ACTUALIDAD JURIDICA

Año IX N° 18 Julio 2008

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Inconstitucionalidad de un Anticonceptivo de Emergencia ("píldora del día después")

•

¿Auge o Crisis del Principio *"Pacta Sunt Servanda"*?

•

Plazos de Prescripción en Materia Tributaria

Universidad del Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año IX, N° 18 - Julio 2008

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

DONACION FEN
Julio 2008

C.1.

007033

Índice de contenidos

- **Presentación** 5

Tema central: *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la llamada "píldora del día después"*

- **Sobre un fallo del Tribunal Constitucional**. P. Rodríguez G. 9
- **La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después": ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?** J. Alvear T. - V. Cisterna R. 23
- **Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria**. R. Delaveau S. 55
- **Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos**. J. M. Díaz de Valdés J. 69

Ensayos y Estudios

- ***Pacta sunt servanda***. P. Rodríguez G. 107
- **Introducción a la Economía Política Constitucional**. E. Silva M. 189
- **El matrimonio entre personas del mismo sexo**. R. Celis R. 205
- **Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español**. E. Andrades R. 219
- **Un desastre procesal**. H. Oberg Y. 239
- **La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos**. S. Verdugo R. 247
- **El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil**. R. Pinochet O. 299
- **Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces**. J. González C. 333
- **Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile**. C. Boettiger P. 359
- **Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls**. D. Quintero F. 371
- **Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común**. R. Campusano D. - P. Romero Z. 395
- **El contrato swap**. J. M. Sarroca P. 413
- **Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa**. J. P. Novoa Z. 431
- **Inaplicabilidad de la ley de responsabilidad penal adolescente en tribunales militares** M. Maritano V. 473

- **Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia**. S. Huidobro M. 491
- **Plazos de prescripción en materia tributaria**. R. Ugalde P. - J. García E. 499
- **El nuevo procedimiento laboral. Proyecto antiguo y ley precipitada**. W. Thayer A. 519
- **El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)**. F. Román D. 535
- **Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores**. C. Palavecino C. 539
- **Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia**. A. Fraga Y. 555

Análisis Jurisprudencial

- **Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después? A propósito de la subcontratación en CODELCO**. C. Halpern M. 567
- **¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión? (A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S).** F. Pfeffer U. 577
- **Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos**. M. F. Juppet E. 593

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago**. T. Siles D. 619
- **Facultad de Derecho, sede Concepción**. C. Hurtado E. 629

Libros. Resúmenes y Recensiones

- ***Lecciones de Introducción al Derecho*, de J. Williams B**. P. Gandolfo G. 637
- **Indice Revista *Ius Publicum* N° 20/2008** 639

Presentación

La Revista *Actualidad Jurídica* N°18 ha escogido como tema central el análisis de la sentencia de mayoría pronunciada por el Tribunal Constitucional, el día 18 de abril del año en curso, sobre un anticonceptivo de emergencia, más conocido como la "píldora del día después". Se trata específicamente de la regulación contenida en el Decreto Supremo N° 48, del año 2007, del Ministerio de Salud, que permitía la distribución libre y gratuita en los consultorios de salud municipalizados de Levonorgestrel 0,75 mg., el cual podría afectar el desarrollo del embrión atendido su efecto antianidatorio.

La sentencia mencionada reviste especial trascendencia, ya que toca numerosos temas –no todos ellos de índole jurídica– que inciden directamente en la política de planificación familiar iniciada en Chile en 1962. Los diversos planteamientos, recogidos en el fallo y en las disidencias, permiten, por una parte, formarse una idea general de la complejidad del problema y, por la otra, enterarse del avance de investigaciones científicas sobre el particular. Para destacar lo señalado, basta con recordar que se acompañaron a este proceso 44 informes médicos, tanto nacionales como extranjeros, y que se recogieron las más variadas opiniones de profesores y especialistas en la materia. No dejan de ser sorprendentes las disidencias que acusan las posiciones de los distintos ministros, las cuales varían tan extremadamente, que mientras uno estima que atendida la naturaleza de este conflicto no corresponde un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, otro considera que no asiste al concebido, pero no nacido, derecho alguno opuesto a la voluntad y los derechos de su madre.

Para nadie es un misterio que en Chile se producen anualmente, en forma clandestina, miles de abortos, como consecuencia de la falta de educación sexual y el desconocimiento de los métodos de control de la natalidad y planificación familiar. Sin embargo, esta dolorosa realidad no puede justificar la infracción a la Carta Política Fundamental, ni eludir su mandato expreso, tanto más cuanto que este se halla referido a la expectativa cierta de gestación de la vida humana. El problema, entonces, es de la mayor entidad jurídica y moral.

Tampoco es dable soslayar la existencia de varias divergencias de carácter procesal, todas las cuales adquieren mayor proyección si se recuerda lo es-

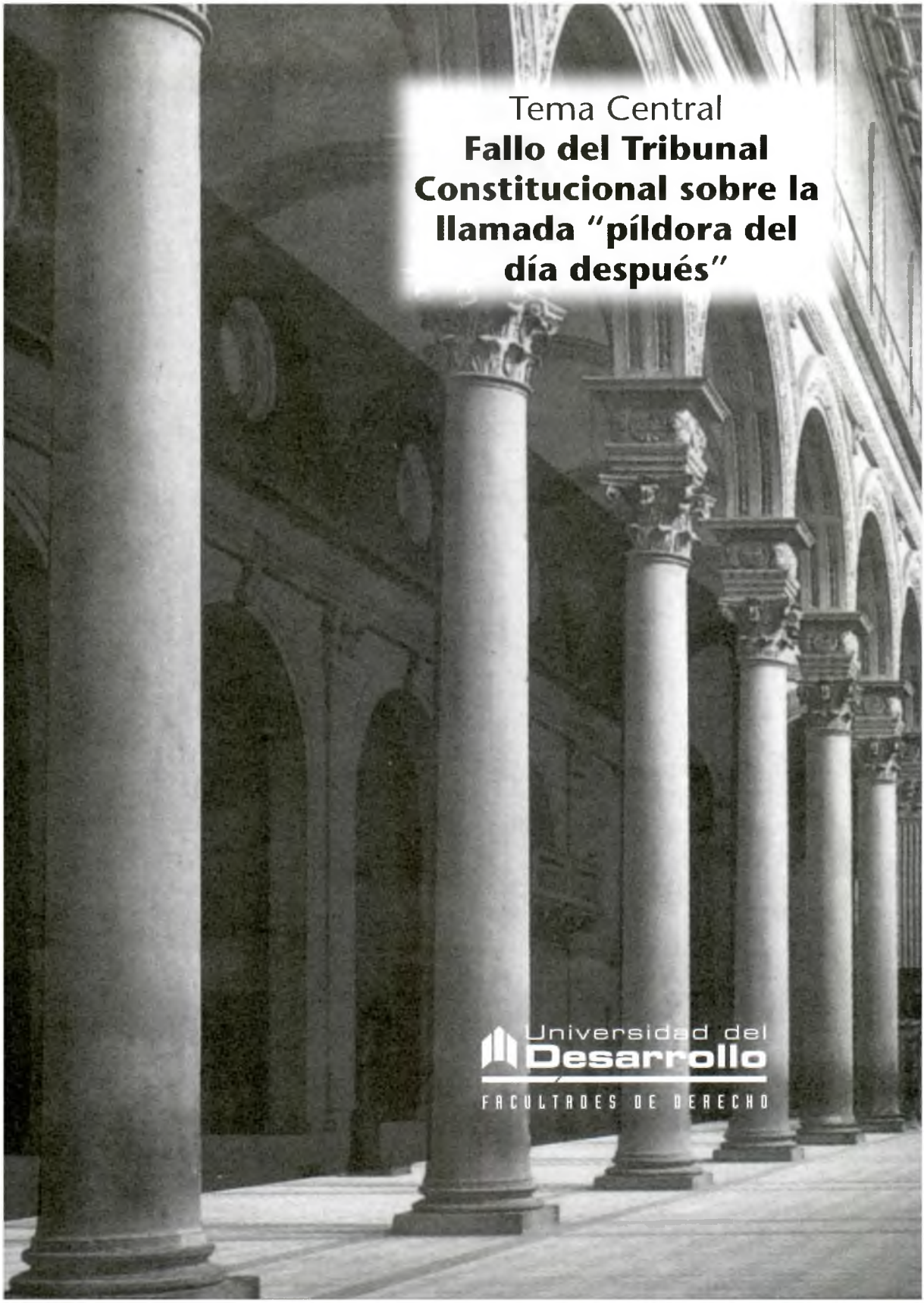
trecho del resultado (5 votos contra 4). Gran parte de las críticas al Tribunal Constitucional se fundan en la supuesta inhabilidad de un ministro –que habría manifestado opinión anticipada–, y cuya exclusión habría cambiado el resultado de la sentencia.

Estimamos, por ende, que si bien se ha declarado inconstitucional un instrumento jurídico, las diferencias y controversias se mantendrán en el tiempo y seguirán gravitando en el mundo político, social, ideológico, científico y religioso. El tema bien merece nuestra preocupación preferente por su trascendencia práctica y su importancia universal, lo cual se ha hecho patente en las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros e internacionales.

La presente edición de *Actualidad Jurídica* contiene, además, varios trabajos que serán de utilidad para todos quienes se dedican al estudio y ejercicio del derecho. Resaltan, a este respecto, algunos trabajos sobre derecho comparado, derechos civil, penal, comercial, laboral y tributario, materias todas que suscitan permanentemente controversias y conflictos tanto en el plano judicial como doctrinario. El fenómeno de la "globalización", constantemente impulsado por el continuo desarrollo tecnológico, nos obliga a mirar más allá de nuestras limitadas fronteras y aprovechar las experiencias que pueden obtenerse de decisiones adoptadas en otras latitudes.

Estas páginas procuran, como lo hemos manifestado constantemente, estimular a abogados y profesores de derecho para que sigan investigando y reflexionando sobre temas jurídicos de significación. En los últimos años, ha quedado en evidencia no sólo una evolución acelerada y a veces precipitada de la legislación (con todos los vacíos e inconsistencias que ello provoca), sino una jurisprudencia errática, con escasos fundamentos doctrinarios y sin aportes que sirvan para fijar los lineamientos de una hermeneútica novedosa y enriquecedora. Estas falencias, indudablemente, se irán superando con el correr del tiempo y con mayor rapidez, en la medida que las Facultades de Derecho aporten al proceso su colaboración entusiasta. A través de nuestras publicaciones, de los cursos de posgrado, de las jornadas de extensión e investigación jurídica, cumplimos este deber autoimpuesto, que, por lo mismo, resulta más apremiante y exigente.

EL DIRECTOR


Tema Central
Fallo del Tribunal Constitucional sobre la llamada "píldora del día después"
Universidad del Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Sobre un fallo del Tribunal Constitucional

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Naturaleza de la cuestión debatida

No cabe duda de que la sentencia de mayoría pronunciada por el Tribunal Constitucional, a propósito de la llamada "píldora del día después", ya sea mediante el uso de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", representa un hito en la jurisprudencia de este Tribunal. Desde luego, se abordan en el fallo diversas cuestiones de orden jurídico que merecen una atención especial. Por otro lado, es sugerente la circunstancia de que existan tan variadas opiniones sobre la materia, lo cual revela que respecto de este particular confluyen opiniones políticas, morales, ideológicas y religiosas. No sorprende, entonces, que incluso un disidente (el ministro Juan Colombo) sostenga que, atendida la naturaleza de la cuestión debatida, no corresponde formular una decisión jurisdiccional.[1]

El problema sometido a consideración del Tribunal Constitucional, como queda dicho, contiene aristas muy complejas y de muy distinta índole, sin embargo de lo cual es posible examinar los aspectos jurídicos contenidos en el fallo sin asumir otro tipo de compromisos. Claro está que ninguno de estos problemas puede considerarse en un vacío ideológico absoluto, lo cual induce a pensar que cada uno de los jueces, en cierta medida, hizo prevalecer sus convicciones religiosas, éticas y políticas. Lo que señalamos no es extraño. Así ocurre invariablemente en todo cuanto dice relación con el ejercicio de la jurisdicción. De aquí que los "buenos jueces" sean aquellos capaces de sustraerse, en la medida de lo posible, al influjo de sus convicciones personales y colocar a la norma por encima de toda otra consideración, lo cual queda de manifiesto en el contenido de la sentencia y en el razonamiento justificatorio de la decisión. En

[1] En los considerados decimoquinto y decimosexto de su voto disidente, el Ministro Juan Colombo Campbell examina la naturaleza de la contienda y termina diciendo que, "si por la argumentación y los antecedentes se concluye que estamos enfrentados a un conflicto médico, ético o religioso, en ninguno de tales eventos este Tribunal puede resolver en ejercicio de su jurisdicción".

el caso que nos ocupa, lo señalado cobra mayor fuerza, atendida la naturaleza de esta problemática y los elementos implicados en ella. Sería imposible negar que la materia sometida al conocimiento del Tribunal revive antiguas disputas que se remontan largamente a través del tiempo. De aquí que insistamos en la necesidad de tratar, con la máxima rigurosidad posible, las cuestiones de orden jurídico comprendidas en el fallo, aun cuando ellas puedan resolverse contrariando nuestras convicciones personales. A lo dicho habría que agregar, aún, la circunstancia de que, desde el punto de vista científico, los efectos del levonorgestrel, como se demuestra en la sentencia, no se hallan establecidos con plena certidumbre, dejando espacio a vacíos y opiniones divergentes, todo lo cual aviva la discusión y profundiza las diferencias. Por lo tanto, no es fácil comentar una decisión de esta naturaleza.

Toda norma jurídica, especialmente aquella de orden constitucional, expresa y realiza ciertos valores que se imponen a toda la comunidad. ¿Qué ocurre si el juez no participa de dichos valores y, por lo mismo, se resiste a aplicarlos? He aquí el drama de los jueces, porque ante todo deben ser leales al mandato normativo, incluso contra sus propias convicciones. No es extraño, entonces, encontrarse con retorcidas interpretaciones que, en el fondo, no son más que la manera de esquivar aquellos fines que, estando expresados en la norma, el juzgador se niega a acatar. De este fenómeno se sigue un debilitamiento manifiesto de la seguridad jurídica y, por qué no decirlo, el desprestigio del derecho como sistema de convivencia social. Lo que indicamos debería inculcarse a fuego en la conciencia de quienes ejercen la jurisdicción, puesto que está en juego la consolidación y eficiencia del sistema jurídico.

II. Los errores del fallo

A nuestro juicio, la sentencia de 18 de abril de 2008 del Tribunal Constitucional adolece de errores jurídicos manifiestos, que son fruto obligado de las peculiaridades y complejidades que debieron enfrentar los jueces que suscriben el fallo de mayoría.

1. Desconocimiento del "proceso de gestación de la vida humana"

El texto constitucional en que se funda el fallo distingue claramente dos conceptos: **asegurar** y **proteger**. El artículo 19 inciso primero de la Carta **"asegura a todas las personas"** un bloque de derechos esenciales; en tanto el mismo artículo 19 N°1 inciso segundo **"protege la vida del que está por nacer"**. Se trata de dos conceptos diferentes. "Asegurar", de acuerdo a su sentido natural y obvio, significa: "dejar firme y seguro; establecer, fijar sólidamente". "Proteger", por su parte, significa: "amparar, favorecer, defender. Resguardar a

una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole". La diferencia que advertimos no es menor, porque el mandato constitucional establece y fija sólidamente los derechos que asisten a cada persona (en el ámbito de una concepción iusnaturalista, conforme a la cual los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores al Estado y condicionan el ejercicio de la soberanía). No sucede lo mismo con la protección que se brinda al que "está por nacer", ya que este último (el *nasciturus*), forma parte y está integrado a **un proceso** que puede o no culminar con la existencia de una persona humana.

El **proceso** debe entenderse como una sucesión de hechos causalmente concatenados en función de un fin determinado. Por ende, lo que la Constitución ordena al legislador es amparar, favorecer y defender ("proteger") el desarrollo de este proceso de modo que, sin interferencias, pueda llegar a su fin natural. Dicho de otro modo, lo que se quiere impedir es toda obstrucción o interrupción del referido proceso que pueda afectar al que está por nacer. Sin duda, el bien jurídicamente protegido por la Constitución es la "vida humana" en su estado de gestación.

Todo proceso tiene un comienzo y un fin. Lo que interesa, entonces, es precisar cuál es el comienzo y cuál es el fin del proceso de gestación "del que está por nacer".

