta a la imposibilidad de llevar a cabo la condena por ella impuesta y la reinserción social pretendida (Considerando 13).

No cabe duda que el catálogo de sanciones y su forma de cumplimiento y de su no cumplimiento, en su caso, contemplado en la Ley 20.084, en atención a

¹¹ Sobre la razonabilidad y legitimidad del uso del ideal (re)socializador en el derecho penal de adolescentes, véase Couso, J., "Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal Juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF N° 8 Santiago, noviembre 2006, p. 51.

¹² Reconocimiento de esta opción por parte de la Ley 20.084 no es solo el Art 26, sino que resulta ilustrador en este sentido que en cuatro de los cinco tramos de sanciones establecidos en el Art. 23 se contemplan sanciones no privativas de libertad.

¹³ Basado en ese fin, la Ley 20.084 en la fase de ejecución contempla tanto la sustitución de la sanción impuesta por una menos gravosa (Art. 53), como la remisión de la condena (Art. 55) e incluso en algunos casos la suspensión de la condena impuesta (Art. 41).

¹⁴ Baratta, A., "Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del Condenado", *No hay Derecho*, N° 3, abril-mayo, 1991, pp. 30 y ss.

¹⁵ El Art. 43 de la Ley 20.084 dispone que la organización y funcionamiento de los centros de privación de libertad se regulará en un reglamento dictado por decreto supremo.

su carácter de normas sustantivas,¹⁶ se constituyen, a partir de la promulgación del referido texto legal, en derechos para el imputado adolescente, cuyo pleno ejercicio no puede quedar supeditado a la dictación de un acto reglamentario posterior, por impedirlo no sólo expresamente la Constitución Política del Estado,¹⁷ sino porque con ello se vulneraría además el principio-garantía del interés superior del niño consagrado en el Art. 3.1 del CDN, que obliga a todos los órganos (incluidos los tribunales) que adoptan medidas concernientes a los niños a tener en consideración primordial el interés superior del niño, lo que implica optar siempre por aquella decisión que conlleve la plena satisfacción y protección de sus derechos y que en materia penal se traduce en que dicho principio opera como un límite a la intervención punitiva estatal.¹⁸

En suma la deficiencia administrativa no puede ser de cargo del imputado adolescente¹⁹ y constituirse en una traba para el pleno goce de sus derechos, ya que siempre la mejor protección de los derechos del niño estará dada por la completa realización de los mismos y no por su limitación.

En segundo lugar, el razonamiento de la Corte no asume el cambio de eje en la respuesta punitiva estatal respecto de los adolescente, ya que lo que debe establecerse, como apuntábamos anteriormente, en primer lugar, es si ese adolescente puede alcanzar el fin resocializador en libertad, y solo en caso de una respuesta negativa entrar a analizar la procedencia de una sanción privativa de libertad. Dicho razonamiento sí se efectuó por el Tribunal Oral en lo Penal,

¹⁶ A pesar de que el fallo no contiene pronunciamiento alguno, resulta conveniente señalar que no obstante que el art. 41 se ubica en el Título II de la Ley 20.084 (arts. 27 a 41), denominado Procedimiento, no puede compartirse el argumento de que se trate de una norma de carácter procesal y por ende regida por el art. 11 del Código Procesal Penal, no siéndole aplicable el art. 18 del Código Penal, que establece la retroactividad de la ley más favorable, toda vez que la determinación del carácter penal de una disposición dice relación con la afectación de la situación jurídico-material del individuo como consecuencia de la infracción de normas y desde ese punto de vista, la modalidad de ejecución de una condena o mejor la no ejecución de la misma incide directamente en dicha situación. En un sentido más amplio, Cury postula incluso que resultaría deseable aplicar a las normas en que se materializa el principio *nulla poena sine indicio* algunas de las limitaciones garantizadoras que rodean la interpretación y aplicación de las leyes penales sustantivas. Ver Cury, E. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 119. En el mismo sentido, M. Cobo del Rosal-T. S. Vives Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 207. En este orden de ideas cabe indicar que nuestra jurisprudencia ha entendido que rige el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable en la aplicación de las normas que regulan las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, así Corte Suprema 31.12.96 en Gaceta Jurídica N° 198, pág. 98.

¹⁷ El Art. 19 N° 26 de la CPR.

¹⁸ Al respecto véase Cillero, M., "La Responsabilidad Penal de Adolescentes y el Interés Superior del Niño" en Justicia y Derechos del Niño., UNICEF, N° 7, Asunción Paraguay, 2005, pp. 97 y ss.

¹⁹ No ha sido feliz la experiencia de nuestra infancia, cuando se ha entregado a la Administración la creación de la infraestructura necesaria para el goce de sus derechos, bástenos recordar que la primera Ley de Menores N° 4.447 de 1928, disponía la creación de Casas de Menores en el asiento de cada Juzgado de Menores, destinadas a recibir a éstos cuando eran detenidos o debían comparecer ante el juez, dejando entregadas al reglamento respectivo la regulación y organización de dichas casas de menores; esto se tradujo en la práctica, que la privación de libertad de los niños se efectuó en las cárceles de adultos, situación que solo terminó en el año 1994 con la dictación de la Ley N° 19.343, que erradicó los niños de las cárceles.

al estimar que el fin resocializador se podría alcanzar en un medio libre, razón por la cual suspendió la imposición de la condena.

3. Ley más favorable en el caso concreto

Finalmente nos queda resolver cuál era la ley más favorable en el caso concreto. Luego de analizar las dificultades que implica la determinación de la ley más favorable, el fallo reseña el procedimiento que ha de realizarse para ello, acogiendo la conocida fórmula del profesor Cury,²⁰ de redactar dos borradores de sentencia, concluyendo que al no poder aplicarse la sanción, por las razones ya indicadas, la Ley 20.084 no es más favorable, porque sostener lo contrario implica el absurdo jurídico de aplicar una sanción imposible de cumplir y además por las impensadas consecuencias que ello podría acarrear, como la revisión de sentencias condenatorias, lo que conduciría a un sinnúmero de sentenciados menores de edad que podrían quedar en inmediata libertad en razón de la carencia de los Centros referidos en el art 43 de la Ley 20.084. Los tribunales de Justicia, expresa la sentencia, no pueden sustraerse a esta realidad incuestionable y deben resolver en consecuencia (Considerando 14).

En cuanto al absurdo jurídico que implicaría el dictar una sanción imposible de cumplir, baste señalar que el propio legislador contempla en la Ley 20.084 la posibilidad de que no obstante se hubiese aplicado una pena privativa de libertad, el juez podrá en su sentencia disponer la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, transcurrido el cual el tribunal dejará sin efecto la sentencia y en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.²¹ Es decir, es el propio legislador el que insta por el no cumplimiento efectivo de la sanción impuesta, como una forma de alcanzar de mejor modo el fin resocializador.

Por otra parte, si bien el fallo indica cuál es el mecanismo para determinar en el caso concreto qué ley es más favorable (borradores de sentencia), incurre en una contradicción y en una omisión.

Se contradice, ya que no obstante resolver que la Ley 20.084 no es ley más favorable, en su considerando decimoquinto estima que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho, por cuanto, con la aplicación de la Ley 20.084, en el caso concreto, se ha impuesto una pena *manifiestamente inferior* a la que correspondía de acuerdo a la normativa del Código Penal, ello a pesar de que dicho código expresamente señala, como uno de los casos de ley penal más favorable, aquel que precisamente lleva a imponer una pena menos rigurosa.²²

²⁰ Cury, E., ob.cit., p. 229.

²¹ Art. 41 de la Ley 20.084.

²² Ver Art. 18 Código Penal.

En cuanto a la omisión, esta consistió en que no obstante indicar el fallo que se debían confeccionar dos borradores de sentencia, para determinar en el caso concreto cuál era la ley más favorable, al parecer solo se quedó ahí, encargando a la realidad la confección, ya no de borradores, sino de sendas sentencias condenatorias, que aplicaron las legislaciones en disputa. El resultado salta a la vista: el primer fallo del Tribunal Oral en lo Penal, que aplicó la Ley 20.084, suspendió la condena;²³ el segundo fallo, que aplicó el Código Penal, condenó a una pena privativa de libertad efectiva de tres años y un día.²⁴

Por último, respecto a la impensada consecuencia que sería el que un sinnúmero de menores quedaran en inmediata libertad, realidad a la que no pueden sustraerse los tribunales de justicia, a que alude la sentencia comentada, no podemos sino discrepar de tal vía argumental, por cuanto, en un Estado Democrático de Derecho, a lo que no pueden sustraerse los tribunales de justicia es a la promoción y cautela de los derechos fundamentales de las personas, en especial, de aquellos más vulnerables, como los adolescentes, más aún si están privados de libertad, ya que como bien señala Antonio Carlos Gomes Da Costa, *"sólo una sociedad que aprende a respetar a los "peores" es capaz de respetar a todas las personas"*.²⁵

²³ Sentencia dictada en causa RIT N° 266-05, de fecha 7 de diciembre de 2005, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, integrada por los Jueces don Hernán Rodríguez Cuevas, doña María Elvira Verdugo Podlech y doña Karina Mihovilovic. La sentencia por mayoría aplicó la Ley 20.084, en contra la magistrado Mihovilovic.