Científicamente, no admite discusión el hecho de que el comienzo del proceso (más allá de las opiniones filosóficas o religiosas que suscite la determinación del principio de la vida humana) es la **concepción**, esto es, la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino. Sobre este punto la sentencia transcribe algunas citas científicas. Así, en el considerando TRIGÉSIMO TERCERO se alude a la opinión de los doctores Juan F. Stecher y Augusto Rivera, quienes señalan que: *"con la fecundación aparece un individuo que contiene 46 cromosomas de la especie humana, que se desarrolla por sí mismo, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, el mismo dirige su construcción y división, que viene inscrita en su ADN, es él quien toma el alimento que le proporciona su madre, es un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, ninguna información adicional se le agregará (...). Este joven ser humano comienza su viaje a través de la trompa de Falopio para llegar al endometrio, lugar que lo albergará durante casi 9 meses. Durante el camino a este destino, se dividirá innumerables veces y cambiará de estructura para poder implantarse en el endometrio (...). En el momento de la implantación, no se le producirá cambio sustancial, no cambia sus genes ni se le agrega otra información (...) desde el punto de vista embriológico, es erróneo el concepto de preembrión, porque antes del embrión sólo existen el espermatozoide y el óvulo".* Más adelante, el mismo considerando cita la obra "Langman. Embriología médica con

orientación clínica", del doctor T. W. Sadler, quien, precisando los principales resultados de la fecundación, señala: *"**Restablecimiento del número diploide de cromosomas.** La mitad procede del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente de la de ambos progenitores. **Determinación del sexo del nuevo individuo.** Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación. **Iniciativa de la segmentación.** Si no se produce la fecundación, el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación"*. En consecuencia, no existe discrepancia científica sobre que el llamado proceso de gestación comienza con la fecundación y que es ella la que genera el cigoto cuyo paso siguiente es su implantación en el endometrio de la madre.

Tampoco existe discusión sobre que el nacimiento pone fin al proceso de gestación. Nuestro Código Civil, en el artículo 74, perfectamente coherente y en armonía con la Constitución, define el nacimiento diciendo que *"La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre"*. El mismo artículo 74 agrega que *"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás"*. Como puede observarse, la ley exige una viabilidad mínima, pero determinante: subsistir un momento siquiera a la separación de la criatura del cuerpo de su madre.

En consecuencia, nos parece de toda evidencia que la Constitución, al disponer que "la ley protege la vida del que está por nacer", se ha referido al **proceso de gestación**, amparándolo y defendiéndolo de todo atentado o peligro que pueda interrumpirlo u obstruirlo. La legislación que ha dado aplicación a este mandato (la mayor parte de estas leyes anteriores a la Constitución) se orienta estrictamente en este sentido, vale decir, amparando el proceso que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. A partir de este último, nos hallamos ante una **persona**, titular, por lo mismo, de todos los derechos que le "asegura" el artículo 19 de la Carta. No estuvo descaminado Andrés Bello cuando distinguió entre la "existencia natural" de la persona, esto es, el período que va desde la concepción al nacimiento, y la "existencia legal de la persona", esto es, el período que va desde el nacimiento hasta la muerte. Nótese que los derechos conferidos (que se defieren) en favor del concebido, pero no nacido, **son eventuales**, por cuanto quedan ellos en suspenso a la espera del nacimiento. Si este no ocurre, porquen no ha habido un "principio de existencia", se entiende que la criatura no ha existido jamás (artículo 77 del Código Civil).

El fallo del Tribunal Constitucional no reconoce el amparo que la Ley Suprema brinda al **proceso de gestación**, introduciendo, en defensa del *nasciturus*, una concepción distinta, al calificarlo de "persona" en el ámbito constitucional. Incurre, a juicio nuestro, en dos errores. El primero al dar al *nasciturus* un carácter que ciertamente no tiene en derecho; el segundo al desconocer el proceso de gestación y su amparo constitucional. De este modo, se incurre en una confusión inaceptable sobre la materia y, en cierta medida, se debilita aquello que se quiere privilegiar, al dejar en entredicho un concepto tan sensible como el de "sujeto de derecho".

2. El *nasciturus* no es persona (sujeto de derecho)

La sentencia del Tribunal Constitucional se funda en el hecho de que jurídicamente, desde una perspectiva constitucional, el *nasciturus* sería persona humana y, por ende, titular de todos los derechos que corresponden a ésta, tanto aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Política, como aquellos conferidos por los tratados internacionales sobre derechos esenciales emanados de la naturaleza humana (artículo 5° inciso segundo de la Constitución). Esta conclusión nos parece, por decir lo menos, aventurada, no obstante la solvencia de los autores que la sostienen.

Desde luego, la propia Constitución establece en el artículo 1° inciso primero que "Las personas **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos". Ello implica un reconocimiento explícito de que sólo se es persona cuando comienza lo que la ley civil denomina existencia legal. Si las personas "**nacen**" es porque sólo entonces tienen la indicada calidad. Antes del nacimiento no son más que un proyecto, una posibilidad, una eventualidad objeto de una amplia protección constitucional. Cabe preguntarse: ¿qué sentido tendría el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, que dispone la protección de la vida del que está por nacer, si éste fuere persona y como tal titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica? Si el *nasciturus* fuere persona antes de nacer, ¿cómo es posible sostener que sólo en virtud del nacimiento aquella persona es libre e igual a sus semejantes en dignidad y derechos? Más que un galimatías, ello representa el desconocimiento de que, como se dijo, un derecho se asegura, en tanto un proceso se protege. Por otra parte, cabe también preguntarse: ¿qué tipo de sujeto de derecho sería el *nasciturus*, si se considera que sus derechos civiles son eventuales y quedan subordinados a su nacimiento, que en caso de no sobrevivir un momento siquiera a la separación total de su madre se reputa que jamás ha existido, y que su vida se confunde y está indisolublemente ligada a la vida de la madre en términos de constituir una sola persona?

Todavía más, las normas legales que regulan y desarrollan el mandato constitucional, en perfecta armonía con su contenido y sentido, revelan que antes

del nacimiento no es posible entender que el *nasciturus* es una persona y, por lo tanto, un sujeto de derecho. Así, por ejemplo, el artículo 55 del Código Civil define lo que debe entenderse por persona natural en los siguientes términos: *"Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición"*. El énfasis de esta disposición está puesto en la **individualidad.** La persona es una, tiene una existencia propia e independiente, y es capaz de subsistir separada de su madre. Otro tanto podría decirse de lo prevenido en el artículo 75 del mismo Código, que señala: *"La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra"*. Nótese que la ley reitera que, respecto del *nasciturus*, sólo cabe al juez **proteger** la vida del que está por nacer.

El considerando QUINCUAGÉSIMO OCTAVO del fallo que comentamos analiza varias disposiciones legales para reafirmar la conclusión del Tribunal sobre que el *nasciturus* es persona. Sin embargo, todas ellas, a juicio nuestro, reconocen que la Constitución brinda una protección al proceso de gestación de la vida humana, pero de manera alguna reconocen la calidad jurídica de persona al concebido y no nacido. Especial importancia asignamos a la Ley N° 20.120, "sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana". Las disposiciones de dicha normativa legal no dejan dudas de que el *nasciturus* no es sujeto de derecho, sino que forma parte de un proceso protegido en la Constitución.

Finalmente, sobre este punto, es necesario recalcar que el concepto de persona –fundamental en el ámbito jurídico– no puede representarse de manera diferente o contradictoria en las diversas ramas del derecho. Resulta insostenible invocar un concepto propio de "sujeto de derecho" en el ámbito constitucional, en oposición al concepto definido en el campo del derecho civil y demás disciplinas jurídicas. Si algo caracteriza al sistema normativo es su coherencia, unidad y armonía. Ello queda de manifiesto en las normas sobre interpretación, que atribuyen especial importancia al elemento "sistemático", dando a todas y cada una de las leyes que integran el sistema jurídico la debida correspondencia y armonía, como reza el artículo 22 del Código Civil. No puede omitirse el hecho de que se trata, además, de un concepto básico, que se proyecta y está presente en toda la normativa y la dogmática jurídica.

En conclusión, es gravemente erróneo afirmar que el *nasciturus* es persona a la luz de las disposiciones constitucionales y legales citadas. Creemos que se altera abruptamente un elemento sustancial en la ciencia del derecho en perjuicio de la unidad del sistema normativo. No podemos dejar de manifestar nuestra sospecha de que para los jueces que suscriben el fallo de mayoría

la protección que brinda al *nasciturus* el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Carta Fundamental, al disponer la protección de la vida del que está por nacer, es insuficiente y pone en riesgo su desarrollo e integridad. No es esta, por cierto, nuestra opinión. Como se demostrará más adelante, reconociendo la existencia del proceso de gestación de la vida, dotado de una especial protección constitucional, se llega a la misma conclusión que la sentencia, en cuanto dice relación con el respeto, cuidado, amparo y preferencia de la vida del que está por nacer.

3. Sobre la duda razonable

La médula de la cuestión que debía resolverse por el Tribunal Constitucional radica en los efectos del anticonceptivo de emergencia llamado levonorgestrel, suministrado en grajeas de 0,75 mg. ("píldora del día después"), el cual sería distribuido gratuitamente en los consultorios de salud municipalizados de acuerdo al Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las "Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad".

Más allá de las discrepancias respecto del enfoque jurídico dado por el Tribunal Constitucional, nos parece de toda evidencia que este cuerpo normativo vulnera el mandato constitucional si, de cualquier manera, el fármaco aludido interrumpe, pone en peligro o amenaza el desarrollo del proceso de gestación humana, esto es, interfiere, entre la concepción y el nacimiento, la evolución natural del cigoto. En el evento contrario, no podría dársele esta calificación y se ajustaría a la Carta Fundamental.

La sentencia –especialmente en el considerando TRIGÉSIMO SEGUNDO– describe las diversas posiciones científicas sobre la materia, señalando entre otras cosas que ..."*los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes anticonceptivos de emergencia dicen relación con tres efectos: a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación (Horacio Croxatto A. y María Elena Ortiz. 'Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel')*". Más adelante, esta misma consideración agrega: *Refiriéndose a la contracepción de emergencia y, específicamente, al denominado 'Plan B' (consistente en el uso de píldoras de levonorgestrel de 0,75 mg. cada una, que son tomadas en forma oral después del fracaso de contraceptivos o de práctica de sexo no protegido), la U.S. Food and Drug Administration aclara que el 'Plan B trabaja (...) en la prevención del embarazo principalmente parando la liberación del huevo desde el ovario. Es posible que el Plan B también trabaje previniendo la fertilización de un huevo (la unión del espermio con el huevo) o previniendo la implantación en el útero, lo que usualmente ocurre antes de 7 días después de la liberación del huevo desde el ovario'... El Informe sobre 'Aspectos Científicos y Éticos del Uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo*

de Emergencia', de la Universidad Católica de Chile, a que se ha hecho referencia, indica por su parte que 'todos los investigadores coinciden en que los anticonceptivos de emergencia pueden disminuir la probabilidad de embarazo a través de tres mecanismos: Impedimento de ovulación. Impidiendo que los espermatozoides fecunden el óvulo. Impidiendo la implantación' (pág. 3)". Acto seguido, la sentencia alude a cada uno de los efectos antes mencionados (dos de los cuales excluyen la posibilidad de que el anticonceptivo de emergencia –AE– obstruya el proceso de gestación), señalando, en relación al tercero (que sí afecta el proceso de gestación), que *"Sobre los efectos de LNG sobre la implantación, afirma que 'éste es el aspecto más debatido' puesto que 'gran parte de la información proporcionada al público asegurando que el LNG no altera la implantación proviene de evidencia preliminar e indirecta. Se refiere, concretamente, a estudios realizados a animales (ratones y primates); a la investigación de eventos posfecundación referidos a la receptividad del endometrio, que es el mecanismo indirecto, y a estudios realizados in vitro y en seres humanos que carecen de consistencia por el escaso universo de mujeres estudiadas y porque incluyó un número muy reducido de sujetos" (págs. 8-12).* La sentencia que comentamos abunda en otras opiniones divergentes respecto de la misma cuestión.

Lo anterior llevó al Tribunal Constitucional a sostener en el considerando TRIGÉSIMO PRIMERO que: *"En relación con los mecanismos de acción de los regímenes de anticoncepción de emergencia, ya se trate del régimen de levonorgestrel solo o del régimen combinado (régimen Yuzpe), los especialistas coinciden en la dificultad y complejidad de su determinación. Así el doctor Horacio Croxatto y la profesora María Elena Ortiz han sostenido que 'desentrañar el mecanismo de acción de la AE es una tarea muy compleja porque el efecto de los esteroides administrados depende de la fase del ciclo en que se usan y la fertilidad de la mujer varía de acuerdo a la etapa del ciclo menstrual en que se encuentre al momento de tener una relación sexual' (...) En un sentido similar, el Informe de la Universidad de la Santísima Concepción, acompañado a este proceso, afirma que a pesar del gran volumen de investigaciones publicadas sobre el Levonorgestrel como 'anticonceptivo de emergencia' (LN) todavía existen muchas dudas acerca de su efectividad y mecanismo de acción (...) La incertidumbre se da, sobre todo, en los mecanismo (sic) de acción, ya que algunos estudios han demostrado, en modelos de animales, que el LN tiene un efecto en la función ovárica, pero no tiene efectos significativos luego de la ovulación".*

Enfrentado a esta realidad, y en el entendido de que el impedimento que pudiera producir el levonorgestrel para la implantación del cigoto en el endometrio de la madre conduciría a la inconstitucionalidad de este fármaco, el Tribunal sienta la tesis de la "duda razonable", en el considerando SEXAGÉSIMO CUARTO, sobre la base de que *"las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes en la causa, ya sea a favor o en contra de la 'píldora del día después', en su versión de progestina pura de 0,75 mg. o en el método combinado o de Yuzpe,*

son equivalentes, en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista". Los jueces razonan, en seguida, de esta manera: *"No obstante, existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición. En efecto, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano, y por ende una persona, desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una 'persona' en los términos que la Carta Fundamental lo entiende. Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto es, por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo –o de una persona– se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover. De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional mientras que la otra no. Por lo tanto, la duda –que es razonable, puesto que no se puede cuestionar por este juzgador el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica– involucra –ni más ni menos– la eventual vulneración de la Carta Fundamental".*

Planteada la cuestión de la manera indicada, sobre el supuesto de que la "píldora del día después" podría (condicionalmente) constituir un atentado en contra de una "persona", que existiría desde la concepción, al impedirse la implantación del cigoto en el endometrio, la sentencia culmina en el considerando SEXAGÉSIMO SEXTO, que expresa: *"Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquellos criterios hermeneúticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio "*pro homine*" o "*favor libertatis*" definido en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos de la siguiente forma: 'Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...)* ***debe prevalecer la norma favorable a la persona humana****' (Opinión Consultiva 5, 1985)".*

Como puede observarse, para llegar a la solución, el fallo se ve forzado a reconocer al producto de la concepción la calidad de "persona", con todos los atributos consignados en la Constitución, lo cual es un error. Sólo de esta manera es posible aplicar los principios en que se fundamenta la decisión. Creemos nosotros, sin embargo, que mayor amparo se habría brindado al que está por nacer si se hubiere aludido al "proceso de gestación de la vida humana", sin comprometer conceptos esenciales de gravitación universal en el derecho, y

estimado, como corresponde, inconstitucional cualquier atentado real o virtual en contra de quien, estando concebido, no es persona porque no ha nacido, carece de individualidad y forma parte del cuerpo de su madre.

La protección que la Constitución brinda al que está por nacer, hoy día de carácter absoluta, comprende las conductas de peligro que pueden llegar a afectarlo. No existe duda alguna de lo que afirmamos en presencia de lo prevenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental. En consecuencia, toda privación, perturbación o amenaza que afecte al que está por nacer (concebido, pero no nacido), queda bajo la protección constitucional.

En verdad, como se desprende del análisis que antecede, la sentencia confunde la "duda razonable" con la "amenaza potencial" que, para la vida del que está por nacer, implica la ingestión del anticonceptivo de emergencia (levonorgestrel). Lo que denominamos "amenaza potencial" es la "situación objetiva de peligro" que, respecto del proceso de gestación, desencadena el fármaco cuestionado. Si existe la posibilidad, aun cuando remota, de que la llamada "píldora del día después" impida la implantación del cigoto en el endometrio de la madre, ella debe ser proscrita, porque la protección que brinda la Constitución al *nasciturus* debe extenderse a las situaciones objetivas de peligro que puedan afectarlo. Dicho de otro modo, la "situación de peligro" a que aludimos puede ser la antesala de la interrupción del proceso de gestación de la vida humana, constituyendo, entonces, una amenaza real. La "situación de peligro" debe entenderse como aquella combinación de circunstancias que, de acuerdo al orden natural de las cosas, puede derivar causalmente en un resultado que es posible prever. Y este es, precisamente, el escenario en que se desenvuelve la materia juzgada por el Tribunal Constitucional.

No comprendemos por qué razón el Tribunal no reconoció lo que hemos denominado "proceso de gestación de la vida humana" y la amplia protección ordenada por el constituyente al legislador, extendiendo indebidamente el concepto persona y confundiendo una situación objetiva de peligro (amenaza) con una duda razonable.

Es posible inferir, entonces, que aquello que la sentencia llama "duda razonable" no es tal. Se trata de una **situación objetiva de peligro** –puesto que ninguna duda existe sobre que el levonorgestrel "puede" impedir, en ciertos casos, la implantación del cigoto en el endometrio–, lo cual activa, automáticamente, la protección amplia y sin excepción que la Constitución brinda al que está por nacer. Basta la situación objetiva de peligro, la mera posibilidad, la probabilidad de que se impida la implantación del cigoto en el endometrio de la madre, para sancionar la distribución del fármaco como inconstitucional. Tenemos, por lo mismo, la impresión de que la construcción jurídica escogida por el Tribunal Constitucional es equivocada y que, por abarcar lo más (transformando

en "persona" a quien carece de esta calidad), prescindió de lo que realmente ampara y protege nuestra Ley Suprema.