²⁴ Sentencia dictada en causa RIT N° 266-05, de fecha 15 de marzo de 2006, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, integrada por los magistrados doña Carmen Gloria Durán Vergara, Viviana Iza Miranda y Rafael Corvalán Pazols.

²⁵ Citado por Cillero, M., *"Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención Sobre Derechos del Niño"*, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 2, Buenos Aires, 2000, p. 109.

Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral¹

COMENTARIO:

Hugo Fábrega Vega

Profesor Ayudante

Departamento Ciencias del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Fallo que acoge la casación en el fondo

"Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil seis.

Vistos:

Ante el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, autos rol N 135-2004, Luis Adrián y Cristian Hipólito Gardrat Rivas demandan la nulidad de su despido y, que en subsidio, éste se declare injustificado, en contra de Cellstar Chile S. A., representada por don Carlos González Guerrero, a fin de que se la condene a pagarles las prestaciones que señalan, más reajustes, intereses y costas.

La demandada contestó la demanda y solicitó su rechazo, fundado en la inexistencia de la relación laboral con los actores.

En primera instancia, mediante fallo de catorce de julio de dos mil cuatro, que se lee a fojas 174, se rechazó la demanda en todas sus partes, porque los demandantes no acreditaron la existencia de la relación laboral necesaria para acceder a las prestaciones reclamadas.

El tribunal de segunda instancia, conociendo la apelación deducida por los actores, con fecha dos de enero del año pasado, según aparece a fojas 195, revocó la sentencia de primer grado, declaró la existencia de la relación laboral, que el despido fue nulo y condenó a la demandada al pago de las remuneraciones de

¹ El autor, a través de este trabajo, desea expresar su sincero agradecimiento al Consultorio Laboral dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, por el constante estudio, análisis y proyección que allí se hace de la jurisprudencia judicial en la materia, y en especial a su Abogado Jefe, señor Gonzalo Morales Ortega, por su dedicación y tiempo en las discusiones previas que motivaron la publicación de este comentario.

los seis meses posteriores al despido, sin perjuicio de las cotizaciones previsionales y de salud. Al mismo tiempo omitió pronunciamiento sobre la acción por despido injustificado interpuesta subsidiariamente.

En contra de esta última decisión, la demandada recurrió de casación en el fondo, a fin de que esta Corte la invalide y dicte un fallo de reemplazo que rechace la demanda.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la demandada expresa que la sentencia vulneró los artículos 7°, 162 y 456 del Código del Trabajo, al dársele una falsa aplicación. Al respecto, argumenta que la primera de las disposiciones legales fue infringida toda vez que la sentencia reconoció la existencia de una relación laboral entre las partes por el período comprendido entre mayo de 2002 hasta enero de 2004, no obstante que de la prueba rendida no es posible concluir que concurren los requisitos para ello; por el contrario, sólo hubo entre las partes una relación contractual sobre la base del pago de honorarios. La prueba sobre este hecho fue analizada sin considerar la intención de las partes ni el Principio de la Buena Fe. En cuanto al artículo 162 del Código ya citado, también fue atropellado, en atención a que antes que se dictara el fallo, no existía certeza sobre la existencia de relación laboral por el período comprendido entre mayo de 2002 a enero de 2004. De esta manera, al ser reconocido este hecho sólo en la sentencia, ésta tiene el carácter de constitutiva, siendo sus derechos exigibles, razón por la cual no puede establecerse que su representado incurrió en incumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales por ese período. Por último, expresa que se vulneró el artículo 456 del Código del Trabajo, al darse por establecido que el despido de los actores ocurrió el día 28 de febrero de 2004, sin que de la prueba rendida pueda acreditarse este hecho. Finalmente, expresa cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y solicita se acoja el recurso y se dicte una nueva sentencia que rechace las demandas principal y subsidiaria.

Segundo: Que en la sentencia impugnada se establecieron como hechos los siguientes:

a) La prueba rendida por la demandante fue suficiente para acreditar la existencia de una relación laboral, entre las partes entre el mes de mayo de 2002 hasta el mes de enero de 2004.

b) El despido de los actores se produjo el día 28 de febrero de 2004, sin aviso previo ni causa legal.

c) La relación laboral correspondiente al mes de febrero de 2004, reconocida por el empleador, no consta por escrito.

d) El demandado no acreditó que a la fecha del despido de los actores se haya encontrado al día en el pago de las cotizaciones previsionales por el período comprendido entre mayo de 2002 y enero de 2004.

e) La remuneración de los actores era de \$437.751 para Luis Gardrat y de \$155.542 para Cristian Gardrat.

Tercero: Que sobre la base de los hechos señalados, y analizados los antecedentes de acuerdo a la sana crítica, los sentenciadores del grado decidieron que el despido de los actores fue nulo y condenó a la demandada al pago del equivalente a seis meses de remuneraciones, más las cotizaciones previsionales y de salud de mayo de 2002 hasta el mes de enero de 2004. La sentencia expresa, además, que omitió pronunciamiento sobre la acción por despido injustificado, por haber sido interpuesta sólo para el caso que el despido fuere convalidado.

Cuarto: Que, en primer término, respecto de la supuesta infracción a los artículos 7 y 456 del Código del Trabajo, según se desprende del motivo segundo de esta resolución, debe apuntarse que lo que el recurrente impugna es la ponderación de las probanzas allegadas al proceso, desde que alega que con la prueba rendida la demandante no demostró la relación laboral ni el hecho del despido. Sin embargo, la conclusión a la que arribaron los jueces del grado es distinta, ya que establecieron que en la especie concurrían todos los requisitos legales para dar por establecida la relación laboral, como, asimismo, que, los actores fueron despedidos por el empleador el día 28 de febrero de 2004.

Quinto: Que conforme a lo expresado, lo que el recurrente intenta es alterar las conclusiones de hecho a las que llegaron los jueces de la instancia, denunciando para ello una equivocada apreciación de la prueba rendida. No obstante, con su argumentación desconoce que la modificación de los presupuestos fácticos y de la ponderación de los elementos de convicción agregados al proceso, no puede prosperar por esta vía, desde que el establecimiento de aquéllos y la apreciación de éstos corresponden a las facultades privativas de tales sentenciadores. En efecto, asentados los hechos les aplicarán el derecho pertinente, empleando en la valoración de las pruebas rendidas las reglas de la sana crítica, lo que ha ocurrido en autos, sin que a su respecto se advierta vulneración alguna a las normas de la lógica o de la experiencia.

Sexto: Que, por último, respecto a la eventual infracción del artículo 162 del Código del Trabajo, debe señalarse que esta Corte ya ha decidido que, habiéndose reconocido la relación laboral, sólo en la sentencia que por esta vía se impugna, ella viene a reconocer los derechos de los trabajadores en calidad de tales desde la época de su dictación y posterior ejecutoriedad, de manera que los derechos como dependientes se han perfeccionado jurídicamente a partir de esa época. Por

este motivo, no puede estimarse que la demandada se haya encontrado en mora de pagar las cotizaciones previsionales a la fecha del despido, puesto que para la empleadora sólo existía con los actores una relación contractual de carácter civil.

Séptimo: Que de acuerdo a lo razonado, efectivamente la sentencia impugnada quebrantó el artículo 162 del Código del Trabajo, al condenar a la demandada al pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en los contratos de los demandantes por los seis meses posteriores al despido, ya que dicha condena carece de asidero, tratándose de una relación laboral cuya existencia se reconoce en la sentencia dictada en los autos, a lo que cabe agregar que la citada norma establece una sanción adicional para el empleador que, habiendo retenido las cotizaciones previsionales de un trabajador, no las entera oportunamente en los organismos previsionales correspondientes, no obstante ser un simple agente retenedor de los dineros que pertenecen al dependiente.

Octavo: Que, en consecuencia, el recurso de casación en el fondo en examen es procedente en este sentido, ya que la infracción anotada influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que condujo a una condena improcedente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo y 764, 765, 767, 770, 771, 772, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandado a fojas 204, contra la sentencia de once de enero de dos mil cinco, que se lee a fojas 195, la que se invalida y se la reemplaza por la que se dicta a continuación sin nueva vista.

Regístrese.

N° 928-05.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Urbano Marín, Jorge Medina C. y Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes señores Roberto Jacob Ch. y Ricardo Peralta V. No firman los señores Ballesteros y Jacob, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por estar ausentes.

Autoriza la secretaria subrogante de la Corte Suprema, señora Carola A. Herrera Brummer."

II. Sentencia de reemplazo

“Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil seis.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la sentencia de reemplazo que sigue:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos cuarto al undécimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Los fundamentos sexto y séptimo del fallo de casación que antecede y los motivos 3° al 23°, 26°, 27° y 29° de la sentencia invalidada, estos últimos no afectados por la sentencia de nulidad que precede, los que para estos efectos se dan por expresamente reproducidos.

Segundo: Que la existencia de la relación laboral entre las partes sólo ha sido declarada en la sentencia que se revisa, de modo tal que no es posible aplicar a la parte demandada la sanción a que se refiere el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, sin perjuicio que éste se encuentra obligado a enterar las cotizaciones previsionales y de salud correspondientes al período mayo de 2002 a enero de 2004.

Tercero: Que habiéndose omitido pronunciamiento respecto de la acción por despido injustificado, corresponderá a este tribunal emitirlo, sin perjuicio de anotar que esta Corte ha resuelto reiteradamente que son del todo compatibles las acciones por nulidad de despido y por despido injustificado, reconociendo de este modo la independencia de ambas acciones, tanto por la causa de pedir como de la cosa pedida. En efecto, la acción de nulidad de despido tiene por objeto la sanción del empleador que no ha dado cumplimiento a las obligaciones previsionales, y en cambio la reclamación por despido persigue la declaración de que este ha sido indebido, improcedente o injustificado y la condena a las respectivas indemnizaciones.

Cuarto: Que habiéndose acreditado que los actores fueron despedidos por su empleador, éste no probó, como era de su cargo, que ellos hubieren incurrido en alguna causal de caducidad, razón por la cual se concluye que el despido fue injustificado, indebido e improcedente, condenándose al demandado al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, esta última incrementada en un veinte por ciento.

Quinto: Que, advirtiendo esta Corte que el tribunal de primera instancia tampoco se pronunció respecto de la remuneración del mes de febrero de 2004, feriado

proporcional año 2002 y gratificación año 2002 a febrero de 2004 cobradas por los actores en el libelo de demanda, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 472 del Código del Trabajo, corresponderá determinar en esta instancia la procedencia de dichas prestaciones.

Sexto: Que en cuanto al cobro de la remuneración del mes de febrero de 2004, el demandado alegó su pago, hecho que acreditó con los documentos de fojas 72 y 73, consistentes en las liquidaciones de remuneraciones debidamente firmadas por los demandantes, razón por la cual este cobro será rechazado. En cuanto al feriado proporcional, no habiéndose acreditado por la demandada que haya sido compensado en dinero, se accederá a su pago por la suma que se señalará en la parte resolutive del fallo.

Séptimo: Que, en último término, lo que se refiere al cobro de gratificaciones correspondientes al período 2002 y 2004, no se acreditó por la demandante que la demandada haya tenido utilidades suficientes en dicho período, de modo que respecto de estas serán rechazadas.

Octavo: Que las sumas ordenadas pagar deberán serlo con los reajustes e intereses establecidos en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo y sobre la base de las remuneraciones de actores establecidas en el fallo, esto es, \$ 437.751 para el demandante don Luis Gardrat Rivas y \$ 155.542 para don Cristian Gardrat Rivas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 463 y 472 del Código del Trabajo, se revoca la sentencia apelada de catorce de julio de dos mil cuatro, que se lee a fojas 174, que rechazó la demanda en todas sus partes y en su lugar se declara que se la acoge, sólo en cuanto:

I. El despido de los actores fue injustificado y se condena al demandado al pago de las siguientes sumas:

Luis Gardrat: \$ 437.751 por indemnización sustitutiva, \$ 875.502 por indemnización por años de servicios, más el incremento del veinte por ciento.

Cristian Gardrat: \$ 155.542 por indemnización sustitutiva, \$ 311.084 por indemnización por años de servicios, más el incremento del veinte por ciento.

II. Se condena al demandado a pagar a los actores, por concepto de feriado proporcional, las siguientes cantidades:

Luis Gardrat: \$ 160.509, Cristian Gardrat: \$ 57.032.

III. Se rechaza el cobro de remuneración del mes de febrero de 2004, gratificaciones y la acción de nulidad del despido.

IV. La empresa demandada deberá enterar las cotizaciones previsionales y de salud de los actores en los organismos respectivos, correspondientes a los períodos desde mayo de 2002 a enero de 2004.

V. Las sumas ordenadas pagar en las letras I y II deberán serlo con los reajustes e intereses contemplados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo, según lo expresado en el fundamento octavo de este fallo.

VI. No habiendo sido vencida totalmente la demandada, cada parte soportará las costas que sean de su cargo.

Regístrese y devuélvase.

N° 928-05.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Urbano Marín, Jorge Medina C. y Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes señores Roberto Jacob Ch. y Ricardo Peralta V. No firman los señores Ballesteros y Jacob, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por estar ausentes."

III. Comentario

Cuando se hace un rápido catastro de las fuentes formales que conforman el ordenamiento jurídico chileno, normalmente la jurisprudencia judicial adquiere un papel atípico en directa relación con la clausura interpretativa impuesta por el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil, al declarar perentoriamente su carácter restrictivo sólo "*respecto de las causas en que actualmente se pronuncian*", quedando el intérprete en la incómoda posición de iniciar la pesada labor de desestimar el "*precedente*" para analizar la vinculación e importancia, para la paz social, de un fallo judicial. Normalmente esto ha ocurrido así y ha jugado muchas veces en contra de la libertad que encierra el mismo sistema de ponderación interpretativa, que, por fortuna, no ha desalentado al intérprete, que ha sido guiado muchas veces por talentosas demostraciones del correcto uso de las virtudes cardinales, *conditio sine qua non* en una correcta administración de justicia.

Asimismo, y para evitar la postrimería de una errada interpretación que pueda ser lesiva de la ley (en nuestro caso), nuestros tribunales superiores de justicia cuentan con varias garantías de certeza que el derecho mismo les otorga, para que una norma jurídica que ya se ha integrado a dicho ordenamiento jurídico se refleje en toda su extensión y magnitud en razón de su plenitud y coherencia; sin embargo, es el mismo ordenamiento jurídico el que establece

la jerarquía y extensión para que lo resuelto a través de una resolución judicial no lesione de manera alguna la aplicación de la ley.

Es aquí donde trazamos una línea y nos permitimos comentar este fallo, donde hace ya tiempo, desde la vigencia de la Ley N° 19.631 (incorporada al Código del Trabajo en lo que respecta a este comentario en el artículo 162 del Código del Trabajo), la Cuarta Sala de la Corte Suprema ha impuesto el criterio jurisprudencial acerca de su *debida* interpretación, la cual consideramos un tanto apartada de los orígenes principales que tuvo en mente el legislador, dada la proliferación exagerada de fallos similares, incluso en tribunales de la instancia, donde antes no se resolvía de la misma manera un asunto idéntico.

De partida, se trata este de un fallo que asume dos problemas debatidos en primera y segunda instancia: la plena compatibilidad de las acciones derivadas de la nulidad del despido y del despido injustificado, y la interpretación que se hace a la luz del artículo 162 del Código del Trabajo en cuanto a la aplicación de la sanción al empleador que no paga las cotizaciones de seguridad social a su trabajador durante el período trabajado y no reconocido como contrato de trabajo a la luz de los hechos presuntivos que para tal efecto se califican como propios de la primacía de la realidad, acogida tenazmente en el artículo 8° del Código del Trabajo.

Con una claridad encomiable, el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema se hace cargo de la justificación de la compatibilidad de acciones (en subsidio o no) de la nulidad del despido y del despido injustificado, donde ha quedado atrás la distinción optativa de estas acciones, por ser precisa e individualmente independientes una de otra, *"tanto por la causa de pedir como de la cosa pedida"*; sin embargo, al declarar que por el reconocimiento de la relación laboral a través de lo ejecutoriado que sea el fallo en cuestión no sea aplicable el régimen sancionatorio establecido en contra del empleador que no pagó las cotizaciones de seguridad social durante ese mismo período que se declara formalmente trabajado para todo efecto legal, provoca una extraña sensación contradictoria.

Creemos que la base de una correcta interpretación de la Ley Laboral a través de un fallo judicial descansa en que los efectos que se producen a partir de este se limiten a reconocer situaciones jurídicas que protejan, en la especie, al trabajador y que, por ningún aspecto, lo perjudiquen.

Al respecto, encontramos lesivo para los derechos de los trabajadores (que también podrían desconocer –al amparo de la buena fe contractual– el carácter de sus derechos, lo cual no sería un aspecto negativo dado también el carácter de irrenunciables de éstos) el razonamiento del fallo anterior, básicamente por tres aspectos que es posible advertir:

a) **Presunción legal del artículo 8° del Código del Trabajo.** Ordena el inciso 1° de la citada norma: *“Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”*. Por un lado, resulta imposible desmentir la lógica que efectúan los jueces de la instancia en la ponderación de los hechos objeto del fallo en lo tocante al reconocimiento de la relación laboral; por lo que no entendemos el manifiesto error que lleva a la Corte a concluir que, a pesar de existir relación laboral, se nieguen parte de las prestaciones reclamadas. La causa debe necesariamente llevar al efecto deseado en la ley, pues de lo contrario se deja en la indefensión a la persona que espera una adecuada aplicación del derecho y, por cierto, deja al amparo de la “buena fe” a todos aquellos que quieran aprovecharse de la “ventaja” de tener por reconocida la relación laboral, en perjuicio consciente de su trabajador, a partir de la ejecutoriedad de una resolución judicial. Esta, sencillamente, es una de las particularidades perversas que, anunciamos, empezaríamos a observar en las reclamaciones por reconocimiento de relación laboral y que, obviamente, el derecho no puede permitir.

b) **Obligación legal del empleador de cotizar a nombre del trabajador en las instituciones respectivas.** El contrato de trabajo, por naturaleza, escapa de aquella terminología que otorga el derecho común a las restantes categorías contractuales. La ley, al constatar el carácter dignificante y alimenticio de éste, pretende situarlo en un estatus superior, estableciendo ciertas garantías y lineamientos básicos para su debida asimilación que corrobore aquello de la función social que posee. En este sentido, tal es la imperatividad de su carácter, que nuestro ordenamiento jurídico lo promueve a nivel constitucional y legal, otorgando una efectiva correlación a sus derechos y deberes en distintos cuerpos legales. Una de estas obligaciones consta del mandato expreso del inciso 2° del numeral 18 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al establecer que *“La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”*.