4. Una omisión lamentable

Desde otro punto de vista, la sentencia adolece de una omisión lamentable, la que se evidencia con la sola lectura del voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake. En efecto, el referido voto alude a los "derechos sexuales y reproductivos de la mujer", comprendidos en el derecho al "libre desarrollo de la personalidad", el cual se halla recogido en varias disposiciones de la Carta Fundamental. Para este disidente, es evidente que se suscita un "eventual conflicto entre el interés protegido del *nasciturus* y derechos constitucionales de la mujer". A fin de apreciar en toda su importancia este planteamiento, reproducimos, a continuación algunos párrafos del voto disidente:

"Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo cumplen la función de ser el límite del poder del Estado y de constituir, además, su justificación, gozando, en razón de su función, de la máxima jerarquía y fuerza normativa dentro del sistema constitucional.

"Ello implica que los derechos delimitan la órbita de acción del Estado y aquella esfera de ejercicio de libertad que no puede ser interferida por el mismo, de manera tal que sólo en un ámbito ajeno al ejercicio de lo que se denomina el núcleo esencial de dichos derechos podrá el Estado intervenir.

"Lo anterior resulta fundamental a efectos de discernir cuál es la frontera del mandato al legislador para proteger la vida del que está por nacer, pues si dicho límite está dado por los derechos fundamentales, el Estado no puede traspasarlo, ni siquiera a pretexto de proteger un interés constitucionalmente relevante, pues si tal acto implica la negación o vulneración de un derecho fundamental, el medio utilizado es ilícito, además de negar y vulnerar la jerarquía de los derechos fundamentales, poniendo sobre ellos, de forma errada, un interés constitucional que es de menor relevancia que los mismos.

"Incluso prescindiendo de lo razonado precedentemente, procede concluir que en el ejercicio de ese mandato de acción legislativa, y realizando una ponderación de bienes protegidos, debe tenerse presente como premisa básica que el Estado no puede invadir el espacio de la vida privada y de la libertad de conciencia, y sobre todo, la esfera del libre desarrollo de la personalidad, concretada específica y detalladamente en los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, derechos fundamentales que limitan el poder del Estado y que gozan de preponderancia y mayor fuerza normativa frente al resto de los intereses constitucionales, por lo que cualquier medio utilizado en desmedro de ellos resulta contrario a la Constitución.

"En el mismo marco de ponderación, cabe señalar que si el derecho a la vida admite situaciones de inexigibilidad, tales como la legítima defensa o el estado de necesidad, en las que la privación de la vida está amparada por el derecho, con mayor razón es dable concluir que la vida por nacer, protegida por menor intensidad y ponderada frente a derechos fundamentales de la mujer, admite situaciones en que sus supuestos de protección decaen, entre las cuales se encuentra, desde ya, el ejercicio legítimo de derechos fundamentales de naturaleza reproductiva, sin perjuicio de otras de fuente netamente penal, como la lex artis *médica en el ejercicio legítimo de la medicina y la carencia del elemento malicia exigido por el tipo de aborto".*

Más adelante, el disidente desarrolla el alcance de los derechos fundamentales de la mujer, contraponiéndolos a la *"obligación de soportar el estado de embarazo"* y a su *"derecho a la integridad síquica"*, a los cuales califica como *"derechos fundamentales de titularidad cierta e indiscutida, todo lo cual puede verse gravemente alterado por un embarazo no deseado y, aun más, por la coacción del Estado para soportarlo a pesar de ello".*

Queda en evidencia, entonces, que la cuestión resuelta tiene ribetes más complejos que merecen ser tratados en profundidad, aun cuando siempre desde una perspectiva jurídica, al margen de otros elementos ajenos a la tarea jurisdiccional. La lectura de estas y otras disidencias dejan la sensación de que quedan pendientes muchas de las aristas del problema y que es ilusorio pensar que se trata de una cuestión definitivamente zanjada. Pueden no compartirse muchos de los juicios enunciados por este disidente, pero es incuestionable que debe ponderarse y considerarse la situación de la mujer, en cuanto titular de derechos fundamentales en materia sexual y reproductiva, y dilucidarse con rigor la colisión de dichos derechos con aquellos que asignamos al que está por nacer. Las cuestiones constitucionales de mayor envergadura consisten, casi siempre, en resolver qué derecho prevalece (merece mayor reconocimiento) cuando dos o más de ellos entrar en conflicto. Esta podría ser una de ellas.

Hasta aquí nuestros comentarios sobre el fallo del Tribunal Constitucional sobre la llamada "píldora del día después". Curiosamente, disintiendo de la construcción jurídica que inspira la sentencia, concordamos con la decisión adoptada y coincidimos en que el decreto supremo impugnado es inconstitucional. Pero la forma en que se construye el andamiaje justificatorio de la decisión no es indiferente. No pasará mucho tiempo antes de que se invoquen a la misma magistratura las reflexiones y conceptos contenidos en el fallo, sin perjuicio del efecto que los mismos tengan en otros tribunales de la República.

III. Sobre las normas de hermeneútica constitucional

Por último, atendida su importancia práctica y teórica y a pesar de hallarse sólo soslayados en el fallo, creemos conveniente adelantar algunas reflexiones sobre la hermeneútica constitucional. Se ha sostenido que las diversas ramas del derecho sufren un proceso de "constitucionalización" (influencia del derecho constitucional en las demás disciplinas del sistema normativo). Ello es efectivo y corresponde a una tendencia que se observa desde 1980 de manera progresiva.

El fenómeno que se destaca obedece a varias razones. Desde luego, nadie puede desconocer la necesidad de adecuar toda la legislación a las disposiciones de la Carta Política, puesto que de esta última arranca la validez (obligatoriedad) de las leyes; de las leyes la validez de los reglamentos; y de aquéllas y éstos, la validez de las reglas (sentencias judiciales, actos administrativos y los actos y contratos que celebran o se autoimponen los particulares). Por otra parte, la Constitución, como quiera que se considere, debe ser fuente esencial de interpretación (en cuanto mecanismo para la aplicación de las normas jurídicas), puesto que no puede concebirse una norma o una regla que contravenga la Ley Fundamental, si entre todas ellas existe coherencia, unidad y armonía. Por lo mismo, en virtud del **"principio de supremacía constitucional"**, sólo será atendible aquella interpretación que mejor se avenga con el mandato de la Constitución y que de manera más rigurosa ejecute su contenido.

Ahora bien, la interpretación constitucional tiene un indiscutible alcance político, lo cual obliga a considerar con preferencia los valores, objetivos y fines que inspiraron su dictación y que debieron quedar plasmados en ella. Por lo mismo, lo que predomina en este tipo de interpretación es el llamado elemento *lógico* que pone el acento en la "intención y espíritu" de la norma. Siguiendo el esquema interpretativo dispuesto en el Código Civil (que los constitucionalistas se niegan adoptar en materia de su especialidad), la "historia fidedigna del establecimiento de la ley" (que el artículo 19 inciso segundo del Código Civil ordena aplicar cuando el tenor literal de la norma es oscuro), sólo sirve para este fin: establecer la intención y espíritu de la ley, esto es, sus objetivos y los valores que se tratan de realizar.

Desde este ángulo, no nos cabe duda alguna, atendida la evolución jurídica de nuestro país, que el constituyente (así sea la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que preparó el anteproyecto plebiscitado en 1980 o la Junta Militar de Gobierno que lo hizo suyo con algunas modificaciones), entendió que la protección consagrada en el inciso segundo del N° 1 del artículo 19 de la Carta Política, estaba referida al "proceso de gestación de la vida humana", y que dicha protección abarcaba desde la concepción hasta el nacimiento. Asimismo,

consagraron una clara diferenciación entre "asegurar" y "proteger". Se asegura aquello que existe (los derechos esenciales de la persona), se protege aquello que está expuesto a sufrir un daño o perjuicio (el desarrollo intrauterino de la criatura procreada, pero no nacida). Tampoco puede negarse que la cultura jurídica que predominaba entre 1974 y 1980 (incluso hasta el día de hoy) induce a pensar que la persona natural sólo goza de "existencia legal" desde su nacimiento, que éste está definido en el artículo 74 del Código Civil, y que la llamada "existencia natural" brinda al concebido y no nacido una amplia protección y el reconocimiento de "derechos eventuales" subordinados al hecho de que el nacimiento constituyera un principio de vida.

Es cierto que toda norma jurídica se independiza de sus autores, que tiene intención, espíritu y vida propia, lo cual le permite, incluso, evolucionar sin necesidad de modificarse (lo que se logra precisamente a través de la interpretación). Esta característica cobra mayor trascendencia tratándose de normas de carácter constitucional. Por lo tanto, la interpretación constitucional no es estática, sino esencialmente dinámica y estará siempre abierta al imperativo de adaptarse a la realidad política que regula.

De lo dicho se desprende que, en presencia de lo ordenado en el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Carta Política Fundamental, el aborto, en cuanto interrupción del desarrollo intrauterino del *nasciturus* es inconstitucional y que reconocerlo como un derecho de la mujer contraviene un mandato expreso y explícito del constituyente. Por consiguiente, le está vedado al legislador autorizarlo como una facultad de la mujer o de los padres. Desde el momento mismo de la fecundación se gesta un proceso que compromete no sólo a la mujer, sino a la sociedad toda, porque la génesis de la vida humana no queda, en ninguna de sus manifestaciones, a merced de la voluntad o la decisión soberana de una persona. Así se deduce de la cultura propia de nuestro tiempo y de los valores incorporados a la Carta Fundamental. A partir de esta premisa es posible deducir el ámbito de protección del *nasciturus*.

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después": ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?

Julio Alvear Téllez
Becario de Alban Office de la Unión Europea
Profesor Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Vanessa Cisterna Rojas
Académica chilena, miembro de ISSA, International Society for the Study of Argumentation

I. La complejidad de una cuestión de constitucionalidad insuficientemente enunciada

Una gran polvareda precedió a la dictación de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después". Y, asimismo, otra le siguió. Al parecer, había algo más en juego que el valor constitucional de una determinada política pública de Gobierno, cristalizada en un decreto administrativo. Subyacía algo más que el alcance de la protección de derechos fundamentales básicos, como la vida, la educación o el principio de igualdad. La sede jurisdiccional requerida se había transformado sin quererlo en árbitro de una disputa cuyos presupuestos trascienden el derecho, pues trasuntan las opuestas concepciones de hombre y de sociedad que palpitan en el alma de nuestro país.

Estas dos concepciones se manifiestan en Chile de manera extremadamente compleja pues responden a influencias de muy diversa índole, no del todo fáciles de aquilatar en su justa medida. Pero coinciden con la realidad de otras naciones en cuanto a la ocasión en la que suelen entrar en lucha: el derecho a la vida.

El 5 de marzo de 2007, un grupo de 36 diputados, de una reconocible orientación política, presentó al Tribunal Constitucional un requerimiento a fin de que se *"declare la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de fecha 3 de febrero de 2007,por cuanto fija, aprueba y hace suyo el texto del documento denominado "Normas Nacional(es) sobre Regulación de la Fertilidad"*. Sin embargo, el Tribunal no lo admitió a tramitación por motivos formales, entre otros,

porque *"existe una clara falta de armonía en las peticiones que hacen valer los requirentes, porque se solicita la inconstitucionalidad de "todo o parte" del decreto supremo que se objeta, para luego limitar la pretensión sólo "a algunos aspectos de la normativa".*[1]

Con fecha 24 de marzo del mismo año, los requirentes subsanaron los defectos, especificando las disposiciones contenidas en las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad" contra las que dirigen su acción de inconstitucionalidad:

i) En primer lugar, se impugnan las disposiciones de la **"Sección C: Tecnología anticonceptiva"**,[2] en cuanto autorizan la distribución y el uso de la denominada *"Píldora del Día Después, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", y "la utilización del dispositivo intrauterino (DIU)". "Éste corresponde a uno (sic) de las posibilidades de la llamada anticoncepción con progestágeno solo".* La acción de estos métodos produce una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido, lo que en sí mismo violaría el derecho a la vida garantizado en el art. 19 N° 1 la Constitución Política.

ii) En segundo lugar se objetan las normas de la **"Sección D: Anticoncepción en población específica"**, en razón de que regulan *"la consejería a adolescentes que se da en el marco de la confidencialidad, esto es, sin el consentimiento ni conocimiento de los padres"*, lo cual, vulneraría el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

iii) En tercer lugar, se impugna el **Punto 1 "Anticoncepción para adolescentes"**, de la referida sección D, por dos motivos: a) porque admite la administración de la anticoncepción de emergencia bajo la modalidad de la *"Píldora del Día Después como pastilla única y combinada"*, con lo que nuevamente se violaría el derecho a la vida; y b) porque la consejería confidencial que se presta a los adolescentes vulneraría el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, reconocido en el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya invocado.

Respecto de las normas citadas, los requirentes plantearon cuatro cuestiones de constitucionalidad:

[1] Cfr. TC, Resolución del 20 de marzo de 2007, Considerando 11°.
[2] Punto 3.3. *"Anticoncepción hormonal de emergencia", y párrafo 4 "Anticoncepción no hormonal"*, punto 4.1.1. *"Dispositivos intrauterinos"*.

1) El decreto supremo impugnado, al aprobar métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer, **está reglamentando directamente una materia que por mandato constitucional requiere de una ley habilitante**, la cual, incluso, en ningún caso podría restringir sustantivamente un derecho fundamental.

2) Dichos métodos y mecanismos **violan el derecho a la vida del embrión**, *nasciturus* o concebido y no nacido, sujeto de protección constitucional.

3) El decreto impugnado **vulnera el principio de igualdad ante la ley**, en cuanto permite la distribución de un fármaco (*"postinal"* a base de *Levonorgestrel* de 0.75 mg) prohibido por la Corte Suprema el 30 de agosto del 2001, con el sólo expediente de rotular el mismo producto químico con un nombre de fantasía distinto (*"Postinor-2"* y *"Tace"*).

4) La facultad, prevista en el decreto citado, de otorgar consejería a menores adolescentes sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, implica **vulnerar el derecho preferente y el deber constitucional que tienen éstos a la educación de sus hijos**.

El Tribunal Constitucional no quiso pronunciarse sobre el punto 3, por considerar que, en definitiva, los requirentes no tipificaron de manera clara de qué modo se podría discriminar a los embriones en la impugnación aludida.[3] Asimismo, rechazó que la consejería de adolescentes, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, implicara una violación al derecho preferente de los padres a educar a los hijos, porque esencialmente la primera no impediría lo segundo.[4]

Por lo anterior, el conflicto constitucional quedó circunscrito a *"la inconstitucionalidad de que adolecerían ciertos métodos de anticoncepción hormonal, denominados en dicha norma como "de emergencia", y que se refieren a la llamada "píldora del día después", ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", por adolecer ambos de un efecto abortivo que resultaría contrario a los preceptos constitucionales mencionados precedentemente"*.[5]

[3] Vid. Considerando Decimoséptimo.

[4] Vid. Considerandos Decimotercero a Decimosexto. Es este un punto gravísimo que, por razones de espacio, no podemos analizar acá, mereciendo un estudio especial. La argumentación del TC alude también a un pretendido *"derecho de los adolescentes"* a la consejería, sin justificarlo.

[5] Considerando Decimoctavo.

De cualquier forma, y previo a la delimitación recién citada, el persistente y a veces acalorado debate que se suscitó a través de la prensa –las *"cartas al director"* de *"El Mercurio"*, por ejemplo–[6] sobre una cuestión en principio entregada a nuestro Tribunal Constitucional, revela de qué manera afloraron las concepciones de vida superpuestas a una controversia netamente jurídica.

La tramitación de la acción de inconstitucionalidad también dio cuenta de la confrontación de posiciones. Ello se vio claro tanto en el género de argumentaciones como en la identidad de las instituciones que las aportaron, en pro o en contra de la pretensión jurisdiccional en comento. Si por un lado la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de los Andes y la Universidad Católica de la Santísima Concepción presentaron informes que avalan, desde el punto de vista científico, la postura de los requirentes, la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile acompañó, por el contrario, otro informe en el que intenta señalar que el método anticonceptivo en cuestión *"no es abortivo, ya que no actúa sobre el huevo fecundado sino antes de que ocurra la fecundación"*. Si la Pontificia Universidad Católica presupone en su informe la posición católica tradicional en torno al problema, el documento de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile respira a veces una moral sexual antitética de signo claramente marcusiano.

Es oportuno señalar que frente a la acción de inconstitucionalidad referida, 49 diputados de signo político contrario al de sus patrocinantes, solicitaron al Tribunal Constitucional su rechazo. Entre las causales que invocaron, hay dos que hemos de citar aquí de paso, pues reflejan hasta qué punto sus promotores fueron sorprendidos por una iniciativa que sentían que vulneraba más sus convicciones políticas que el derecho nacional. Los 49 diputados expresan, en primer lugar, que "aceptar que se deba revisar lo que ya resuelto (sic) por otro poder del Estado, y además de intervenir en cuestiones técnicas cuya legalidad ha sido revisada tanto por la Contraloría General de la República como por los Tribunales (ordinarios de justicia), es vulnerar el espíritu de la reforma al Tribunal Constitucional, y a juicio de estos diputados, es transformar a este órgano del Estado en una "cuarta instancia", no teniendo facultades para ello". Como se ve, negar competencia al Tribunal Constitucional aduciendo su transformación en una "cuarta instancia" no resiste un análisis jurídico serio.

Por otra parte, argumentaron que el Estado debe abstenerse de imponer pautas valóricas que nieguen los derechos de las personas y su posibilidad de elegir libremente los medios para regular su fecundidad; como si la promoción

[6] En el curso de un mes, desde el 2 de abril hasta el 4 de mayo del presente año, el matutino publicó la impresionante cifra de 49 cartas y artículos de opinión sobre el tema.

estatal de la regulación artificial de la natalidad no fuese de suyo una "pauta valórica" "impuesta" por el Estado, desde el Gobierno de Frei Montalva, como reconocen.[7]

Asimismo, en la tramitación de la acción de inconstitucionalidad, las ONGs también se hicieron presentes. Mientras, la Red por la Vida y la Familia aportó antecedentes que apoyan la postura de los requirentes, Aprofa solicitó que se rechace la pretensión jurisdiccional. Y mientras cerca de 300 personas que se calificaron como "usuarias de métodos anticonceptivos" presentaron en autos su testimonio de reconocimiento a las política del Ministerio de Salud en cuestión, apoyadas por un conocido estudio jurídico, autoridades de la Iglesia Católica también hicieron oír su voz, secundadas por la Fundación de Estudios Evangélicos, que presentaron un informe jurídico de los profesores Alejandro Silva Bascuñan y Francisco Cumplido C.

¡El derecho a la vida! Pareciera que en una sociedad que se autodenomina "de los derechos humanos" este sería el punto de consenso primigenio. Pero no es así. El consenso aparente acerca de los derechos humanos esconde, como se ve, disensos perturbadores. Son los disensos entre quienes defienden la vida y quienes escogen opciones menos luminosas, a veces atrapados por lo que Mary Ann Glendon llama la tendencia individualista a proclamar retóricamente derechos infinitos.[8] De esa tendencia ha nacido en la sociedad chilena, desde aproximadamente unos quince años, el polo antiteísta, receloso de la tradición, pregonero de la moral liberal progresista, tan del gusto de ciertas corrientes jurídicas constituidas en auténticos consulados latinoamericanos del pensamiento político anglosajón de "avanzada".

Al calor de las controversias suscitadas por esta tendencia de raíces nihilistas inconfesadas, propia del mundo burgués de la buena vida, del consumo fatalista

[7] La contestación *in radice* de las técnicas de control artificial de la natalidad por ser contrarias al orden natural y a la Ley de Dios es doctrina de la Iglesia Católica, sistemáticamente formulada desde los tiempos de Pío XII. Es la encíclica *Humanae vitae* de Paulo VI, del 25 de julio de 1968, el documento más célebre al respecto, y también el más polémico, pues pese a los argumentos bastante razonables que incluye, se enfrentó a la corriente clerical progresista que pretendía deslavar la tradición magisterial pontificia sobre la moral conyugal, especialmente en los EEUU, Alemania y Francia. Con el tiempo, la línea magisterial de la Iglesia no cambió, pero la corriente innovadora ha tomado cuenta de gran parte de la estructura de la Iglesia, desfigurando la auténtica noción de pecado y demoliendo la ascesis cristiana, por lo que los católicos en general, sumidos en el naturalismo, ya no tienen ni convicción ni les parece que tienen fuerza para seguir la postura tradicional tan fuertemente opuesta al mundo moderno. A lo sumo, son una mayoría obligados a ser minoría.

[8] Cfr. Glendon, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, N.Y., 1991; especialmente los capítulos 2 y 7 (*"The Illusion of Absoluteness"* y *"Refining the Rethoric of Rights"*).

y del lucro interminable,[9] se viene relativizando el valor de los más sagrados derechos: el de la familia y el de la vida. En este último ámbito, se ponen en duda dos aspectos indiscutibles en su propia área metodológica: el dogma jurídico –*"La Constitución, en Chile, protege la vida del que está por nacer–* y la evidencia científica –*"los fármacos que tienen como base el levonorgestrel de 0,75 mg pueden producir efectos abortivos"*.

II. La decisión del Tribunal Constitucional

Con fecha 18 de abril de 2008, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la acción de constitucionalidad que le fue planteada. Se diría que la división de la sociedad también alcanzó a afectar el consenso dentro del cual dicho órgano acostumbra resolver las cuestiones que le son sometidas. Pues a pesar de que la sentencia fue favorable al derecho a la vida del *nasciturus*, se registraron tres votos disidentes.

A este propósito, es curioso observar que la postura más nítidamente desfavorable al *nasciturus* no proviene de alguna persona o institución externa al Tribunal, sino de uno de sus propios miembros. En efecto, en su voto disidente, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake llega a sostener que *"el nasciturus no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los mencionados derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante –si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional– recae en los derechos fundamentales de la mujer"*. Estos postulados, por cierto, no son novedosos, y más que reflejar nuestra realidad constitucional parecen inspirarse, en su núcleo implícito, en ideas parecidas a las sustentadas hace décadas por autores como Warren, Singer, Tooley o Hoerster.

Centrémonos por ahora en la resolución que nos ocupa. La extensión y la heterogeneidad de los tópicos abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional es bastante amplia. Es necesario, por tanto, que la estudiemos organizando las materias de tal modo que no perdamos su trabazón sistemática a expensas del esfuerzo sintético. Por ello, hemos entresacado los párrafos que nos han parecido más expresivos y los hemos agrupado en distintas secciones.

Desde un punto de vista lógico, la decisión del tribunal presenta una estructura bastante adecuada. Sus antecedentes de hecho y de derecho se van sucediendo

[9] Un interesante análisis de las tendencias turbadoras de la sociedad actual, en Lipovetsky, Gilles, *Le bonheur paradoxal*, Gallimard, París, 2006; edición en español con el título de *La felicidad paradójica: ensayo sobre la sociedad del hiperconsumo*, de Anagrama, Barcelona, 2007.

unos tras otros, después de haber expresado, de manera clara y distinta, lo que ellos tienen de medular. Nosotros los presentamos a continuación, esquematizados en títulos y párrafos, para facilitar su mejor comprensión:

1. Naturaleza del presente conflicto constitucional. Necesidad de un control concreto de constitucionalidad.

a) "Es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva".[10]

b) "Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad, las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental".[11]

2. Fuente jurídica que se impugna y su contenido

a) "Lo que se impugna es el Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007".[12]

"De acuerdo a lo planteado por los requirentes, esta Magistratura está llamada a verificar si el órgano administrador ha infringido valores, principios o reglas recogidos en la Constitución –y que se refieran, específicamente, a la protección de la vida del que está por nacer– a través de la dictación de un decreto supremo cuya aplicación produzca resultados contrarios a la Carta Fundamental".[13]

b) "Que, para los efectos de decidir sobre la constitucionalidad del decreto supremo impugnado (...), resulta indispensable precisar en qué consiste la denominada "anticoncepción hormonal de emergencia", a que se refiere el acápite 3.3 de la letra C de las Normas Nacionales sobre Regulación de la

[10] Considerando vigésimo primero.
[11] Considerando vigésimo primero.
[12] Considerando vigésimo segundo.
[13] Considerando cuadragésimo.

Fertilidad, integrantes del aludido decreto supremo, y que los parlamentarios requirentes objetan en estos autos".[14]

3. Naturaleza de la "anticoncepción hormonal de emergencia"

a) "Como puede apreciarse, los distintos antecedentes allegados al presente requerimiento de inconstitucionalidad coinciden en que la anticoncepción hormonal de emergencia supone la utilización de métodos que tienden a prevenir el embarazo, después de producida una relación sexual, y cuando no se han utilizado métodos anticonceptivos previos o el utilizado ha presentado alguna falla".[15]

b) Pero hay que precisar. "Un "anticonceptivo" supone *"un procedimiento que impida la concepción: la unión del ovocito con el espermio"*, en tanto que un "contraceptivo" *"comprende lo anterior como los procedimientos que tiendan a* ***impedir el desarrollo del embrión****"*.[16] Por ello, *"el término anticoncepción de emergencia es inexacto e induce a error, ya que éstos pueden actuar no sólo como anticonceptivos, sino que también* ***interfiriendo con la implantación del embrión, es decir, provocando un aborto precoz****"*.[17]

4. Efectos de la "anticoncepción hormonal de emergencia" prevista en el decreto impugnado

a) Es necesario precisar "cuáles son los efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia a la que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, de forma de aclarar si, a partir de esos efectos, se está, realmente, en presencia de "anticoncepción de emergencia" o de "contracepción de emergencia".

La diferencia reviste, a juicio de estos sentenciadores, la mayor importancia, pues si los efectos de la anticoncepción pueden llegar a afectar al "embrión", ello resultará determinante para el juicio de constitucionalidad que este Tribunal debe realizar bajo el imperativo contenido en el artículo 7° de la Constitución, en el sentido que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo y en relación con los derechos fundamentales que se aseguran a toda persona en el artículo 19 de la misma".[18]

[14] Considerando vigésimo quinto.
[15] Considerando vigésimo sexto.
[16] Cita del informe del Dr. Fernando Orrego. Considerando vigésimo séptimo.
[17] Cita del informe de la Pontificia Universidad Católica. Ídem.
[18] Considerando vigésimo noveno.

b) "Que, en relación con los mecanismos de acción de los regímenes de anticoncepción de emergencia, ya se trate del régimen de levonorgestrel *solo* o del régimen combinado (régimen de Yuzpe), los especialistas coinciden en la dificultad y complejidad de su determinación (...) *porque el efecto de los esteroides administrados depende de la fase del ciclo en que se usan y la fertilidad de la mujer varía de acuerdo a la etapa del ciclo menstrual*".[19]

c) "De lo anteriormente expresado, queda claro que para comprender los mecanismos de acción de lo que las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad denominan "regímenes de anticoncepción de emergencia" (AE), resulta fundamental atender a los ciclos menstruales femeninos que, sin necesidad de acudir a los especialistas, por tratarse de un hecho público y notorio, puede afirmarse que no son siempre regulares ni idénticos en toda mujer, lo que parece dificultar la obtención de conclusiones generales uniformes.

Constatado lo anterior, los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes de anticoncepción de emergencia dicen relación con tres efectos:

a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación".[20]

5. Los alcances de la controversia científica acerca de los hechos que fundan la cuestión constitucional

a) "Como puede apreciarse, existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convenzan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido, que merece plena protección constitucional según se verá más adelante. Lo anterior es particularmente destacable si, como ha quedado en evidencia en este proceso, los estudios realizados para demostrar –o descartar– tal efecto se han reducido a animales, resultando cuestionable –a juicio de los mismos especialistas– su práctica en seres humanos".[21]

b) "Las características que rodean al producto de la fecundación, esto es, de la unión del óvulo y del espermatozoide, también han dado origen a posiciones

[19] Considerando trigésimo primero.
[20] Considerando trigésimo segundo.
[21] Considerando trigésimo segundo.

dispares entre los científicos, lo que ha quedado asimismo en evidencia durante la tramitación del presente proceso constitucional".[22]

c) "Estos sentenciadores han podido constatar visiones del todo contrapuestas en lo que dice relación con la naturaleza del producto de la fecundación que, más tarde, habrá de implantarse en el endometrio femenino. Es así como, para algunos especialistas, la implantación se refiere sólo a una "célula" que, surgida como consecuencia de la fecundación y en la medida que se desarrolle, puede llegar a constituir un embrión, mientras que, para otros, lo que se implanta es más que una célula: es un ser humano plenamente identificable y distinguible de sus padres por su conformación cromosómica y que ha surgido, precisamente, como consecuencia de la fecundación".[23]

d) "La diferencia de posiciones entre los especialistas, que se ha hecho evidente a través de los antecedentes allegados a este proceso constitucional, ha sido asimismo constatada por otros tribunales que han debido resolver, en el ejercicio de sus propias competencias, acerca de los regímenes de anticoncepción de emergencia".[24]

e) "Así, para estos sentenciadores, como para los que se han citado, la falta de consenso entre los especialistas y, por ende, la falta de certeza acerca de una de las posibles consecuencias de la anticoncepción de emergencia, como es que impida la implantación de un ser humano con las características propias de tal, resulta evidente. Tal evidencia tiene un impacto determinante en los efectos de la presente sentencia, pues incide, ni más ni menos, que en el momento mismo del comienzo de la vida de un ser humano, que, como se explicará más adelante, el ordenamiento constitucional busca cautelar de manera preferente".[25]

6. Trascendencia de una eventual inconstitucionalidad de la política de regulación de la fertilidad del Gobierno, en el orden de los derechos fundamentales

a) "Que no escapa a la consideración de este Tribunal la trascendencia del problema vinculado a una eventual inconstitucionalidad de los regímenes de anticoncepción de emergencia en los términos explicados precedentemente, pues el propio Decreto Supremo N° 48, de 2007,del Ministerio de Salud, impugnado en estos autos, ordena que las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad deben ser cumplidas *"íntegra y obligatoriamente por los orga-*

[22] Considerando trigésimo segundo.
[23] Considerando trigésimo quinto.
[24] Considerando trigésimo sexto.
[25] Ídem.

nismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud".

A su turno, las mismas normas cuestionadas, en el párrafo referido a la orientación y consejería respecto del uso de la anticoncepción hormonal de emergencia, se refieren a la necesidad de *"informar que no existen razones para pensar que las PAE podrían dañar al feto si fallan en prevenir el embarazo".*[26]

b) "El problema que se ha venido describiendo adquiere caracteres aun más graves si se consideran (...) los antecedentes relacionados con la forma en que se informa a las usuarias de píldoras anticonceptivas (PAE) de los posibles efectos de la ingesta de dichos fármacos.

Los ejemplos consignados en relación con la manera en que se informa a las potenciales usuarias de los efectos del fármaco por los laboratorios que lo comercializan[27] dejan en evidencia que, a diferencia de la precaución consignada en las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad en Chile, las aludidas usuarias deberían tener presente que si ingieren el aludido fármaco pueden producirse, eventualmente, efectos que alteren la implantación del embrión (no del óvulo sin fecundar, que nunca se implanta) en el endometrio o, más propiamente, que impidan la implantación del "huevo fecundado".[28]

7. La controversia científica frente al principio jurídico de la duda razonable

a) Existe "una profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".[29]

---

[26] Considerando trigésimo séptimo.

[27] Vr. gr. "la información francesa del fármaco NORLEVO, desarrollado por el Laboratorio HRA-Pharma, comercializado por Laboratorios Besins-Iscovesco, en Francia, y que se distribuye en alrededor de 50 países del mundo, indica, en su envase, que se compone de levonorgestrel 0,750 microgramos, lactosa monohidratada, almidón de maíz, povidona, sílice coloidal anhidro, estreato de magnesio, y que se ingiere en dosis de un comprimido, agregando que *"este medicamento es un anticonceptivo de urgencia"*, además que *"la anticoncepción de urgencia es un método de reparación que busca evitar la ovulación o la implantación de un huevo fecundado en caso de relación sexual sin protección"*.
Es interesante también la cita que se hace de la jurisprudencia francesa sobre el punto: "Información entregada por el diario El País, de España, el 9 de abril de 2008, indica que "el Consejo de Estado francés veta 'la píldora del día después' en la escuela", aludiendo a la decisión de ese órgano de control de los actos de la Administración que ha impedido que el mencionado fármaco (norlevo) se administre en los colegios e institutos, pues *"en razón de sus efectos y de sus contraindicaciones entra dentro de la categoría de medicamentos susceptibles de suponer un peligro para la salud si son administrados sin vigilancia médica"*.

[28] Ídem.

[29] Considerando sexagésimo tercero.

b) "De los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada "píldora del día después", ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica".[30]

c) *"Existe duda cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado en ausencia de una causa suficiente que lo determine en uno u otro sentido. Se produce equivalencia en la suficiencia de motivos en favor y en contra del enunciado: hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman o niegan el aserto".*[31]

"En la especie, podría sostenerse que las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de que la "píldora del día después", en su versión de progestina pura de 0.75 mg. o en el método combinado o de Yuzpe, son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista".[32]

d) "No obstante, existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición. En efecto, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano, y por ende una persona, desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una "persona" en los términos que la Carta Fundamental lo entiende.

Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo –o de una persona– se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover.

[30] Considerando trigésimo noveno.
[31] Cita del informe *"La duda razonable en la prohibición del Levonorgestrel 0,75 mg. Análisis lógico y jurídico"*, del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada de la Universidad Católica de Chile.
[32] Considerando sexagésimo cuarto.