Aquí resulta preciso señalar que, interpretando dicha norma con el artículo 58 del Código del Trabajo y las disposiciones pertinentes del Decreto Ley 3.500, de pleno derecho se establece la obligatoriedad de cada empleador de retener, declarar y pagar a las entidades respectivas, parte de las remuneraciones de los trabajadores, con el objeto de ir en ayuda de sus días postjubilación a cubrir las eventualidades propias de ese período.

Por último, y a mayor abundamiento, la Ley N° 19.631, que corresponde a una ley especial que se incorpora al Código del Trabajo el año 1999, establece la importancia fundamental de inhibir la validez de la desvinculación mientras no conste el pago íntegro y oportuno al término de una relación laboral, en la institución previsional respectiva, de todas las cotizaciones de seguridad social que se devengaron durante el período trabajado.

Señalamos, también, que tampoco entendemos la aplicación del derecho declarado en la sentencia en comentario: el sentido de la ley es claro; los fundamentos jurídicos, de particular armonía; los hechos del proceso, de irrefragable lógica; sin embargo, la Cuarta Sala de la Corte Suprema cae en el contrasentido de no dar lugar a las prestaciones que el despido otorga (declarado en los mismos considerandos del fallo de reemplazo), presumiendo erradamente el desconocimiento del derecho contemplado en las normas anteriormente citadas por parte del empleador.

En este punto, conviene advertir cierto desapego y confusa interpretación de los Principios Generales del Derecho del Trabajo, de la Primacía de la Realidad y de la Protección al Trabajador, al dejarlo en la indefensión.

c) Efecto declarativo de la sentencia definitiva. La Primacía de la Realidad en materia laboral, esto es, lo que la situación de hecho efectivamente denota y no lo que se quiere interpretar a través de ella, alcanza su punto cúlmine en el reconocimiento expreso que de ella se hace en cualquier fallo judicial. En el caso en comento, al suponer la existencia de la relación laboral a partir de la fecha del fallo, no solo rompe con la lógica que motiva el juicio, sino que desata la incorrecta aplicación de la ley en materia laboral, que permite la errada suposición de hechos o factores a través de una declaración judicial, consagrando un efecto perverso en la norma; en efecto, el empleador infractor que simula un contrato resulta beneficiado, y el trabajador, sancionado. Al respecto, el agravio que provoca la confusión del fallo es tal que si bien el trabajador despedido recibe ciertas prestaciones producto de la relación laboral reconocida por la sentencia, no puede decir que trabajó para su empleador.

Un fallo de la trascendencia que importa éste debe hacerse cargo de los hechos que motivan su pronunciamiento, de tal manera que su efecto inmediato sea el reconocimiento de ciertos derechos amagados y el debido respaldo que otorga el cumplimiento de la ley, precisamente para contribuir a que el voto de confianza que la ley ha puesto en la magistratura, de manera particular en la materia, sea correspondido a plenitud y que coincidan con la exegética prudencia de nuestros tribunales, que han sabido equiparar situaciones que la misma ley no supo concluir, como en el caso del plazo de seis meses (coincidente con los mismos plazos de prescripción de las acciones que establece el Código del Trabajo sobre la materia) para el pago de las remuneraciones y cotizaciones de seguridad social en la sanción impuesta al empleador conforme al mérito que conlleva la correcta interpretación del artículo 162 del Código del Trabajo.

El desafío de la Justicia, como tal, es una labor irrenunciable y perfecta, en la medida que se concentre en un hábito que responda a la paz social.



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Segundo semestre 2006

Cecily Halpern Montecino

Directora 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 2006.

I. Publicaciones de nuestros profesores

A través de las Ediciones de la Universidad del Desarrollo, el señor decano, don Pablo Rodríguez Grez, publicó su obra *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*, la cual constituye un nuevo aporte a su teoría sobre el creacionismo jurídico. La tesis, desarrollada a partir de *Teoría de la interpretación jurídica*, publicada por la Editorial Jurídica de Chile, se da a conocer esta vez por Ediciones Universidad del Desarrollo, siendo esta su tercera publicación sobre la materia, después de *El derecho como creación colectiva* y *Estructura funcional del derecho*, anteriormente publicadas también por nuestras ediciones.

Asimismo, con fecha enero de 2007, el Director del Departamento de Derecho de la Empresa de nuestra Facultad y profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, don Héctor Humeres Noguera, publica su trabajo *Competitividad y adaptación laboral ¿cómo está Chile? una aproximación inicial*, que versa sobre una investigación de derecho comparado a base de principios básicos sobre derecho laboral, lo que significa un aporte inédito en los trabajos nacionales sobre la materia.

Ambas publicaciones su suman a otras ya publicadas por esta casa editorial a profesores de la Facultad de Derecho y que dan testimonio del esfuerzo continuo de aporte al acervo cultural y el compromiso con la investigación jurídica de parte de nuestra universidad.

II. Actividades de extensión y perfeccionamiento

- Durante el mes de agosto se desarrolló el seminario “Empresas en red: ¿fraude a la ley o un nuevo modelo de organización?”, organizado por la Facultad de Derecho de nuestra Universidad en conjunto con el Colegio de Abogados, en dependencias del auditorio de la SOFOFA. En dicho seminario se trataron diversos temas relativos al nuevo régimen legal de subcontratación. Fueron expositores los profesores de nuestra Facultad doña Cecily Halpern Montecino, don Ambrosio Rodríguez Quirós, don Héctor Humeres Noguera y el abogado don Carlos Concha.
- En el mes de septiembre, nuestra Facultad organizó el seminario “El Abogado frente a la Administración”, el cual se realizó en 6 sesiones, donde se abarcaron distintos temas de derecho público, siendo sus expositores don Pablo Rodríguez Grez, don Eduardo Soto Kloss, don Iván Aróstica Maldonado, don Enrique Alcalde Rodríguez, don Arturo Fermandois Vöhringer y don Ramiro Mendoza Zúñiga.
- En el mes de noviembre, nuestra facultad organizó el seminario “Arbitraje Comercial Internacional”, el que constó de dos partes, la primera a cargo del destacado profesor de Derecho Comercial don Ricardo Sandoval López, y la segunda a cargo de un panel compuesto por Felipe Ossa, Nicolás Luco, Joaquín Morales, Raúl F. Campusano y Pedro Pablo Gutiérrez. Este seminario contó con el patrocinio del Colegio de Abogados y la Cámara Chilena de Comercio.
- Durante el mes de noviembre, profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a cargo de don Héctor Humeres Noguera y de doña Cecily Halpern Montecino, realizaron sesiones de perfeccionamiento sobre “Derecho procesal laboral y su relación con el derecho procesal común” a miembros de la Academia Judicial.

III. Actividades de alumnos

- El egresado de nuestra Facultad señor Hugo Alvarez Cárcamo ganó el “Concurso Especial de Investigación y Asesoría para Memoristas Universitarios Año 2006”, organizado por la Cámara de Diputados del Congreso Nacional. Su proyecto tiene como título: “Ley reservada del cobre: visión jurídica y política” y conforma su investigación como memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Durante el mes de octubre, el curso de Derecho Procesal III, a cargo del profesor don Carlos Pecchi Croce, visitó las dependencias del Centro de Justicia Metropolitano, donde aprovecharon de asistir a audiencias de formalización y otras derivadas del nuevo proceso penal.
- 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.

- En la cátedra de Derecho Romano, a cargo de la profesora Sra. Ángela Cattán, se trabajó desde comienzos de año en la elaboración de una obra teatral llamada: “Cleopatra”, la cual fue presentada ante un numeroso público el día 31 de octubre en el Aula Magna de la universidad.
- Los días 5, 6 y 7 de octubre se realizó, en la Hacienda Picarquín, el “VII Seminario de Liderazgo y Desarrollo de Habilidades Sociales”. Esta actividad, organizada por la Dirección de Asuntos Estudiantiles, contó con la participación de 80 alumnos destacados de todas las carreras de la universidad.

Este seminario-taller busca que los jóvenes reflexionen respecto al tema del aprendizaje personal y su relación con las capacidades de liderazgo y habilidades sociales para el trabajo en equipo, realizando trabajos en sala y diversas actividades al aire libre.

- El día 21 de agosto se realizó la charla “Nueva Ley Antitabaco”, la cual contó con la participación de los expositores Dr. Fernando Descalzi, especialista en enfermedades respiratorias y jefe del programa antitabaco de la Clínica Alemana, y Felipe Leiva, abogado de Carey y Cía. y especialista en Derecho Ambiental.

IV. Escuela de postgrado

- **Postítulo en Derecho Penal.**

Con mucho éxito terminó el ciclo de clases impartidas en el Postítulo en Derecho Penal, el cual constó de dos módulos sobre parte general y parte especial, a cargo de destacados profesores, abogados y jueces especialistas en la materia, y que contó con la participación de 16 alumnos. Dado el éxito de este postítulo, se planea una segunda versión durante el año 2007.