De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional, mientras que la otra no. Por lo tanto, la duda –que es razonable–, puesto que no se puede cuestionar por este juzgador el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica, involucra –ni más ni menos– una eventual vulneración de la Carta Fundamental".[33]

8. Significado dogmático del enunciado del art. 19 de la Constitución Política y su proyección al *nasciturus*

a) "Cuando la Carta Fundamental "asegura" determinados derechos a las "personas", sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos, sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el "respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

Al mismo tiempo, el mandato imperativo de "asegurar" tales derechos, que se contiene en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa: a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier trasgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio".[34]

b) "En esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales –que se aseguran a todas las personas– poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las Cartas Fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión "subjetiva", mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión "objetiva".

[33] Ídem.
[34] Considerando cuadragésimo séptimo.

De allí que todo conflicto constitucional que, como el de la especie, tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tiene una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho".[35]

9. ¿El *nasciturus* es persona?

a) "Es menester hacerse cargo, en ligamen con el requerimiento de autos, de si el ser concebido, aunque no nacido, puede ser ubicado dentro de la categoría de "personas" a que aluden diversos preceptos de la Carta Fundamental, como los artículos 1°, incisos primero, cuarto y quinto; 6°, inciso segundo, 7°, inciso segundo; y 19 de la misma. Tal razonamiento resulta indispensable para determinar si pueden serle atribuidos los derechos asegurados por el artículo 19 de la Constitución y, en particular, aquel invocado por los requirentes como transgredido por la norma reglamentaria que se impugna".[36]

b) "Que, sobre el particular, la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción".[37]

c) "La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión "hombres" por "personas" y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: *"El* nasciturus, *desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida"*.[38]

d) "La Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.

De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin

[35] Ídem.
[36] Considerando cuadragésimo octavo.
[37] Considerando cuadragésimo noveno.
[38] Considerando quincuagésimo segundo.

que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución".[39]

e) "Que la jurisprudencia de otros tribunales del continente se ha expresado en términos similares a los que se han venido explicando".[40]

f) "Que la interpretación que han dado los iuspublicistas al encabezado del artículo 19 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las "personas", entre otros, el derecho a la vida, tiene una evidente coincidencia con los antecedentes de orden biológico que se han presentado en estos autos.

En efecto, si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona".[41]

g) "De esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción".[42]

10. Naturaleza del derecho a la vida

a) "El derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales".[43]

b) "El derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos,

[39] Considerando quincuagésimo tercero.
[40] Considerando quincuagésimo primero.
[41] Considerando quincuagésimo.
[42] Considerando quincuagésimo cuarto.
[43] Considerando quincuagésimo quinto.

asegura a toda persona –incluyendo al *nasciturus*– el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, *"es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto"*.[44]

c) "El Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente".[45]

11. Contenido dogmático y aplicación del art. 19 Inciso 2°: "La ley protege la vida del que está por nacer"

a) "Junto con asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, nuestra Carta Fundamental ordenó: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*.[46]

b) "La intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer, en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento.

Sin embargo, el legislador –interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución– ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular. Así se desprende de diversas disposiciones: del Código Civil, del Código Orgánico de Tribunales, del Código Sanitario, de la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, modificada por Leyes N°s 19.741 y 20.152, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 824, de 1974. Asimismo, "el artículo 1° de la Ley N° 20.120, sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana, señala, en forma aun más concordante con la preceptiva constitucional, que: *"Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos,* desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como

[44] Considerando quincuagésimo sexto.
[45] Ídem.
[46] Considerando quincuagésimo séptimo.

su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas".[47]

c) "La jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha pronunciado en torno a la protección de la "persona" que está por nacer, en cuanto sujeto de derecho, en forma congruente con la preceptiva constitucional".[48]

d) "A su vez, la jurisprudencia administrativa ha seguido asimismo la línea de entender que la protección que el legislador debe brindar a la vida del que está por nacer le otorga a éste ciertos derechos propios de un titular de los mismos".[49]

12. El *nasciturus* tiene, en sentido propio, derecho fundamental a la vida garantizado por nuestra Constitución

a) "Sentado que el mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer –y no sólo proteger su vida en cuanto bien jurídico–, debe recordarse el deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental".[50]

13. Extensión del principio de la "duda razonable" en el ámbito constitucional y su aplicación al caso sub-lite

a) "A pesar del valor que se asigna a las certezas en el mundo contemporáneo y, en particular, en el ámbito de las normas jurídicas, existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alegaciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional. Se configura, así, una duda razonable que el juez debe enfrentar en función de los imperativos descritos en el considerando sexagésimo tercero".[51]

[47] Considerando quincuagésimo octavo.
[48] Considerando quincuagésimo noveno.
[49] Ídem.
[50] Considerando sexagésimo.
[51] Considerando sexagésimo quinto.

b) "Para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio *"pro homine"* o *"favor libertatis"* definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: *"Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...)* ***debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"*** (Opinión Consultiva 5, 1985)".[52]

c) "La duda razonable suscitada en estos sentenciadores acerca de si la distribución obligatoria de la "píldora del día después" en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 N° 1 de la Constitución. La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de "la persona" a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho".[53]

d) "Razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza. Asimismo, llevaría a desconocer que las políticas que la autoridad va desarrollando en pro de la consecución del bien común de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tienen, como necesario límite, el respeto a los derechos que la Constitución asegura, tal y como ordena el inciso cuarto del artículo 1° de la misma.

Del mismo modo, un razonamiento diferente al que se ha realizado en esta sentencia importaría afectar sustancialmente el principio del Estado de Derecho según el cual *"los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"*, tal y como ordena el inciso primero del artículo 6° de la Ley Suprema".[54]

[52] Considerando sexagésimo sexto.
[53] Considerando sexagésimo séptimo.
[54] Considerando sexagésimo octavo.

14. El TC declara que el decreto impugnado contiene normas que efectivamente pueden llevar a afectar el derecho a la vida del que está por nacer

a) De todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio *"favor persona"* o *"pro homine"* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al "servicio de la persona humana" y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud.

b) En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia". Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia". Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, *"determinado que un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado"* (sentencia de 28 de julio de 1998, Rol N° 276).[55]

15. Efectos de la declaración constitucional precedente

"La referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto *erga omnes* que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: *"En el caso del N° 16°, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo"*.

[55] Considerando sexagésimo noveno.

"Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental".[56]

16. Resolución del Tribunal

Es interesante insertar aquí, en la íntegra, la resolución del Tribunal: *"Se resuelve:*

1. Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", así como la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.

2. Que, en consecuencia, se desestima el requerimiento, en cuanto impugnó la Sección C, acápite 4, "Anticoncepción No Hormonal", punto 4.1.1. "Dispositivos Intrauterinos", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que integran el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

3. Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres, contenida en la Sección D., bajo el título "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, "anticoncepción en adolescentes", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, contenidas en el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, sin perjuicio de lo resuelto en el N° 1".

III. La Decisión del Tribunal Constitucional, el sentido común y el respeto a la Ley Natural

Voltaire decía que el sentido común era el menos común de los sentidos. Probablemente porque él mismo era un hombre de poco sentido común. Se hizo célebre por sus apologías de la tolerancia y la libertad de expresión –¿cuestión de retórica?– mientras repartía injurias a quienes no pensaban como él. De cualquier forma, es eso que llamamos "sentido común" lo que permite no disociar la retórica de los derechos de la realidad de los deberes.

[56] Considerando septuagésimo.

Entre los múltiples aspectos destacables de la sentencia que acabamos de analizar figuran, como se ha podido ver, la precisión conceptual y la relación argumental que sirven de base a la declaración –¡tan de sentido común!– de que el *nasciturus* tiene derecho a la vida.

En el esquema argumental de la sentencia pueden reconocerse algunas nociones equivalentes a lo que la filosofía clásica denominaba "Ley natural", término viejo de una realidad perennemente estudiada, hoy especialmente por la escuela anglosajona del derecho natural, en su reacción polémica contra la prédica liberal e individualista de los derechos fundamentales.[57]

Al respecto, la sentencia en comento afirma que (i) el titular de los derechos fundamentales –en el caso sub lite, del derecho a la vida– son las personas, en un sentido sustantivo; (ii) que la Constitución "asegura" los derechos, no los establece; por lo que éstos vienen a ser un dato previo que se ha de respetar y promover; (iii) que la vida es una realidad independiente del "decisionismo" jurídico, por lo que su protección constitucional se despliega en todas sus etapas de desarrollo.

En otros términos, la decisión del Tribunal Constitucional *hizo justicia*, por cuanto aplicó rectamente los principios y las normas garantísticas de la Constitución, dando primacía a la persona y al bien común, como criterios de razonabilidad práctica. Este modelo argumental permite, sin duda, otorgar una base sólida a los derechos fundamentales, singularmente al derecho a la vida de los más débiles.

IV. Análisis lógico-formal de los modelos argumentativos de la disidencia al Tribunal Constitucional

El estudio de la sentencia que nos ocupa no estaría completo si no se le contrasta con los argumentos de quienes discordaron, sea de la pretensión de los requirentes, sea de la resolución que la acogió.

A este propósito, realizaremos un análisis lógico-formal de dos discursos argumentativos que tienen en común el apoyo a la distribución de la *píldora del*

[57] Como autores representativos de esta corriente podemos citar, entre otros, a Germain Grisez, John Finnis, Robert George, Joseph Boyle, William May y Patrick Lee. Con diferencia de matices se destacan también Ralph McInerny, Lloyd Weinreb y Henry Veatch. En el mundo germano sobresale Martin Rhonheimer. Para una visión general sobre las ideas matrices de esta orientación, vid. Finnis, John, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998; id., *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, 1980; George, Robert P., *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press, 1999; id., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992 y Rhonheimer, Martin, *Natural Law and Practical Reason: a Thomist View of Moral Autonomy*, Fordham University Press, N. Y., 2000.

día después. Se trata, en primer lugar, de la postura presentada por la señora Presidenta de la República en sus observaciones al requerimiento, y, en segundo lugar, de los razonamientos que sirvieron de base a los votos disidentes de los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández. El análisis no será exhaustivo, sino referido al fondo de la cuestión, cual es si el fármaco Levonorgestrel vulnera o no el derecho a la vida del *nasciturus*, en los distintos aspectos formulados en cada posición analizada.

En cada uno de los análisis se presentará un comentario que describe y evalúa brevemente el desglose argumentativo de los diferentes discursos y además el esquema argumentativo que los refleja gráficamente. Veremos el punto de vista (PV) y las razones (R) y subrazones que le sirven de apoyo. Ellos a su vez comprenden su propio esquema de justificación que será ampliado en las páginas subsiguientes, para mantenernos en completa fidelidad al pensamiento formulado en cada ocasión.

1. Evaluación y análisis del esquema argumental formulado por la Señora Presidenta de la República

a) Evaluación

La argumentación presentada por la señora Presidenta de la República (Esquema N° 1), consta de un punto de vista central: *"La píldora del día después no vulnera el derecho a la vida"*. Ello se apoya en siete razones diferentes, resumidas en dos grandes grupos: las evidencias científicas y las jurídicas. Las evidencias científicas se estructuran de manera coordinada: *"El fármaco no tiene efectos posteriores a la implantación del embrión"*, *"No se sabe si el fármaco tiene efecto antiimplantatorio"*, y *"Hasta ahora la Ciencia sólo tiene certezas de un embarazo al momento de la implantación, no antes"*. Las evidencias jurídicas se concentran en la *jurisprudencia española, en la invocación de dos tratados internacionales, y en un análisis, por un lado, interpretativo del artículo 19 N° 1 incisos 1° y 2°, y por otro, una corta revisión histórica de la discusión del mismo artículo.*

El punto de vista formulado lo que hace es afirmar la siguiente realidad: *"La píldora del día después no vulnera el derecho a la vida"*. Llama la atención el hecho inmediatamente posterior, cual es el de apoyar esta aserción basándose en otra conclusión que actuaría como razón principal dentro de la argumentación, y que se expresaría en la duda o la incerteza que desde la perspectiva científica y jurídica existe sobre los efectos del fármaco cuestionado. Es debido a esa incerteza, que se deja al legislador la decisión de concretar desde cuándo se debe proteger la vida del que está por nacer.

Respecto de esto, hemos de notar que una argumentación de este tipo vulnera el modo lógico de proceder ante la realidad: todos convenimos en que si no tenemos certeza de los efectos de nuestra acción, entonces no nos es dable actuar, sino abstenernos de ello. Las sentencias *"in dubio, pro vita"*, o aquella más coloquial *"ante la duda abstente"*, reflejan de modo efectivo tal situación.

Por su parte, analizando la primera razón (R.1) vemos que sorpresivamente contiene una categórica certeza: *no sería jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación*. Pero se apoya en una razón de incertidumbre (R1.1.1.): los estudios científicos no se han abocado a la investigación de los efectos post-implantatorios. Si la ciencia no se ha abocado mayormente a esta investigación, ¿cómo puede afirmarse entonces este efecto?

La segunda razón (R.2) se acerca más al centro del debate. En ella se alude a la incerteza que existe a nivel científico acerca del efecto antiimplantatorio del Levonorgestrel. Pero no se presentan como respaldo los estudios científicos en que se basan estas afirmaciones. Parece del todo incompleta esta argumentación, más aún si no puede hacerse una reflexión acabada de los mismos que permita vislumbrar las condiciones en las que estos estudios fueron hechos y cuya contextualización admitiría delimitar su rango de acción.

La tercera y cuarta razón (R.3 y R.4) se coordinan más estrechamente. Se fundan en una definición de embarazo, que se fija en el momento de la implantación del embrión en el útero materno. Esta definición es entregada por la OMS, pero es apoyada en la incertidumbre que presentan las actuales técnicas científicas para comprobar la presencia del embrión antes de ese estadio. Que no se pueda detectar esa presencia actualmente no significa que ella no exista. La descripción de la embriología en este punto nos entrega detalles completos, no sólo del momento de la concepción, sino de la travesía del embrión desde las trompas de falopio hasta su implantación en el útero materno. Para que se implante el embrión, primero debe existir ese embrión. La implantación no es sinónimo de comienzo de existencia.

A este respecto, en la cuarta razón (subrazón R.4.1.1.2 y siguientes), se presenta al embrión preimplantado como un ser de individualidad cuestionable. Se mencionan estudios científicos que avalarían esta característica, pero no se citan expresamente. Luego, se afirma que esta característica de la individualidad es un elemento esencial para su protección Se habla de la individualidad, pero no se dice que ese embrión, siendo individual, está potencialmente capacitado para que parte de sus células den origen a órganos anexos a él, que le sirvan en su desarrollo y crecimiento. Esa totipotencialidad no altera en nada su actual individualidad. No sería prudente tomar una decisión de eliminación total

del individuo porque algunas partes de su cuerpo potencialmente generarán órganos coadyuvantes a su desarrollo.

Los argumentos siguientes se centran en el tema jurídico. En la razón R.5 se descartan interpretaciones provida de los distintos tratados internacionales. Respecto del Pacto de San José de Costa Rica, se alude a una sentencia americana; respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, se alude al silencio en que se deja el inicio de la vida y por tanto, su protección. Nuevamente, el argumento es basado en una supuesta incertidumbre, en este caso, de los tratados internacionales.