- **Postítulo en Derecho de Familia.**

Con la asistencia de más de 33 alumnos inscritos, terminaron las clases de este postítulo, que 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 compuesto por tres juezas de familia más una relatora de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel.

- **LL.M. Executive (Master en Derecho).**

Para el primer semestre de 2007 se tiene previsto el término del Master en Derecho, que este año contó con 17 alumnos.

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.

Se tiene planificado para el año 2007 impartir la segunda versión de este Master en Derecho.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Segundo semestre 2006

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Este apartado de la revista está destinado a difundir las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad de Derecho en Concepción durante el segundo semestre de 2006.

I. Actividades de extensión

Entre los seminarios, conferencias y cursos dictados durante el segundo semestre podemos destacar los siguientes:

1. Curso sobre Responsabilidad Médica

Las actividades de extensión del segundo semestre se iniciaron con el Curso sobre Responsabilidad Médica, que dictaron el Dr. Fernando Heredia Jiménez, consejero del Colegio Médico Regional Concepción A.G.; el profesor invitado Fabricio Mantilla Espinosa, de la Universidad del Rosario, de Bogotá, Colombia; el profesor Carlos Pizarro Wilson, de la Universidad Diego Portales; y los profesores Sres. Gustavo Cuevas Manríquez, Ramón Domínguez Águila y Andrés Kuncar Oneto, de la Universidad del Desarrollo de Santiago y Concepción.

Los profesores invitados Sres. Pizarro y Mantilla también dictaron una charla sobre la responsabilidad civil médica, especialmente dirigida a los alumnos de la Facultad, en que abordaron respectivamente una "Panorámica de la responsabilidad civil médica" y "Las obligaciones de medio y de resultado en la responsabilidad médica".

2. Seminario “La subcontratación y el suministro de trabajadores: la nueva regulación legal”

El profesor José Luis Ugarte Cataldo, de la Universidad Alberto Hurtado, dictó el día 24 de agosto de 2006 un seminario con ocasión de la aprobación de la Ley 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios

3. Conferencia “Evo Morales y el Neopopulismo”

El profesor invitado Dr. José Díaz Nieva, de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, dictó una interesantísima conferencia de ciencia política en que analizó, desde la perspectiva europea, el proceso generado en Bolivia con ocasión de la ascensión al poder de don Evo Morales. Esta conferencia tuvo lugar el 10 de agosto.

4. Conferencia “Responsabilidad Penal Juvenil”

El 4 de octubre, la profesora María José Aguayo Jofré dictó una conferencia dirigida a los profesores y alumnos de la Facultad en que analizó la Responsabilidad Penal Juvenil, tema de creciente interés a raíz de la aprobación de la Ley 20.084, de 7 de diciembre de 2005, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

II. Cursos de la academia judicial

Consciente de la importancia de la formación que imparte la Academia Judicial a los miembros de ese poder del Estado, la Facultad de Derecho participó en la licitación y se adjudicó la dictación del curso “Juicio Sumario”, que fue impartido entre el 4 de julio y el 6 de julio por los profesores Juan Carlos Tapia Elorza, Patricio Gómez Eriz y Javier Molina Gómez

También dictó, entre el 11 y el 14 de julio, el curso “Sistema de Resolución de Conflictos: Las Técnicas de Conciliación”, que estuvo a cargo de los profesores Boris Fiegelist Venturelli, Ramón García Odgers y Francisco Santibáñez Yáñez.

III. Visita del profesor José Ramón De Verda y Beamonte

La Facultad de Derecho tuvo el honor de acoger al profesor invitado Dr. José Ramón De Verda y Beamonte, de la Universidad de Valencia, quien dictó, en conjunto con el profesor Dr. Ramón Domínguez Águila, un seminario sobre “La Compensación Económica y la Responsabilidad Civil Derivada del Divorcio”.

El profesor De Verda y Beamonte dictó también una conferencia dirigida a los alumnos en que abordó, en compañía de quien escribe estas líneas, las acciones de que dispone el comprador insatisfecho en el derecho chileno, en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercadería y en la Directiva Europea 1999/44/CE.

IV. Jornadas Franco-latinoamericanas de la Association Henri Capitant: “Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno”

Durante la semana del 4 al 7 de diciembre se desarrollaron las Jornadas Franco-Latinoamericanas de la Association Henri Capitant, de los amigos de la cultura jurídica francesa, las que fueron organizadas por la Fundación Fernando Fueyo Laneri y la Universidad Diego Portales, con el apoyo de las siguientes casas de estudio superiores: Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad del Desarrollo (Concepción), Universidad del Externado (Colombia) y Universidad del Rosario (Colombia).

Las jornadas se desarrollaron en cuatro días consecutivos, cada uno de ellos en torno a un núcleo temático diferente, a saber:

1. Seminario “La Responsabilidad Civil Médica”. Universidad Diego Portales.
2. Seminario “Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
3. Seminario “Los Pactos de Unión Civil”. Universidad de Chile.
4. Jornadas de Responsabilidad Civil. Universidad Católica de Chile.
5. Seminario “Reformas recientes en el derecho civil francés”. Universidad del Desarrollo-Concepción.

El día 7 de diciembre, con una nutrida asistencia, los catedráticos invitados expusieron un interesantísimo programa; así, los profesores Michel Grimaldi y Ramón Domínguez abordaron la reforma del derecho sucesorio en Francia y los principios del derecho sucesorio después de la reforma en Chile, respectivamente. Por su parte, el profesor Denis Mazeaud analizó el proyecto de reforma al derecho de los contratos en Francia, trabajo que fue comentado por los profesores Daniel Peñailillo Arévalo y Sebastián Picasso. Quien escribe estas líneas tuvo a su cargo el tratamiento de la reforma del derecho de garantías en Francia.

Las jornadas abordaron las innovaciones introducidas por la vía legislativa y también los aportes jurisprudenciales en materia de responsabilidad. El profesor Fabricio Mantilla Espinosa dictó una conferencia sobre “La culpa en la responsabilidad civil”, que fue comentada por el profesor José Luis Diez Schwerter. A su vez, el profesor Alain Bénabent abordó “El daño en la responsabilidad civil”, ponencia que fue comentada por el profesor Francisco Ternera Barrios.

IV. Cena de egresados

El día 25 de noviembre tuvo lugar una cena de los egresados de las distintas promociones de la Facultad, quienes pudieron reencontrarse con sus compañeros y profesores, en un grato ambiente de camaradería.

V. Programas de Postgrado de la Facultad

El año 2006 se dictó la séptima versión del Programa de Magíster en Derecho de la Empresa, con 19 alumnos inscritos en primer año y 18 en segundo año del programa, contando siempre con un destacado cuerpo académico que permitió la realización exitosa de todas las clases.

Se ofrecieron también ocho Diplomados, conformados por tres cursos bimestrales cada uno, en las áreas del Derecho Civil, Laboral, Penal, Familia, Comercial, Tributario, Administrativo y en Nuevos Procedimientos. Asimismo, se dictaron 15 Cursos de Perfeccionamiento Jurídico, de carácter bimestral y con un acento fundamentalmente práctico en diversas áreas del derecho, que permiten al abogado actualizar y profundizar sus conocimientos en materias específicas.

Como ha ocurrido en años anteriores, y debido al éxito y reconocimiento que han obtenido nuestros programas, contamos este año con alumnos provenientes de distintas ciudades del centro y sur del país.

El día 24 de noviembre se ofreció a los alumnos un cóctel de finalización del año académico, en que se entregaron, además, los diplomas a los alumnos egresados de los siguientes Diplomados impartidos durante el año: "Diplomado en Derecho Civil", "Diplomado en Derecho Laboral" y "Diplomado en Derecho Penal".

En la misma oportunidad tuvo lugar la presentación de dos nuevos Programas de Postgrado que se espera implementar a partir del año 2007 y que obedecen a la necesidad de perfeccionamiento y especialización de los profesionales en determinadas áreas del derecho. Estos son el Postítulo en Derecho Civil y el Postítulo en Derecho Penal.

De esta forma la Facultad de Derecho en Concepción ha incrementado su oferta de cursos de postgrado, con el objeto de satisfacer las necesidades de especialización y actualización de los abogados para el ejercicio profesional.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

“Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho”

De **Pablo Rodríguez Grez**

Ediciones Universidad del Desarrollo
Santiago de Chile,
Noviembre 2006

COMENTARIO:

Julio Alvear Téllez

Académico

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA,
UNIVERSIDAD DE CHILE Y
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Manifestando con agilidad y nitidez la capacidad de síntesis que lo caracteriza, el profesor Pablo Rodríguez Grez nos entrega en trece capítulos la “tercera parte” de su “teoría del derecho”. En efecto, el presente escrito, denominado “*Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*”, viene a completar las tesis sustentadas en dos obras previas: “*El derecho como creación colectiva*” (1999) y “*La estructura funcional del derecho*” (2001).

El escrito del profesor Rodríguez tiene un contenido más abstracto y especulativo que los dos anteriores, en buena medida porque intenta adelantar soluciones a los problemas especulativos comunes de la filosofía del derecho contemporánea, desde la perspectiva de su teoría del derecho, cuyas ideas centrales ya hemos comentado en las páginas de esta revista, en ediciones anteriores.