Lo mismo ocurre al citar nuestra Constitución (R.6 y R.7). Se concluye que la Carta Fundamental ha dejado al legislador la configuración legal de la protección del derecho a la vida. En las razones R.6 y subrazones R.6.1 y R.6.2 se evoca la discusión que se llevó a cabo en la génesis de tales disposiciones constitucionales. Una parte es representada por el comisionado Jaime Guzmán, quien afirma que la norma protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin importar las eventualidades que surjan de este hecho; y la otra, por el Sr. Enrique Oyarzún, quien toma una postura menos concreta dejando la decisión de la protección del derecho a la vida al legislador. Para esta última afirmación, se proporcionan razones fundadas en la interpretación de los incisos 1° y 2° del Art. 19: consagrarían diferenciadamente estos derechos, dejando al legislador la posibilidad de no considerar delito el "aborto terapéutico" y se aceptaría implícitamente la configuración legal de la protección del derecho a la vida. Para arribar a tal conclusión se citan como ejemplos la legítima defensa y la pena de muerte, donde se ha permitido al legislador suspender esa protección. Y se concluye que, por consecuencia, se debiera dejar esa misma flexibilidad para el inciso segundo, respecto de la protección del no nacido. Es interesante hacer notar que la analogía en que se basa esta conclusión no es del todo acertada, pues faltan los elementos esenciales que constituyen y facultan la configuración legal del derecho a la vida. Además, respecto del aborto terapéutico, no se menciona la definición más acabada que hay sobre este punto y que restringe efectivamente el uso de esta terminología a casos muy específicos y claramente determinados.

b) Análisis del esquema argumental formulado por la señora Presidenta de la República (Esquema 1)

PV: LA PDD no vulnera el Derecho a la vida						
R: La discusión sobre los efectos que produce el Levonorgestrel "no se encuentra absolutamente zanjada o discernida", ni desde la perspectiva científica ni desde el punto de vista jurídico.						
R1: No sería jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación.	R2: A nivel científico, aún existe la duda de si la "píldora del día después" afecta o no la implantación del embrión.	R3: No puede hablarse de aborto si no hay certezas de un embarazo.	R4: La definición de una protección del embrión más allá del límite de la implantación sería una cuestión que se ha dejado al legislador.	R5: A nivel jurídico, la doctrina penal más autorizada, entre la que destaca la mayoría de la doctrina española, sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de aborto sólo existiría desde la anidación del óvulo fecundado, porque antes no se podría saber si hay embarazo o no.	R6: Son equivocadas las interpretaciones de los diversos tratados internacionales.	R7: Nuestra Constitución deja al legislador decidir desde cuándo se protege la vida del que está por nacer
R1.1: Los estudios científicos que han examinado los mecanismos de acción de la contracepción de emergencia se han concentrado en su acción sobre la ovulación, sobre la fertilización y sobre la implantación,	R2.1: Porque una serie de investigaciones han encontrado efectos sobre la estructura y/o función del endometrio, y otros, en cambio, no los han hallado.	R3.1: A nivel científico, no existen aún técnicas que permitan comprobar la existencia de un embarazo antes de la implantación. R.3.1.1 R.3.1.2 R.3.1.3 (Ver en la siguiente página)	R4.1: A nivel científico, un parámetro útil para definir desde cuándo se asegura la protección constitucional del que está por nacer, es el momento de la implantación. R.4.1.1: La técnica actual, sólo permite corroborar la existencia de un ser en	R5.1 R5.2 (Ver en la siguiente página)	R6.1 R6.2 (Ver en la siguiente página)	R7.1: Nuestra Constitución no afirma ni descarta que la vida comienza desde la concepción R7.1.1 R7.1.2 (Ver en la siguiente página)

mas no sobre su acción después de la implantación.			gestación a partir de su implantación. R4.1.1.1: Lo afirman estudios científicos R4.1.1.2: R: La individualidad es un elemento esencial para protegerlo. R4.1.1.2.1: el embrión antes de la anidación tiene una alta probabilidad de sufrir alteraciones que pueden hacer imposible la expresión de su individualidad R: lo sostienen algunos antecedentes científicos			

(viene de R.3)			(viene de R.5)	
R3.1.1: Dr. Fernando Zegers: "con el conocimiento científico y tecnológico actual, no existe manera de reconocer marcadores químicos en la sangre de la mujer que identifiquen la presencia del embrión mientras éste viaja por la trompa de Falopio o navega en el fluido uterino".	R3.1.2: Dr Enrique Oyarzún:"no existe hasta hoy un método que permita diagnosticar un embarazo antes de la implantación".	R3.1.3: La definición de embarazo de la OMS sería reflejo de la mencionada realidad, pues aquél se entiende como el período comprendido entre la anidación del embrión en el útero y el parto.	R5.1: Autores como Politof, Matus y Ramírez sostienen que la tutela penal "no comienza todavía con la fecundación [...]" y que el "sujeto pasivo del delito [de aborto] es el embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero".	R5.2: El profesor Mario Garrido Montt, ha manifestado que "la doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado...".

(viene de R.6)	(viene de R.7)	
R6.1: La Convención Americana de Derechos Humanos no otorga una protección absoluta a la vida desde la concepción. R6.1.1: Lo señala la Comisión Interamericana, refiriéndose al artículo 4.1 del Tratado, en su Resolución N° 23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, de 6 de marzo de 1981. R6.2: La Convención sobre los Derechos del Niño no resuelve el problema de cuándo comienza a otorgar su protección al derecho a la vida. R6.2.1: R:"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". R: Art. 1°. R: En su criterio, tiene por objetivo definir "hasta cuándo" y no "desde cuándo" se reconocen derechos a sujetos en cuanto niños.	R7.1: En su artículo 19, N° 1°, de la Ley Fundamental otorga una protección diferenciada en el inciso primero y en el inciso segundo. R7.1.1: El inciso primero reconoce un derecho subjetivo a la vida a las personas nacidas y R: El inciso segundo establece como deber del legislador el de protección de la vida del que está por nacer. R7.1.2: Si se entendiera que el inciso primero otorga una protección idéntica a nacidos y no nacidos, esto llevaría a considerar que el inciso segundo del aludido precepto constitucional sería irrelevante. R7.1.3: R: (G) "En el primer caso, se trata de consagrar en forma	R7.2: En la Historia de la Formación de la Ley tampoco hay certeza R.7.2.1: Para el comisionado Jaime Guzmán esta norma condenaba el aborto. R7.2.1.1: En la discusión del art 19 N° 1. R7.2.1.2: Sólo acogida por Alejandro Silva Bascuñán. R.7.2.2: Para Enrique Ortúzar, se ha querido diferenciar entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer.

	(viene de R.7)	
	absoluta el derecho a la vida y, en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto". R7.4: R: La Constitución acepta, aunque no expresamente, la configuración legal de las formas de protección del derecho a la vida consagrado en el inciso primero del artículo 19 N° 1°. R7.4.1: R: Es el caso del derecho penal, la legítima defensa, en que se exceptúa la protección absoluta de la vida de un ser humano nacido R7.4.2: En cambio, el inciso segundo del mismo precepto constitucional convoca expresamente la regulación legal. R7.4.3: Si se acepta la configuración legal del derecho a la vida respecto del inciso primero, con mayor razón debe aceptarse respecto de este último.	

2. Evaluación y análisis del esquema argumental presentado por los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes

a) Evaluación

Los argumentos presentados se resumen, como se observa en el Esquema N° 2, en un punto de vista central (PV1), que rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad del decreto impugnado. La argumentación se basa en un esquema argumentativo del tipo *"Si... entonces": "Si las pruebas presentadas por los requirientes son convincentes, entonces se debe aceptar el requerimiento de nulidad del Decreto"*. De este modo, el autor fácilmente al negar el antecedente niega también el consecuente que constituye su conclusión.

El análisis sólo ha considerado aquel núcleo argumentativo referido a la suficiencia de la prueba dada como evidencia al tribunal por los requirentes, para atestiguar mediante una duda razonable que el efecto del fármaco Levonorgestrel puede provocar la eliminación del embrión no anidado.

La reflexión se centra en el punto más cuestionable de la argumentación principal (R2.1 en adelante), a saber, en las razones dadas respeto de la insuficiencia de la prueba. La duda razonable, según la presente argumentación, no estaría suficientemente acreditada porque los requirentes han presentado *"un conjunto de opiniones"*, aludiendo con esto a la leyenda inscrita en el envase del fármaco cuestionado. Esta leyenda afirma que aquél puede tener efectos abortivos.

Llama la atención que se descarte rotundamente una evidencia afirmada por los propios fabricantes del fármaco y autorizada por el mismo Gobierno. Debe hacerse notar también cómo se tilda de opinión a lo que en realidad es un hecho. Ese tal no lo inventan los requirentes, sino que es proporcionado por los propios farmacéuticos, dando cuenta de una realidad. Es un dato de la causa: el propio fabricante del producto advierte sobre sus efectos. Sin embargo, cuando se lee que la evidencia presentada es un *"conjunto de opiniones"*, pareciera que son los requirentes quienes han inventado la leyenda que circula con el fármaco. No puede tildarse de opinión, ni tampoco de sugerencia, a lo que es realmente una advertencia del propio fabricante, autorizada por el Gobierno, de su posible efecto abortivo. Por tanto, la advertencia es real y constituye una duda razonable.

Podríamos pensar en un sinnúmero de casos en los que la leyenda afirma una realidad probable, constatada en el tiempo por las estadísticas. Todos los medicamentos tienen contraindicaciones y posibles efectos en determinados casos. Para quien esté afectado de alguna enfermedad crónica, tendrá buen cuidado de no ingerir medicamentos que *"puedan"* probablemente interactuar con sus

medicamentos habituales; para quienes beben, el aviso de *"no conducir"* no es una mera opinión, sino advertencia de un riesgo basada en las estadísticas de accidentes producidos e incrementados por quienes hacen caso omiso de ella. Es más, si un funcionario de la ley lo detiene, el conductor no podrá objetar que este llamamiento implica una mera probabilidad sin importancia.

No podemos suponer que la industria farmacéutica pueda considerar este efecto si no fuera una posibilidad real. Lo que sí es una opinión es formular que no hay efectos nocivos, no obstante la leyenda del fármaco que dice lo contrario. Es esta afirmación la que tendría el status de opinión, pues pretendiendo ser una inducción, es una inducción incompleta.

Lo interesante del esquema argumental en comento radica en el intento inteligente, serio y detenido de hacerse cargo del principio de duda razonable que invoca la sentencia. El defecto parecer ser que las premisas caminan más aprisa que las conclusiones. De hecho, en cualquier caso, la duda razonable es un concepto análogo, no unívoco, y la misma jurisprudencia norteamericana –citada con tanta fluidez en este voto disidente– le da graduaciones diversas de acuerdo a las materias sobre las que se proyecta. Del *"beyond a reasonable doubt"* del derecho penal habremos de llegar sin problemas a la *"preponderance evidence"* del derecho civil.[58]

[58] Vid., vr. gr., Dennis, I.H., *The law of evidence, Sweet & Maxwell*, London, 2ª ed., 2002, pp. 392 y ss; Cooper, S., Murphy, P. y Beaumont, J., *Case and materials on evidence*, 2ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1994, pp. 58 y ss; Bojczuk, W., *Evidence textbook*, 5ª ed., HLT Publications, London, 1993, pp. 72 y ss; y Murphy, P., *A practical approach to evidence*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1992, pp. 104 y ss.

b) Análisis del esquema argumental presentado por los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes (Esquema Nº 2)

<table>
<tr><td colspan="3">PV: No se debe acoger el requerimiento de invalidar el Decreto Supremo</td></tr>
<tr><td>R1: Acoger el requerimiento requiere de la convicción, por parte del tribunal, del efecto mortífero de la píldora y del Yuzpe.</td><td colspan="2">R2: No se verifica la convicción del efecto mortífero de la Pdd y del Yuzpe.</td></tr>
<tr><td>R1.1: Ni éste ni ningún Tribunal Constitucional en el mundo debiera invalidar una norma sin estar convencido primero de la inconstitucionalidad que se alega y sin dar argumentos suficientes para demostrarla o su duda razonable.</td><td colspan="2">R2.1: Basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda.</td></tr>
<tr><td rowspan="3">R1.1.1: Por la necesidad de buen funcionamiento de la democracia y del gobierno y no tanto por efecto de una presunción.
R1.1.1.1: Ha de partirse del supuesto de la validez de sus actos constitucionalidad de la norma.
R1.1.1.1.1: Los órganos establecidos por la Constitución tienen una determinada legitimidad y un ámbito de competencia.
R1.2: La convicción implica que quien impugne un decreto debe acreditar su error o invalidez.
R1.2.1: Para ello debe, mediante pruebas, a lo menos sembrar un cierto grado de duda acerca de los supuestos que llevaron al órgano técnico a sus conclusiones científicas de no ser el fármaco mortal o lesivo para la salud.</td><td>R2.1.1: Tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida.</td><td>R2.1.2: Duda razonable es aquella que supera una mera conjetura y se apoya en evidencia que la sustenta, aunque no alcance el nivel de certeza absoluta.</td></tr>
<tr><td>R2.1.1.1: La prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido.</td><td>R2.1.2.1: No basta afirmar tal efecto dañino. Es necesario acompañar prueba de la plausibilidad de lo que afirma.</td></tr>
<tr><td>R2.1.1.1.1: Tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles.</td><td>R2.1.1.1:
(Ver en la siguiente página).</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td colspan="2">Viene de R.2.1.1</td></tr>
<tr><td colspan="2">R2.1.2.1.1: Las evidencias que se han entregado para generar una duda razonable no son suficientes.</td></tr>
<tr><td colspan="2">R2.1.2.1.1.1: Se han entregado sólo opiniones.
R2.1.2.1.1.1.1: Las leyendas que circulan con el fármaco.
R2.1.2.1.1.1.1.1: Ellas sugieren que es posible que el fármaco tenga efectos contrarios a la vida del embrión.
R2.1.2.1.1.1.1.1.1: No es evidencia de que ello sea efectivamente así, ni que sobre ello exista una duda razonable.</td></tr>
<tr><td>R2.1.2.1.1.1.1.1.1.1: Dan cuenta de no poder descartarse un efecto posible.</td><td>R2.1.2.1.1.1.1.1.1.2: Sugerencia o posibilidad no es lo mismo que afirmar que ello ocurra o sustentar una duda razonable, ni constituye evidencia de ello.

R: Probablemente quieren evitar responsabilidad por un riesgo posible acerca del cual el usuario queda advertido.

R: Este efecto no se afirma, ni menos se sustenta como probable mientras que afirmarlo no acarrea riesgo alguno sobre quienes lo formulan, al considerar ellos que el efecto posible que advierten no está prohibido a nivel internacional.</td></tr>
</table>

Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria

Rodrigo Delaveau Swett
Abogado, Magíster en Derecho Público y Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile
Master of Law de la Universidad de Chicago
Investigador del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo

1. Introducción

Uno de los focos centrales de las críticas dirigidas al Tribunal Constitucional luego del fallo de la denominada "píldora del día después" constituye el supuesto de que el Tribunal actuó de manera "paternalista" o bien "decidiendo por los ciudadanos". Junto con lo anterior, en un segundo orden de cuestionamientos, se señalaba que si las leyes representan la voluntad de la mayoría electa, por qué un grupo de jueces no electos ha de tener el poder de derribarlas. Es lo que se conoce como la dificultad contramayoritaria del tribunal encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes.

En resumidas cuentas, los efectos del fallo del Tribunal Constitucional nos abren las puertas para un debate más profundo. Tal como señala notablemente Epstein,[1] la clave se encuentra en encontrar, dentro de una sociedad libre, la reconciliación entre la libertad individual y el bien común.

2. El paternalismo estatal

Cabe aquí preguntarnos qué es lo que debemos entender por paternalismo y qué grado de coacción de libertades y derechos se ve comprometido por esta visión.[2] Debemos aceptar, con relativa calma, que toda forma de gobierno

[1] Epstein, Richard. *Principles for a Free Societey. Reconciling Individual Liberty with the Common Good.* Basic Books (1998) p. 3.

[2] Un sector importante de la legislación de las modernas democracias constitucionales parece estar orientado a proteger a los ciudadanos de sí mismos. Esta finalidad fue calificada por H. L. A. Hart como "paternalismo jurídico", una política, en su opinión, "perfectamente coherente", dado el abandono de los ideales de "*laissez faire*" por parte del liberalismo político. Sin embargo, la compatibilidad entre liberalismo y paternalismo es cuestionada recurrentemente. Pensemos en las leyes que hacen obligatorio el cinturón de seguridad en los coches o el casco en las motocicletas, en las prohibiciones del consumo o tráfico de drogas orientadas a evitar daños a los propios consumidores, en las normas que restringen el consumo de tabaco para evitar daños a los fumadores, en la prohibición de la práctica de la eutanasia en razón de que no es esa la mejor manera de proteger los intereses de los enfermos

envuelve cierto grado de paternalismo, incluso para el más libertario, siendo su paradigma el gobierno limitado, mas no la anarquía. Los opositores al paternalismo, como John Stuart Mill, señalan que la libertad está sobre la seguridad en términos de las acciones que sólo afectan a uno mismo.[3] Los defensores de las políticas paternalistas afirman que un sistema moral general anula las libertades personales en algunas circunstancias, tales como las religiosas, las éticas, las filosóficas o las doctrinarias. Votos a favor, se podría decir que cada Estado es "paternalista" en cierto grado. Incluso la creación del Estado y la protección misma de los derechos de propiedad individual puede interpretarse como "paternalista". La descripción del origen del Estado de Aristóteles la ven como una extensión de la familia, en contraposición a las explicaciones de contrato social de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau y John Rawls.[4] De otro modo, resulta impracticable el ejercicio del poder, desde que la democracia moderna consiste –precisamente– en que unos pocos tomen decisiones por nosotros a diario y en una infinidad de materias. Surge entonces nuevamente la cuestión de qué órganos del Estado deben tomar las decisiones y sobre qué materias les es lícito tomar dichas decisiones.

Para el Derecho Público, el Estado paternalista es aquel que limita la libertad individual de sus ciudadanos en base a unos valores axiológicos que fundamentan la imposición estatal. Así, se justificaría la invasión de la esfera correspondiente a la autonomía individual por parte de la norma jurídica, basándose en la incapacidad o idoneidad de los ciudadanos para tomar determinadas decisiones que el Estado considera correctas.

En términos generales, siempre se ha hablado del "paternalismo estatal". Esta categoría unívoca aparece a toda luz insuficiente, toda vez que el Estado encierra –al menos– tres funciones, las que, cada una de ellas, tienen maneras muy distintas de ejercer sus actos. De este modo podemos distinguir el paternalismo administrativo, el paternalismo legislativo, y el paternalismo judicial.

terminales, en las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores por su propio bien, en la imposición de un límite en la jornada de trabajo o un salario mínimo por el bien de los trabajadores, etc. En *El Paternalismo Jurídico* de Alemany, se tratan sistemáticamente los problemas conceptuales y de justificación que plantea el paternalismo jurídico. El lector encontrará allí un estudio detallado de los autores más relevantes sobre el tema y una propuesta teórica sobre el paternalismo jurídico dirigida a mostrar en qué casos está justificado y en qué casos no. Alemany, Macario, *El Paternalismo Jurídico*. Editorial Iustel (2006) p. 376, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 16 y ss.