En su nuevo libro, el autor aborda algunos aspectos de su teoría que en sus ensayos precedentes habían quedado implícitos o que requerían explicaciones más definitivas. Sus conclusiones antecedentes sobre el origen, estructura y funcionamiento del sistema jurídico denotaban una notable ascendencia kelseniana, pero corregida y, en ciertos puntos, superada, que era imperativo enfrentar ahora en un esfuerzo mayor de síntesis. Por ello, ya desde los inicios del libro se nos sitúa directamente en los presupuestos filosóficos que configuran los puntos de partida de los propios posicionamientos jurídico-especulativos. Se exponen lo que podríamos denominar los “supuestos filosóficos” de la teoría jurídica del profesor Rodríguez, que se enmarcan en algunas de las corrientes del positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, y más lejos aún, lo que no deja de ser curioso, en el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración.

Es así como nuestro autor no se detiene sólo en Kelsen, sino que perfila su personal identidad filosófica en quienes de alguna manera influyeron (aun a modo de crítica) en el célebre jurista germano, cual es el positivismo de Bentham y Austin, y en otras corrientes colindantes, como el positivismo analítico y el positivismo sociológico. No se menciona en este punto al Círculo de Viena, ni al neokantismo, probablemente porque ello obligaría a adscribir la teoría del jurista chileno en un "kelsenianismo" puro, lo que está lejos de ser exacto.

Uno de los ejes centrales de la concepción del derecho del profesor Rodríguez fluye de una herencia propia de Kelsen: el concepto de validez jurídica. Se concibe la validez como "la capacidad del derecho de obligarnos". Este valor jurídico es derivado, lo que significa que cada mandato jurídico funda su validez en la norma jerárquica y sistémicamente superior. Esta cadena de validez es como la columna vertebral del sistema jurídico. De ella depende, en definitiva, su estructura y funcionalidad. Por eso es tan importante determinar en qué se sustenta la validez jurídica, ya que no podríamos imaginarnos una derivación normativa desde el infinito.

El profesor Pablo Rodríguez declara compartir las ideas matrices de Kelsen sobre la necesidad de justificar la validez de una primera Constitución dentro de los lineamientos de una ciencia jurídica pura, pero aproximándose más a las evidencias empíricas. Esas evidencias lo llevan, sin embargo, a liberarse de los predeterminismos epistemológicos del Círculo de Viena y de los apriorismos del neokantismo kelseniano. El maestro germano, que nuestro autor conoció personalmente en los EEUU, queda atrás. La dimensión categorial y formal, y la puridad meramente "lógica", son abandonadas en una teoría jurídica que pugna por justificar el derecho sin olvidar los hechos y los llamados valores.

En esta tarea el profesor Rodríguez se muestra original y versátil. Porque el problema de los orígenes del derecho o se resuelve bien, o simplemente no se resuelve. Recordemos que la respuesta kelseniana ha quedado a medio camino en la tarea de justificar racionalmente el origen del derecho. Desechar la metafísica y el derecho natural a fin de replegarse en una norma fundante que funciona al modo categorial kantiano constituye una incoherencia; no es más que un ejercicio de metafísica encubierto (una mala metafísica), contra la que Kelsen, influido por el Círculo de Viena, había jurado luchar con sus pretensiones de ciencia pura. Rechazar el derecho natural imputándole un misticismo religioso ambiguo, para caer en una norma hipotética fundamental que deviene en ficción, es paradójicamente cercano a un acto de fe mítico, cuya existencia no puede demostrarse racionalmente. Al final, la justificación última del derecho se resuelve en Kelsen en un asunto de creencia, por cierto, acientífica. En este punto, son muchas y muy fuertes las críticas internas y externas que se le han dirigido a Kelsen, sea desde las escuelas "iusnaturalistas" como

de las "positivistas", para que no se tome nota de ello. El profesor Rodríguez sigue a Kelsen, pero, como Bobbio, sabe superar sus defectos con honestidad y con el necesario espíritu de independencia.

A este propósito, el profesor Rodríguez ensaya una respuesta, ya expuesta en sus anteriores obras, pero que ahora precisa más, especialmente en su filiación teórica. Nos propone su teoría del "Acto originario institutor del derecho", interesante especulación en la que se reconoce deudor de Hobbes, Grocio, Spinoza, Rousseau y Kant, de cuyas doctrinas se han tomado casi, diría yo, en dosis equivalentes, los materiales de su propuesta que resulta no obstante del todo innovadora en su amplitud y profundidad.

La concepción de una era "ajurídica" que transita hacia una era "jurídica", que tan claramente desarrolla el libro en comento, es una idea que, como habíamos adelantado, se asemeja mucho a las elaboraciones del iusnaturalismo racionalista de la Ilustración. En efecto, el tránsito del estado natural (*status naturalis*) al estado social (*status civilis*) es una idea fundamental del iusnaturalismo moderno. Hobbes, Grocio, Spinoza, Locke, Pufendorf, Rousseau, etc., describieron de diverso modo estos estados (hipotético o histórico, en paz o en guerra, etc.), pero todos convinieron en señalar que el origen de la sociedad y del poder no deriva de la naturaleza social del hombre, sino de lo que llamaron consentimiento o pacto social. La sociedad y el derecho nacen ex novo de la voluntad del hombre. El *ius naturale* se identifica así con una *naturalis libertas* abstracta, la libertad natural o ausencia de vínculos, que da origen a un pacto de unión (*pactum unionis*), por el que se forma la sociedad y a un pacto de sujeción (*pactum subiectionis*), por el cual la sociedad ya formada se sujeta a una autoridad.

Encuentro aquí una curiosa concordancia material entre estas tesis carísimas al iusnaturalismo racionalista y la teoría del profesor Rodríguez, aunque el rótulo ("estado de naturaleza" v/s "era ajurídica") sea diverso. Sin ir más lejos, el punto de partida empírico (anarquía-despotismo) a partir del cual, en la teoría del profesor Rodríguez, se instaura el Acto Originario institutor que da origen al derecho, coincide con el diagnóstico retratado en la "imbecillitas" y en la "socialitas" que Pufendorf popularizó en su célebre "De officio".

Sin embargo, los conceptos que para el iusnaturalismo moderno eran armas, en definitiva, políticas, para partir de cero y construir un nuevo orden societario desligado de las instituciones tradicionales (tal como se llevó a cabo en el paradigma, a mi juicio penoso, que llamamos Revolución Francesa), encuentran en la teoría de nuestro autor una justificación mucho más técnica, sin resabios directamente ideológicos.

La era "jurídica" que sella la etapa ajurídica, tiene, para el profesor Rodríguez, un significado mucho más "austiniano" que iusnaturalista, corriente que explícitamente rechaza. Recordemos la importancia que Austin otorga al mandato coercitivo originado en el Soberano, en el poder que es capaz de hacerse obedecer. Pues bien, en la teoría de nuestro autor, es de relevancia suma la noción de mandato imperativo junto a la de "coerción normativa". El derecho es, en definitiva, la "fuerza institucionalizada", por lo que no podemos separar formalmente el derecho del Estado. Por cierto, no se trata de una fuerza bruta, ni siquiera de una fuerza social, sino de una fuerza civilizada por y en el sistema normativo.

Surge aquí la duda de si podemos identificar el derecho *simpliciter* con el sistema jurídico estatal moderno. Es una interesante objeción que puede plantearse desde otras ciencias. Por ejemplo, el derecho romano fue claramente un derecho no estatal, como ha destacado Alvaro D'Ors. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, del derecho del *Ancien Régime* o del pluralismo del derecho de la baja Edad Media europea.

El profesor Rodríguez por razones metodológicas se centra en el derecho contemporáneo, y, al menos en este sentido, parece seguir a Kelsen en la identificación pura y simple del derecho con el derecho contemporáneo, normativo y sistémico, esto es, con el sistema nacido después de la Revolución Francesa, al que la pandectística alemana del siglo XIX atribuyó los caracteres de plenitud, unidad y coherencia.

Lo que constituye la "positividad" del derecho contemporáneo no es, sin embargo, un tema pacífico. El llamado "realismo jurídico" se opuso fuertemente a las interpretaciones positivistas de corte austiniano o kelseniano. Llewellyn, v. gr., llegó a afirmar en su *The Bramble Bush* que "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos". Y Holmes decía: "entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos".

En este contexto, el aporte del profesor Rodríguez es sensible. Rompiendo las alternativas de las disputas pasadas, nos ilustra con su idea de creación colectiva del derecho, vinculando las normas generales a las reglas particulares, en las que legisladores, autoridades administrativas, jueces y ciudadanos juegan, cada uno a su modo, un papel protagónico en la creación jurídica.

En este ámbito, el ilustre jurista chileno trata de la estructura y funcionamiento del ordenamiento jurídico, proyectando con gran lógica lo que ya había escrito en sus obras anteriores, hilando con mayor precisión una síntesis clarificada

de su pensamiento. El acto originario institutor, las potestades, la plenitud, la sanción jurídica, la desconcentración, la relación jurídica, son tratadas con esmero y notable lucidez, y después de ello nos queda claro de qué manera se construye su teoría "creacionista" del sistema jurídico, que a mi juicio, y más allá de las discusiones que puedan plantearse en el ámbito de sus presupuestos filosóficos, es uno de los aportes más notables del autor al pensamiento jurídico contemporáneo. Sin duda, si no estuviéramos en Chile, lugar del mundo del analfabetismo literario e intelectual, espacio extremo cuyos límites sólo se dilatan por el mercado y no por las ideas, bastaría con este solo aporte del profesor Rodríguez para iniciar un debate de envergadura internacional.