[3] Mill, John Stuart. *Sobre la Libertad*. Ciencia Política Alianza Editorial (1997), pp. 78-79.

[4] Los libertarios o liberales clásicos se consideran en general como los opositores del paternalismo. Pocos teóricos políticos, incluso libertarios, han rechazado totalmente el paternalismo. Robert Nozick, que es generalmente visto como un padre fundador del moderno libertarismo, todavía habló de casos excepcionales de conducta inmoral en que la sociedad debe intervenir. John Stuart Mill dice que el comportamiento ofensivo de algunos que podría tener lugar en privado debe prohibirse en público (por ejemplo, actos sexuales).

En este sentido, la ausencia de cierto tutelaje por parte de quien ejerce la autoridad es prácticamente inevitable en la vida moderna. Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse nunca de vista la idea de gobierno limitado. La inercia expansiva propia del Estado debe ser permanente y consistentemente refrenada, con el objeto que no invada la esfera de acción de los individuos y las sociedades intermedias, por un lado, y entre ellas mismas, por otro.

Este es, quizás, el límite del paternalismo estatal: los límites de la libertad negativa, definida así por el liberalismo clásico. En otras palabras, ¿hasta dónde deben llegar las funciones propias del Estado para no convertirse en "paternalista"? ¿Qué rol deben jugar los diferentes poderes del Estado en esta misión? Tal vez en este último punto toma importancia la separación de funciones y la teoría de pesos y contrapesos, toda vez que el Estado limitado no solo debe contemplar límites exteriores, sino que también debe el Estado limitarse a sí mismo dividiendo sus funciones. Un Estado, cuya separación es vigorosa, real y eficiente, es –efectivamente– un Estado menos paternalista desde que su poder se encuentra desconcentrado y resulta menos capaz de invadir la esfera individual de las personas.

En el campo de la doctrina, uno de los autores que más han estudiado el fenómeno del paternalismo estatal es Cass Sunstein.[5] Este autor es uno de los más citados –sino el más citado– en la judicatura norteamericana. Sunstein (junto con Richard Thaler) ha elaborado la teoría del "Paternalismo Libertario". Fundamentando esta propuesta, apela a pensadores/académicos/políticos en orden a asimilar los descubrimientos de la teoría del comportamiento económico aplicado al Derecho (*Behavioral Law & Economics*), conservando la libertad de elección así como conduciendo las decisiones de las personas en direcciones que puedan hacer sus vidas mejor. En palabras del propio Sunstein, "la gente toma a veces malas decisiones y luego de un tiempo las miran con perplejidad". Thaler y Susntein han señalado que "Hacemos esto ya que, como seres humanos, somos susceptibles de una amplia gama de rutinas, sesgos que pueden llevar a una igualmente amplia gama de errores embarazosos en la educación, finanzas personales, la atención de la salud, hipotecas y tarjetas de crédito, la felicidad, e incluso sobre el propio planeta". Este punto será desarrollado a continuación.

[5] **Cass R. Sunstein** (1954) es un prominente profesor de derecho de la Universidad de Chicago, que se unirá en el otoño boreal del 2008 a la Universidad de Harvard, conservando su cargo en Chicago. Sunstein es un proponente del minimalismo judicial, argumentando que los jueces deben enfocarse primordialmente en decidir el caso concreto, evitando realizar cambios radicales en el Derecho o de realizar decisiones que tengan un efecto generalizado. Considerado un *liberal, ha apoyado sin embargo a ciertos nombramientos del gobierno republicano como* Michael W. McConnell and John G. Roberts. Gran parte de su trabajo se enfoca al "*behavioral economics to bear on law*", sugiriendo que el modelo del "actor racional" producirá en ciertas ocasiones un entendimiento inadecuado de cómo la gente pueda responder a la intervención legal.

3. El "paternalismo libertario"

Sunstein y Thaler plantean que el Estado puede tener una actitud paternalista y libertaria al mismo tiempo, sin que esto sea contradictorio en sí mismo.

La hipótesis es la siguiente: la economía del comportamiento ya demostró que los agentes toman todos los días malas decisiones. El Estado puede hacer políticas que corrijan estos sesgos, con pequeños obstáculos o premios. Pero no con prohibiciones, de forma tal que quienes igual quieran actuar contra su interés, puedan hacerlo. Por eso lo de "libertario".[6]

El libertario es quien protege el derecho individual a escoger, mientras que el paternalista es el que busca mejorar el bienestar de las personas a través de la acción estatal. Su argumento principal es que puede pensarse en una "arquitectura de la elección". Es decir, que pueden diseñarse instituciones que faciliten a las personas tomar las mejores decisiones. Se acerca a la idea de Rajan sobre "regulación de incentivos".[7] Así, el arquitecto institucional tiene que elegir entre varias opciones, y ya sabemos que hay diseños institucionales que funcionan mejor que otros. Pero para identificarlos se pregunta qué constituye un buen diseño institucional. En este punto consejan observar la evidencia empírica que provee la psicología. Por ejemplo: las *default options*, el error esperado, y la retroalimentación. Sobre las *default options* explican que es importante entender cuáles son las rutas por las cuales el comportamiento humano muestra menor resistencia. Dio como ejemplo la diferencia entre países que piden consentimiento para la donación de órganos y los que, por el contrario, tienen como *default option* la donación y piden que explícitamente se diga que no se quiere donar.[8]

Respecto al error esperado del comportamiento humano, ejemplifican a través de lo utilizado en las recetas de medicamentos: a las personas no se les olvida tomar la medicina si es una vez al día, pero se les complica cumplir si les dicen que es cada cuatro horas. La retroalimentación también es importante en el diseño de instituciones, porque las personas aprenden constantemente y para ello es necesario proveerles de información que les indique cómo van progresando hacia determinada meta.

Un ejemplo es el de los juegos de azar. Tanto los psicólogos como los neurobiólogos dicen que el juego puede constituir una adicción como el tabaco o la

[6] Sunstein, Cass & Richard H. Thaler (2003). "Libertarian Paternalism is not an oxymoron", *University of Chicago Law Review* 70 (4), p. 1159.

[7] Rajan, Raghuram et Al. "Entry Regulation as a Barrier to Entrepreneurship", in the *Journal of Financial Economics* (2006).

[8] Apuntes de clases de Elements, por Cass Sunstein, de propiedad del autor.

droga. La política pública óptima aquí, para estos autores, sería la de introducir barreras para que resulte más engorroso jugar grandes sumas.

Pero donde más recomendaciones hubo es en el campo de los fondos de pensión. Según Sunstein, la forma en la que la gente planea su jubilación es pésima.[9] La teoría tradicional sostiene que cuantas más opciones haya, mejor para el consumidor. Pero los conductistas demostraron que cuando una persona se enfrenta a muchas opciones, se abruma y termina eligiendo en base a criterios no racionales. Lo mismo sucede con los 8.000 fondos de pensión de los EE.UU. Otro caso: los empleados estadounidenses tienen en sus fondos una mala diversificación del riesgo, porque poseen en una parte inusualmente grande de títulos de la propia empresa en la que trabajan. Thaler propone una ley que establezca que a fin de año todos los títulos de la propia empresa que superen un determinado porcentaje del portafolio se redireccionen automáticamente a otros activos, a menos que el trabajador se niegue expresamente a hacerlo.

Así, pequeñas trabas o señales pueden ser muy efectivas para modificar conductas masivas.[10]

3.1 Críticas al "paternalismo libertario"

Los cuestionamientos más fuertes a la teoría planteada vinieron precisamente de la propia Escuela de Chicago, tanto de la Facultad de Derecho, como desde la de Economía.

Dichas criticas se fundamentaban en diversos aspectos: ¿cómo se garantiza que el Gobierno, compuesto por seres humanos con los mismos sesgos de conducta que el resto, imponga reglas adecuadas? Entre los conductistas aparece el mismo debate que en la economía tradicional se dio entre los intervencionistas y la corriente del "*public choice*", del Nobel James Buchanan, que asume que las políticas públicas responden a los intereses privados de los funcionarios de turno.[11]

Por lo pronto, los economistas tradicionales siguen viendo a los conductistas con escepticismo y simpatía, como un padre mira a su hijo adolescente díscolo. Para muchos, aceptar que cada persona se comporta según sus impulsos y pasiones todo el tiempo, deja a la ciencia al desnudo, sin base donde apoyarse.

[9] Íd. p. 1200.
[10] Íd. p. 1202.
[11] Buchanan James M. et al. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy.* (1962).

Eugene Fama,[12] un clásico de Chicago, dice que están bien las críticas a la teoría tradicional, pero que "reemplazar sus bases por los pilares del conductismo sería un desastre".

Otras más duras vendrían del propio Richard Epstein. Él ha elaborado una respuesta detallada a muchos de los argumentos de irracionalidad que Thaler ha postulado con anterioridad en *Escepticismo y Libertad.*[13] Estas objeciones han sido trabajadas por David Gordon. Para este autor, el futuro del paternalismo libertario no es más prometedor que la cuadratura del círculo.

Escapar de su aparente contradicción es ingenioso. De hecho, es libertario, dicen, utilizar la fuerza para obligar a alguien a actuar por su propio bien. Ellos no favorecen la posibilidad de hacerlo; pero esto les deja libres para apoyar una variedad menos exigente de paternalismo. Se intenta que resulte difícil para las personas hacer ciertas opciones, siempre y cuando ello no imponga costos importantes sobre los mismos. La gente, como su título indica, puede ser objeto de gentiles "codazos" (*nudges*) paternalistas, siempre y cuando estos codazos no los fuercen unívocamente.

El paternalismo libertario resulta ser al final del día no muy libertario, o peor: un libertarismo acomplejado y sin convicción. Puede ser un tipo de paternalismo relativamente débil, blando y no invasivo, porque las opciones no están bloqueadas o agobiadas significativamente. Si la gente quiere fumar cigarrillos, comer un montón de caramelos, elegir un inadecuado plan de salud, o dejar de ahorrar para la jubilación, es "paternalmente libertario" no obligarlos a hacerlo de otra manera, o incluso hacerles las cosas difíciles. El "codazo" es cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que altera el comportamiento de las personas de forma predecible sin que prohíba todas las opciones o cambiar significativamente sus incentivos económicos.

No obstante estas críticas más contemporáneas, ya Tocqueville había advertido contra las políticas de las que el "paternalismo libertario" es un ejemplo:

Por encima de esta raza de hombres está un inmenso y tutelar poder, que decide por sí solo, para garantizar sus gratificaciones y vigilar su suerte. Ese poder es absoluto, regular, de previsión, y suave... La voluntad del hombre no es destruida, pero sí suavizada, doblegada y guiada; rara vez los hombres son obligados por ella para actuar, pero están constantemente sujetos a actuar. Tal poder no destruye, pero impide la existencia; no tiraniza, pero comprime; enerva, se extingue, y deja

[12] Fama, Eugene. "Market Efficiency, Long-Term Returns, and Behavioural Finance", *Journal of Financial Economics*, 49 (September 1998), pp. 283-306.
[13] *Skepticism and Freedom*, University of Chicago Press (2003).

estupefacto a un pueblo, hasta que cada nación se reduce a nada mejor que un rebaño de tímidos y laboriosos animales, de los cuales el gobierno es el pastor.[14]

4. ¿Paternalismo gubernamental o judicial?

La discusión anterior nos lleva a un nuevo campo de debate. Consciente de que la autoridad debe tomar ciertas decisiones, ¿son más paternalistas estas actuaciones cuando son tomadas por un órgano del Poder Ejecutivo, o bien nos hallamos en presencia del dicho paternalismo en una decisión judicial? ¿Cuál es el estado del arte en lo que a medicamentos se refiere?

Con el objeto de esclarecer esta encrucijada, resulta indispensable analizar y comparar el proceso de toma de decisiones de ambos poderes, que dice directa relación con los efectos del fallo en comento

4.1 Proceso de autorización o prohibición de un fármaco por el ISP

Todos los productos farmacéuticos que se comercializan en el país deben contar con registro sanitario, trámite que debe realizar en el ISP, cumpliendo las disposiciones del Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, D. S. 1876 de 1995.

De acuerdo al Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, D. S. 1876 de 1995, el plazo reglamentario es de 90 días para los productos similares y de 120 días para productos nuevos. Para tomar esta decisión se toma como base el D.S. N° 1876/95 del Ministerio de Salud y el Código Sanitario.

Dicha solicitud es realizada generalmente por profesional químico farmacéutico, el que está a cargo de los aspectos técnicos de una solicitud de registro sanitario. Asimismo, es necesario registrar un producto farmacéutico antes de comercializarlo en el país, ya que es el Estado a través del ISP el que debe asegurar a los profesionales de la salud y a la población en general que el producto farmacéutico o medicamento es "**seguro**, eficaz y cumple con los estándares de calidad establecidos". Así, luego de ese proceso, el ISP basa su aprobación o rechazo en los antecedentes que el solicitante aporta.[15]

[14] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Volumen II, Sección 4, Capítulo 6.

[15] Estos antecedentes son:
– Cuadro resumen de los ensayos clínicos a evaluar, en idioma español, donde se señalen autores, tipo de estudio, posologías, objetivos, número de pacientes, revista donde se publicó o centro de investigación cuando corresponda, fecha de realización (en caso de trabajos publicados).
– Resumen de experto de los ensayos clínicos, quien da una visión general de los ensayos clínicos

En consideración a lo anterior, se trata de un procedimiento unilateral, no controvertido. De este modo, el proceso mediante el cual un órgano administrativo puede sacar o impedir la llegada al mercado de un medicamento por no ser "seguro", queda entregado a la potestad unilateral de un ente ejecutivo, cuyo procedimiento es normado por un decreto dictado por la propia autoridad, en concordancia con el Código Sanitario.

4.2 Proceso de decisión del Tribunal Constitucional

Como es sabido, es la propia Constitución la que describe en sus artículos 93 y 94, que le corresponde a este órgano ejercer el control de constitucionalidad sobre los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado.

En este aspecto, son la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su auto acordado los que establecen el procedimiento ante dicho tribunal.[16]

El tribunal decide en un proceso contradictorio, donde ambas partes tienen un debido emplazamiento, igualdad de oportunidades de pedir y de probar, con alegatos públicos y en un proceso abierto a la ciudadanía.

En dicho proceso, el Tribunal –elegido por un mecanismo contemplado en la Constitución, en el que participan los tres poderes del Estado– decide en razón a los antecedentes que le presentan. En resumidas cuentas, el proceso cuenta con los estándares más altos de transparencia y son concordantes con las condiciones democráticas representativas del Estado moderno.

La interrogante cae por sí sola: ¿por qué sería más "paternalista" la decisión de un órgano jurídico-político, cuyos miembros están llamados a ejercer las más altas de las funciones judiciales, en un proceso transparente, de cara a los ciudadanos, en que existe debido proceso, habiendo tomado meses en su decisión a la luz de los serios antecedentes que ambas partes aportaron a un proceso?

---

presentados.
– A lo menos 8 a 10 estudios clínicos publicados, completos, bien diseñados, los cuales deben avalar la seguridad y eficacia del producto en la forma farmacéutica, dosis, vía de administración e indicaciones a registrar. Se aceptan reportes de estudios clínicos solamente en caso que éstos no estuvieran publicados.
– Si el producto se encuentra registrado en USA o la Comunidad Europea, se debe acompañar la información procedente de la carta aprobatoria de la entidad correspondiente (FDA para USA y EMEA para la Comunidad Europea) más la monografía autorizada por la misma agencia. Esto en el caso que se trate exactamente del mismo producto y del mismo fabricante.
Cuando la solicitud de registro corresponda a un producto nuevo, letras a), d), e), f) o g) del D.S. N° 1876/95 del Ministerio de Salud, el estudio farmacocinético debe ser realizado con la misma formulación a registrar. La presencia de estos estudios no excluye la presentación de los demás antecedentes exigidos en la información científica.

[16] A la fecha de redacción del presente artículo, se discutía en el Congreso Nacional el texto de la nueva LOC del TC, para hacerla coincidente con la reforma constitucional de 2005.

Lo curioso es que a ese proceso deliberativo algunos llaman "paternalista", sin que –por una razón que aún no se ha podido explicar– la decisión que toma un órgano administrativo (esencialmente político, en consideración a la subordinación a que se haya sujeto), sin la formalidad de un debido proceso, pero también a la luz de los antecedentes que le presentan, sea calificada por parte de la opinión pública como paternalista. Todos los días la autoridad administrativa está tomando decisiones por nosotros, pero pareciera no importarnos.

Se alega, adicionalmente, que el tribunal estaría tomando decisiones en un área donde debe decidir el individuo. Cabe cuestionarse, entonces, si la autoridad administrativa no invade dicha "esfera" cuando retira del mercado un determinado medicamento por considerarlo "un riesgo para salud humana". Se argumenta, en respuesta, que todo depende de la idea que se tenga sobre cuándo comienza la vida humana. ¿Pero acaso el ISP no trabaja sobre una "determinada" concepción de cuándo comienza la vida humana? El liberalismo enseña que todo ser humano tiene su esfera de acción que el Estado no debe invadir, pero ese mismo Estado existe, como dice Schopenhauer, para proteger a los hombres entre sí y de las agresiones externas. En esta lógica, la decisión sobre la "esfera individual" no puede ser a costa (o a riesgo) de obrar contra la vida de otros individuos. Se dirá una vez más que esa lógica funciona sólo en consideración a la idea de vida humana que se tenga. Pero ¿acaso la autoridad administrativa no trabajará bajo esa u otra idea de "vida humana"? ¿Se creerá que un órgano de la administración que obedece a una mayoría circunstancial está por sobre las consideraciones subjetivas de cada individuo u órgano que toma decisiones?

Lo único no discutible es que a fin de cuentas toda democracia moderna le entrega a un órgano independiente la tarea (¡la a veces ingrata tarea!) de ser el último intérprete de la Constitución. El control de la constitucionalidad no es un obstáculo absoluto para los cambios y lo peor que puede originar es un retraso en el proceso y hacer la reproducción o la reafirmación del principio en disputa: si el Ejecutivo encuentra que el criterio al cual se somete el Tribunal Constitucional ha cambiado, debe entonces someterlo a un proceso con vistas a comprobar si las creencias básicas del pueblo han cambiado realmente. Pero lo que no es admisible es apuntar al Tribunal Constitucional por hacer, precisamente, lo que la Constitución y la democracia le ordenan hacer: controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

Como diría Hayek, solo un demagogo puede presentar como "antidemocráticas" o "paternalistas" las limitaciones que imponen al poder de las mayorías temporales las decisiones a largo plazo y los principios generales mantenidos por el pueblo. Estas limitaciones fueron concebidas para proteger al pueblo contra su propio gobierno, o bien, contra aquellos a quienes debe conceder

poder, y son los únicos medios de que dispone para determinar el carácter general del orden bajo el cual vivirá. Es inevitable, por tanto, que al aceptar los principios generales o las normas consagradas constitucionalmente, se ate de manos en lo que respecta a soluciones particulares.[17] La general inhabilidad humana impide considerar explícitamente todos los probables efectos de una determinada medida y su dependencia de generalizaciones y principios, siempre que se quiera que las decisiones individuales encajen dentro de un todo coherente. A los hombres "les resulta imposible dictaminar sobre sus intereses de manera tan efectiva como la que se logra mediante la universal e inflexible observancia de las reglas de la justicia".[18]

5. La función contramayoritaria

La segunda de las críticas al fallo del Tribunal apunta más a su naturaleza como institución que al fallo mismo. Surge entonces el cuestionamiento al rol contramayoritario. El concepto que adquiere en el Derecho Constitucional norteamericano tiene importancia creciente a partir de los problemas de legitimidad del poder (que se extiende al estudio de comportamientos, origen y valores o ideologías de los jueces) y en particular de la "revisión judicial de legislación", como lo reconocen conocidos juristas americanos, entre otros John Hart Ely y Lawrence H. Tribe.[19]

Otros han destacado los elementos antidemocráticos presentes en la Constitución norteamericana de 1787: esclavitud, sufragio restringido, elección indirecta de presidente, elección de los senadores por las legislaturas estatales por seis años, representación igualitaria en el Senado, Poder Judicial y revisión judicial, todos los cuales han definido el alcance de los cambios posteriores en un sentido más democrático.[20]

---

[17] Hayek, *Camino de Servidumbre*, p. 225.

[18] D. Hume, *Treatise II*, p. 300.

[19] Alexander Bickel en *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2ª ed., New Haven, 1986.

[20] Robert Dahl, *¿Es Democrática la Constitución de los Estados Unidos?* (trad. P. Gianera), Edit. F.C.E., Buenos Aires, 2003. También para el examen de las coordenadas del tema consultar, de Carlos Santiago Nino, dos obras: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Edit. Astrea, 1ª edición, 1992, 2ª reimp., Buenos Aires, 2002, pp. 675-706, y *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. R. Saba), Edit. Gedisa, 1ª edic. 1997, 1ª reimp., Barcelona, 2003, pp. 258-295. Además consultar a Roberto Gargarella en *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Edit. Ariel, Barcelona, reimpresión argentina, 1996, y "El Presidencialismo como Sistema Contramayoritario" en libro colectivo: *El Presidencialismo Puesto a Prueba*, CEC, Madrid, 1992. Citamos de Maurizio Fioravanti *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (trad. M. Martínez N.), Edit. Trotta, Madrid, 2001, pp. 107-108. Los problemas de la "*judical review*" son abordados agudamente por Jorge Reinaldo Vanossi en *Teoría Constitucional*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 2 vol., 1976, Vol. II, en especial pp. 126-127. Sobre bancos centrales es de provecho en nuestra lengua consultar la tesis de Rubén Martínez Dalmau, *Constitución, Legitimidad*

No obstante existir cierto consenso sobre la importancia de este rol, los cuestionamientos sólo arrecian cuando determinada sentencia de quien tiene a su cargo el control de la constitucionalidad no es del gusto de los críticos, siendo notables las contradicciones de algunos de los argumentos.[21]

Esta crítica es tan antigua como la supremacía constitucional o el control de constitucionalidad de las leyes. Ya desde *Marbury v. Madison* se buscaban rutas de escape a la dificultad contramayoritaria. Se sugiere que en realidad no es tal dificultad, desde que el rol del Tribunal es promover y no socavar la democracia, propiamente entendida. Este esfuerzo, a su vez, toma varias formas:

a) Bajo una visión, el esfuerzo judicial de imponer restricciones constitucionales en el proceso político promueve la democracia, desde que dichas restricciones son adoptadas por el pueblo en un período de aumento de la conciencia democrática y por lo tanto ocupan un estatus superior a las decisiones de las mayorías temporales. Dicho argumento tiene sus raíces en la posición de Hamilton[22] en El Federalista N° 78 y en el propio *Marbury*.

b) Desde otra perspectiva, el rol del Tribunal es proteger determinados derechos no disponibles para la política y ciertos grupos que estén –por una razón u otra– excluidos de su participación política. La inhabilidad relativa

Democrática y Autonomía de los Bancos Centrales, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Sobre el viejo tema de la "tiranía de las mayorías" los textos clásicos son de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, 2 vol., Edit. Sarpe, Madrid, 1984, tomo I, en especial pp. 252-269, y de John Stuart Mill, *Del Gobierno Representativo* (presentación de D. Negro y traducción Marta C. C. De Iturbe), Edit. Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1995, en especial pp. 82 y siguientes. Una revisión sobre la "tiranía de la mayoría" en autores liberales en Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, 1ª edic., reimpresión, FCE, México Bogotá, 1993, pp. 61-79.

[21] Uno de los críticos del fallo, LUCAS SIERRA, en su columna del lunes 7 de abril del 2008 en el diario El Mercurio, señalaba que: *"Desde el punto de vista del orden institucional, tampoco hay razones para que el TC sea aquí contramayoritario. Una de las tareas fundamentales del TC es preservar una correcta distribución de competencias entre los órganos del Estado. La responsabilidad por la salud humana es del Ministerio de Salud y, por esto, no corresponde a los jueces andar fijando la concentración de levonorgestrel"*. Sin embargo, un par de años atrás sentenciaba –dando un magnífico argumento contramayoritario– que: *"Hoy, las leyes sí representan la voluntad de la mayoría electa. ¿Por qué un grupo de jueces no electos ha de tener el poder de derribarlas? La respuesta a esta pregunta es tan difícil como dramática. Difícil, porque hay algo definitivamente anómalo en el hecho de que unos pocos que no responden a la mayoría echen abajo lo que ésta ha decidido. Dramática, porque pareciera que no queda otra que aceptar esta anomalía, si queremos una sociedad que, además de ser democrática, sea también un Estado de Derecho. Las mayorías pueden llegar a ser despóticas. Por esto se le fijan límites en la Constitución. Los más rotundos y finales son los derechos individuales, cuyo máximo esplendor se manifiesta, precisamente, enfrentados a la voluntad mayoritaria. Imponer el respeto de estos límites minoritarios, incluso a la inmensa mayoría, hace de una democracia un Estado de Derecho. Esta es la tarea del Tribunal Constitucional. Por cierto, en esa tarea el Tribunal debe ser razonable, recatado y mostrar una deferencia inicial hacia el legislador democrático, por el mero hecho de que éste representa la mayoría. Pero, llegado el momento,* ***debe ser contramayoritario.*** (El Mercurio, septiembre 18, 2006) (El destacado es nuestro).

[22] *El Federalista* N° 78, Fondo de Cultura Económica (1999).

de determinados grupos a participar o ser representados por el proceso político justificaría el rol judicial diseñado para construir una mejor democracia.[23] Casos relacionados con la libertad de opinión y votaciones necesitarían de un mayor rol del Poder Judicial en orden a proteger el proceso democrático.

c) Un tercera posición sugeriría que el el rol del Tribunal es efectivamente el perfeccionar la democracia, pero no solo mediante la protección de la oportunidad de los grupos tradicionalmente en desventaja para participar o para ser representados. Bajo este perspectiva, el Tribunal podría intentar asegurar, por ejemplo, que la legislación no es sólo una respuesta a las presiones de facciones[24] (así descritas en El Federalista N° 10) o que no reflejen las relaciones de poder existentes entre distintas posiciones.

Estas visiones distintas intentan difuminar la dificultad contramayoritaria sugiriendo que en realidad no existe dificultad alguna.[25] La postura es –algunas veces– apuntalada con la sugerencia que el así llamado proceso democrático está lleno de enfermedades democráticas.[26] Éstas incluyen: posibles disparidades en las influencias políticas, en razón a la salud, la raza, el sexo; la dificultad de agregar las diferentes preferencias de los legisladores, como podrían argumentar los académicos defensores del *Public Choice*;[27] la sobrerrespuesta ocasional del proceso político a la voluntad popular y su infrarrespuesta a grupos particulares; y el hecho que determinados grupos están bien organizados, y otros no.[28]

Empero, todas estas posturas dependen por supuesto de un retrato controversial sobre las instituciones creadoras del Derecho, y un igualmente controvertido entendimiento de que la solución de defectos en dichas instituciones pueda ser encontrada en el control de constitucionalidad en vez de –por ejemplo– la

[23] Vid. *McCulloch v. Maryland*, p. 61, infra, y J. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), en que se extienden sobre este tema en particular.

[24] El Federalista N° 10, Fondo de Cultura Económica (1999).

[25] Michelman, *Fore Word: Taces of Self Goverment*, 100 Harv. L. Rev. 4, 75 (1986), para este autor, usando el caso norteamericano, *"para los ciudadanos la política nacional no es imaginable en la arena de un autogobierno en su sentido positivo y liberador. Como una nación constituida, estamos, al parecer, necesariamente comprometidos con la separación soberana entre reglas y regentes. No así el legislador. El Presidente no es nosotros. No estamos "en" dichos órganos. Sus determinaciones no son nuestro autogobierno. Los Jueces, superponiéndose a dichas decisiones, no se sustraen necesariamente nada de nuestra libertad, aunque dichos jueces tampoco son nosotros. sus acciones pueden aumentar nuestra libertas. Como siempre, todo depende".*

[26] M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review 32* (1966). En esta lógica, este jurista ha señalado que: *"El Legislador a quien la vieja, asquerosa y no democrática Suprema Corte supuestamente debe ceder tan reverencialmente por sus mayores virtudes democráticas, no es màs que la gran masa de elementos mayoritarios-antimayoritarios, elegidos-designados, de interés general-interés especial, de responsabilidad-irresponsabilidad que componen la política nacional americana. Si estamos frente a una búsqueda de lo democrático, el dragón cada vez luce mejor y San Jorge cada vez peor".*

[27] K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951).

[28] Stone *et al. Constitucional Law*. Apsen Publishers (2005), p. 50.

reforma institucional del proceso político.[29] Así, el rol contramayoritario del tribunal pareciera ser una de sus funciones relevantes, aun entre quienes han manifestado cuestionamientos al fallo.[30]

En definitiva, como las Constituciones son formulaciones de metaprincipios y metanormas que, por supuesto, no pueden quedar en proclamaciones inútiles, se hace indispensable el control de la regularidad o supremacía constitucional y el acceso a la justicia, común o constitucional, para tutelar la dignidad y los derechos humanos.[31] En ese esquema, el texto político vigente pone como el primero de los derechos a proteger, el derecho a la vida. Nada puede impedir al Tribunal hacer la tarea que la Constitución le ha encomendado. Puesto a su conocimiento si determinada norma jurídica se adecua o no al texto constitucional, no puede obviar dicha labor, sin perjuicio de no contar con el apoyo ciudadano o de la opinión pública, ni aun de la mayoría política circunstancial.

Éste es precisamente el corazón del rol contramayoritario: El Estado de Derecho. Ya habrá lugar en el ágora política para debatir sobre el contenido de la citada garantía, pero no puede exigirse al Tribunal Constitucional eximirse de tal pronunciamiento, ni menos argumentar en contra de su rol cuando este no satisface las expectativas de una y otra facción.

6. Conclusión

Una sociedad libre necesita de medios permanentes de restricción de los poderes del gobierno sin que importe cuál pueda ser el objetivo particular del momento. El constitucionalismo y el Estado de Derecho, concebidos como mecanismos reales de defensa de la persona contra su propio Estado, significan no solo la regulación del poder, sino el fundamento de la libertad.

El rol que cumple el Tribunal Constitucional en la sentencia de la "píldora del día después" no es otra cosa que la idea democrática de construir un gobierno de leyes y no de hombres. Lo anterior implica resistir la crítica cómoda, la que muchas veces es contradictoria.

En ese orden de ideas, la decisión del Tribunal, lejos de ser paternalista, delimita el campo de decisión que los órganos del Estado, ya que bajo ese prisma se

[29] Stone et al. *Constitucional Law.* Apsen Publishers (2005), p. 50.

[30] I. Sierra, ya citado, y Juan Enrique Vargas, quien señala que la finalidad principal de un sistema judicial es la protección de los derechos humanos, donde deben respetarse en la actuación del Estado y en la convivencia social, donde los tribunales deben cumplir este rol contramayoritario. http://www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/ddhh-como-indicador-de-impacto-de-la-ref.pdf.

[31] Cea Egaña, José Luis, "El control de constitucionalidad de actos legislativos como avance y futuro del constitucionalismo", *Revista de Derecho Público*, XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo I, p. 433.

les impide ir más allá de normas más permanentes y generales como la propia Constitución. Y aun cuando se le considerara que trabaja bajo un prisma limitativo o de "paternalismo libertario", su decisión no es en nada distinta a la que los mismos órganos de la administración toman sobre materias fundamentales todos los días, sólo que con menos discrecionalidad y más transparencia que la Administración.

Por otro lado, el Tribunal ha reafirmado su rol contramayoritario. Puede que exista un efecto no querido en el hecho de que unos pocos (que no responden necesariamente a la mayoría de turno) tengan la facultad de invalidar lo que ésta ha decidido por cierta autoridad que, supuestamente, representa al poder mayoritario. Pero ese es quizás el elemento central del que hablaba Epstein de comunión entre Democracia y Estado de Derecho. Los límites diseñados en la Constitución, de la que el TC es sumo intérprete, intentan evitar que las mayorías puedan llegar a ser despóticas. Porque si hay algo por sobre la voluntad mayoritaria (y la deferencia inicial al Ejecutivo de turno), son los derechos individuales, en especial el derecho a la vida. De ahí que la tarea del Tribunal Constitucional sea resguardar los derechos de una supuesta minoría frente a la mayoría de turno, esperando que sea una "mayoría más permanente" la que pueda tomar una decisión de mayores alcances en el tiempo, mediante una eventual reforma constitucional.

Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos

José Manuel Díaz de Valdés J.*
Director de Investigación de la Facultad de Derecho
Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

"Today the Court has decided that a human being was born as a result of a violation of the European Convention on Human Rights. According to this reasoning, there is a Polish child, currently six years old, whose right to be born contradicts the Convention.

I would never have thought that the Convention would go so far, and I find it frightening" .

Tysiac v. Poland (2007), voto de minoría del Juez Borrego, considerando 25.

I. Introducción

La importancia crucial del respeto a los derechos fundamentales, así como la exigencia de su protección efectiva, han llevado al desarrollo de dos sistemas complementarios para su resguardo: el doméstico y el supranacional o internacional. Ambos sistemas no son compartimentos estancos, sino que por el contrario, es posible observar cómo tribunales internacionales toman en consideración las normas y prácticas de los Estados que se someten a su jurisdicción. A su vez, las sentencias de aquellos tribunales internacionales han ido ganando un creciente imperio a nivel interno, sirviendo además de fuente interpretativa de las normas nacionales por parte de los tribunales domésticos.

En razón de lo anterior, la tendencia es que conflictos particularmente complejos en materia de derechos fundamentales deban ser analizados, tratados y resueltos desde esta doble perspectiva: doméstica y supranacional. En este contexto, creemos que el actual debate nacional en torno a la "píldora del día

* Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, la señorita Paulina Lobos Herrera, cuyo trabajo ha sido determinante para la preparación de este artículo.

después" necesariamente nos reconduce a discusiones más profundas: el estatus del no nacido; los derechos de la