Otro aporte interesantísimo del autor es su teoría de la interpretación jurídica que expone aquí brevemente, y sobre la cual ya había escrito una obra especialmente dedicada al tema.

La parte más controvertida del libro del profesor Rodríguez es la dedicada al contenido valórico del derecho, al que le dedica el capítulo III (derecho y moral), XI (la axiología jurídica) y XII (los valores subyacentes en la estructura formal del derecho).

El autor explica bien en qué consiste su concepto de moral. Se inscribe dentro de las aproximaciones kantianas y del positivismo ético sociológico. Y aun cuando Kant en su *Metafísica de las costumbres* defiende claramente la existencia de leyes naturales (*natürliche Gesetze*) distinguiéndolas de las positivas (*positive Gesetze*), su separación entre derecho y moral, heteronomía y autonomía, constituyen una apología adelantada del agnosticismo (no-saber) ético que caracteriza todas las formas contemporáneas de positivismo jurídico. Esto hace inviable, por oposición radical en los puntos de partida, cualquier entendimiento con los presupuestos, por ejemplo, de la ética cristiana o de la ética clásica greco-romana. De ahí que el profesor Rodríguez califique como "ideología" al derecho natural, y que considere, junto a Olivecrona, que existe un puente irremediabilmente roto entre un hecho y un deber ser. No obstante, y a título personal, siempre he creído que en este punto, que Moore acostumbraba a motejar como "falacia naturalista", abundan los equívocos. La equivalencia entre lo que se llama "valor" (en la filosofía contemporánea) y los "principios morales" (en la filosofía clásica) es demasiado grande para no plantear si acaso no estamos hablando de realidades (si es que el valor tiene alguna realidad no insustancial) distintas.

De todos modos, sobre el contenido valórico del derecho, el connotado jurista expresa que desde su nacimiento el derecho se vincula a un acto de validez originaria, dada por la concurrencia de un valor jurídico que no podría estar ausente bajo ninguna circunstancia: la "*normativización coercitiva de la conduc-*

ta social". El derecho solo nace cuando por medio de un acto de consenso o imposición –proveniente de quien es capaz de hacerse obedecer– se establece que la conducta social está regulada por normas (generales y abstractas), siendo ellas impuestas bajo la amenaza de la coerción que aporta el Estado, único titular de la fuerza a partir de la creación del Estado. A la validez originaria del acto institutor sigue un desarrollo normativo de validez derivada, en donde el derecho se nos aparece como la institucionalización de la fuerza. Son las potestades normativas y regulatorias las que introducen en las normas o en las reglas, en su caso, valores que por este solo hecho sufren una alteración ontológica, transformándose en "elementos normativos" de carácter heterónomo, que van dando validez a las normas inferiores o a las reglas en la medida en que se transmiten a ella. Existen valores subyacentes (realización de la paz, seguridad, orden, justicia, organización) que surgen (como subproductos) de la estructura formal del sistema jurídico, al margen del ejercicio de las potestades, lo que no puede confundirse con la existencia o aceptación de un derecho natural que inspire o se proyecte por sobre el derecho positivo.

Es interesante el análisis de esos valores: especial importancia se le da a la justicia. No se trata, sin embargo, de la justicia "política", sino de una justicia "jurídica": las normas deben ser cumplidas, según lo prevé el sistema jurídico. Estos valores y otros análogos cobran relevancia no sólo a modo de "axiología estructural", sino como patrimonio de las "grandezas del derecho". Lo que es tremendamente importante considerar, a fin de sopesar las aporías que nos presentan los fenómenos que pueden llegar a constituir las "debilidades del derecho". El profesor Rodríguez expone varias de ellas, deteniéndose en sus auténticas fisonomías: (i) la inestabilidad y continua modificación de las normas que conforman el derecho; (ii) la presunción de conocimiento de la ley; (iii) el problema de la interpretación "subjetiva" de los jueces; (iv) El principio de igualdad puesto en duda por la diversa calidad de asistencia jurídica; (v) la invasión de una potestad en la misión propia de otras potestades.

Con todo esto, se llega a una visión global del fenómeno jurídico dentro de la original teoría que hemos presentado.

“¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización”

De **Miguel Ayuso T.**

Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005

COMENTARIO:

Julio Alvear Téllez

Académico

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA,

UNIVERSIDAD DE CHILE Y

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El profesor Miguel Ayuso es conocido en nuestras tierras. Jurista de gran cultura, pensador y hombre de acción, pertenece a una vertiente doctrinaria que se enlaza con la más genuina tradición política hispana, católica y legitimista. Este es un dato importante de destacar para situar bien el horizonte en el que se desenvuelve el libro que vamos a comentar.

Generalmente en nuestro país el pensamiento católico en el campo político, jurídico y social es desconocido. Lo que se presenta como tal es una amalgama de elaboraciones inconexas que toman prestados sus principios del liberalismo democratista, del sentimentalismo igualitario y del socialismo de viejo o nuevo cuño, sin vínculos vitales con el Magisterio Pontificio, ni con las verdades omnicomprendidas del Evangelio, ni con la pureza de la filosofía católica, especialmente tomista. El pensamiento católico en Chile es muchas veces asunto de clérigos en crisis, de laicos comprometidos con la revolución social (dicen que en proceso de renovación), o de centros de estudios que cultivan el llamado “espíritu del Concilio”, prontos a abrirse a las modas ideológicas de turno.

En este plano, la corriente que representa el profesor Ayuso germina en tierras más puras, las del catolicismo auténtico, que inspira todo un conjunto de toma de posiciones frente al constitucionalismo contemporáneo. Ella reivindica, por un lado, fidelidad (¡qué palabra hoy desconocida!) al Magisterio de los Papas, y, por otro, actualidad en las metodologías científicas y en el análisis de la realidad político-jurídica contemporánea.

El libro en comento constituye el duodécimo ensayo de nuestro autor, que se ha especializado por sus reflexiones críticas sobre la teoría del Estado contemporáneo (*¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*, 1996), la Constitución española (*El ágora y la pirámide*, 2000), las fuentes del Derecho (*De la ley a la ley*, 2001) y el poder político (*La cabeza de la Gorgona*, 2001). En la presente obra evalúa las consecuencias de la llamada "globalización" en el modelo de Estado occidental y en los dogmas del derecho público moderno, sacando a luz las aporías de una era que se perfila como postestatal.

En el capítulo I se describe la relación entre el derecho público y el privado, a través de los diversos ensayos jurídico-políticos de delimitación que van desde el intervencionismo estatista hasta el aparente abstencionismo liberal. Frente a los fracasos de estos ensayos, que han terminado erradicando las virtualidades y riquezas de una noción fuerte de bien común, el autor propone un descubrimiento de sus exigencias. Como parámetro de derecho natural, el bien común no es un concepto que se agote en su consideración especulativa, sino que es un criterio de prudencia política sobre la cual se puede articular la delimitación oscilante entre lo público y lo privado. Si no hay bien común, no hay auténtico gobierno, sólo trasuntos artificiales de él.

A fin de analizar la crisis de la teoría del Estado contemporáneo, que siguiendo a autores italianos, franceses y españoles, había desenvuelto en *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*, el profesor Ayuso propone una distinción radical entre los conceptos de comunidad política y de Estado. El Estado como concepto histórico se identifica con el Estado moderno, especialmente por obra de los iuspublicistas germanos del siglo XIX. Pero la noción de comunidad política y de gobierno es bastante más amplia y no puede reducirse al período histórico que en los primordios de la Modernidad consume la inversión de las relaciones entre *régimen* y *regnum*.

La crisis del Estado actual ha echado por tierra las ilusiones que en torno a él tejió la modernidad política. El autor rememora a este respecto los "signos contradictorios" de la situación presente, que coexisten en mayor o menor medida en los diversos Estados occidentales: (i) la quiebra de la nación, entre la integración supranacional y la desintegración infrarregional, con el corolario de la eclosión nacionalista; (ii) el pretendido retorno de la "sociedad civil", ante el retroceso palpable de lo "político"; (iii) la reconsideración del papel del Estado en la economía; (iv) el descrédito del sistema político dominante, que lleva al desencanto y al agotamiento; (iv) el desfondamiento del pluralismo en el paradigma de la "multicultural", que en realidad es el sello propio de postmodernidad y la nueva identidad: la secularización radical y la disolución total de las religiones civiles.

En breves pero profundas páginas, el ilustre jurista descubre detrás de la crisis del Estado moderno, sea socialista o liberal, la lógica de la "totalidad", que como una sombra siniestra acompaña sus movimientos y que con los ropajes de pluralismo y democracia va creando optimistas espejismos acerca de su viabilidad. El retorno desde el Estado soberano –que ya decrece– a un régimen fundado en el bien común es lo que nos aconseja el "tribunal de la praxis". De lo contrario, nuestro autor muestra de qué manera la crisis del Estado exasperará la lógica de la totalidad moderna en su disolución postmoderna.

Para comprender bien la lógica de la totalidad hay que ser capaz de reflexionar más allá de los límites que nos imponen nuestros actuales hábitos políticos y nuestros mitos históricos, pues ella se encuentra en la génesis misma del Estado moderno, en donde puede vislumbrarse la contraposición entre coexistencia y comunidad, entre sociedad pluralista laica y Cristiandad. El Estado moderno nace precisamente "*de resultas de la fragmentación del corpus politicum que fue la Cristiandad, dando lugar a un conjunto de entidades encerradas sobre sí mismas, y constuidas sobre el concepto de soberanía*". Nuestro autor sostiene que "*la trayectoria de esta forma política, en razón de sus presupuestos doctrinales y de sus circunstancias históricas, incidió en una transformación sustancial de la convivencia política*", sustituyendo la sociabilidad por el llamado contrato social, la pluralidad por el pluralismo, la patria por la nación, y confundiendo gobierno con Estado, *auctoritas* con *potestas*. Citando a Molnar, el profesor Ayuso sostiene que el liberalismo lo demolió todo en nombre de la libertad y después alentó la reconstrucción de poderes encubiertos. En una primera etapa, el Estado fluctuó entre el particularismo y una primera globalización; después pasó de agente a paciente de una segunda y más transversal globalización, en medio de una crisis generalizada de la confianza política y de sus propias instituciones. Hoy nos encontramos con los anuncios de un nuevo *Ordo Orbis* cuya tensión se mueve entre mundialismo y nacionalismo, entre el imperio de las tecnocracias universales y la disgregación de las pulverizaciones particulares, que van dibujando el aprisionamiento y destrucción definitiva de la constitución cristiana de los Estados.

El profesor Ayuso dedica un capítulo especial a analizar las aporías que plantea el proyecto aún inacabado de la Unión Europea. Sus previsiones resultan, en definitiva, ser bastante más sensatas que las planteadas por Giddens en su "Tercera Vía" en lo que a la integración europea se refiere.

Especial interés suscita el último capítulo del libro. Su título es decidor: "Estado y derechos humanos: el problema de la laicidad". Nuestro autor logra aquí problematizar un aspecto constitutivo central de las democracias pluralistas europeas, cual es el de su carácter laico, demostrando de qué manera la laicidad no significa neutralidad, sino que, por el contrario, ha devenido en meto-

dología erradicadora del cristianismo, primero en el ámbito político, después en la sociedad civil. En este contexto, el profesor Ayuso evalúa el cambio de signo de los derechos humanos en la Europa de las últimas décadas, así como la confusión y el desconcierto de la Iglesia contemporánea (de su elemento humano) que no logra consensuar una práctica clara y firme ante la prédica laica del multiculturalismo.

“Derecho Internacional Privado”

De **Aldo Monsálvez Müller**

Universidad Internacional SEK
Primera edición
2005

COMENTARIO:

Hugo Fábrega Vega

Profesor Ayudante

Departamento Ciencias del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En los años 2001 y 2002, cuando en estas mismas páginas celebrábamos el trabajo del profesor Monsálvez en sus libros sobre *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Chile* y la parte general de su *Derecho Internacional Privado*, advertíamos dos aspectos importantísimos que inspiraban el comentario de su trabajo: el primero, su esfuerzo recopilatorio de normas internacionales en cuanto aquellas pasaban a formar parte de la integración normativa interna dando cuenta de su interpretación jurisprudencial, y el segundo, el carácter novedoso y desafiante en cuanto al enriquecimiento de la literatura jurídica existente en la materia.

Pues bien, con un notable espíritu científico, el profesor Monsálvez Müller esta vez nos presenta un interesante desafío, en casi 400 páginas, acerca del derecho internacional privado, cumpliendo nuevamente el fiel cometido que advertíamos en dichas oportunidades.

Erradamente se podría pensar que una somera relación del contenido fundamental propio del derecho internacional privado sería el aglutinamiento de tecnicismos normativos externos para su incorporación al derecho interno, con el fin de remediar conflictos de legislación frente a la inminente aplicación de ésta en un caso puntual. Aquella posible y simple reflexión queda inmediatamente descartada desde que el propio autor delimita ciertos antecedentes que establecen las bases de esta rama del derecho: su carácter público, positivo, territorial y resolutivo, haciendo hincapié en que su fundamento lógico descansa en la globalización. De esta manifestación de ideas principales es

posible entender una visión original y particular del contenido de su análisis, desechando desde ya cualquier postura filosófica o técnica que impida advertir el carácter independiente de esta disciplina.

Es que el fundamento primario de la globalización, en materia de derecho internacional privado, es clave y de referencia actual. Baste decir que la globalización corresponde, al decir de Carrascosa, "al estadio más elevado de la internacionalización de la vida de las personas", al operar constantemente en su aplicación y no de manera aislada, como se pregonaba erradamente al definir el campo de acción del derecho internacional privado tradicional, desprovisto del carácter primario de la globalización.

En efecto, las manifestaciones más profundas de esta mundialización de la vida cotidiana derivadas precisamente de la eliminación de barreras económico-políticas sumadas al desarrollo tecnológico, permiten que instituciones netamente civiles, tanto de familia (v. gr. matrimonio, adopciones) como patrimoniales (inversión de sociedades mercantiles en filiales de las mismas en otros países, manufactura y venta de productos en el exterior) o procesales (v. gr. arbitraje internacional, sistema de notificaciones o recepción de pruebas por parte de sujetos residentes en el extranjero), sean de conocimiento privativo del derecho internacional privado, el cual con un afán de precisión y justicia debe resolver el pleito entre particulares, proporcionando una seguridad jurídica internacional con apego a valores determinados, generalmente inspirados en principios jurídicos comúnmente aceptados en los tratados internacionales que rigen las materias a interpretar.

Es por esto que resulta fácil comprender la exposición ordenada de las materias que animan su estudio en dos partes y un anexo.

La primera parte del libro aborda materias como: conceptos, naturaleza y características del derecho internacional privado; procedimientos para solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional: normas de conflicto, normas de aplicación inmediata y normas sustantivas especiales; fuentes del derecho internacional privado: ley nacional que configura el sistema chileno de derecho internacional privado, los tratados internacionales que ocupan un lugar privilegiado en esta disciplina por su enorme importancia jurídica, los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la convención particular asociada al principio de libre contratación en la esfera internacional; el sistema de La Habana y el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, con su reserva y aplicación en Chile; las tendencias modernas acerca de la solución de los conflictos de leyes; los factores de conexión y la solución de los conflictos de nacionalidad

y domicilio en el derecho internacional privado; la condición jurídica de los extranjeros en Chile: las personas naturales y personas jurídicas; los conflictos de leyes y las cuestiones que origina la aplicación de la ley extranjera: naturaleza, aplicación, prueba, recurso de casación en el fondo por infracción de ley extranjera, limitaciones legales y doctrinarias a las aplicaciones del derecho extranjero: calificación, fraude a la ley, orden público y reenvío; reconocimiento internacional de los derechos adquiridos.

En la segunda parte se estudian en particular materias referidas al estatuto de las personas, incluyendo la extraterritorialidad de la ley chilena y el matrimonio en el derecho internacional privado desde el punto de vista de la ley que rige las formalidades, los requisitos internos, la disolución por divorcio y nulidad, y los efectos que produce en la persona y bienes de los cónyuges. Se analiza el régimen jurídico a que están sujetos los bienes, su implicancia respecto de la jurisdicción nacional, la sucesión por causa de muerte, los contratos internacionales y el principio de la libre contratación en el ámbito internacional. En el derecho penal internacional se estudian los distintos sistemas de jurisdicción penal y la extradición. En el Derecho Comercial Internacional se aborda la nueva *lex mercatoria*, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los contratos de intermediación comercial y los métodos de solución de controversias mercantiles y el arbitraje comercial internacional. Por último, en el derecho procesal internacional se estudian los sistemas de competencia judicial, las excepciones que tienen carácter internacional, el reconocimiento y ejecución en Chile de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, y el justo y debido proceso en el derecho internacional.

Por último, en anexos se incluyen diferentes convenciones internacionales, tanto universales como interamericanas, como el propio Código de Bustamante, lo que permitirá al lector un mejor aprendizaje de las distintas materias, en forma continua y directa.

Estas convenciones internacionales revisten particular importancia jurídica, ya que permiten armonizar los criterios de solución de conflictos de leyes y modernizar en gran medida el derecho interno a través de la incorporación de reglas materiales y sustantivas especiales.

En suma, agradecemos el esfuerzo del profesor Monsálvez Müller, quien desde una visión contemporánea nos ofrece un trabajo serio y acabado de principios jurídicos que con fuerza se transforman en una realidad innegable, la cual el derecho tiene la obligación (y función) de adaptar con una facilidad extraordinaria para lograr uno de sus cometidos de justificación: la paz social.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre _____
Dirección _____
Dirección de despacho _____
Comuna _____
Ciudad _____ País _____
Teléfono _____ Fax _____
Profesión/Carrera _____
Universidad/Instituto _____
Empresa/Institución _____
Giro _____
R.U.T. _____ E-mail _____

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de \$ _____ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. Las Condes 12.584
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

ACTUALIDAD JURIDICA 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.



R003733

Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción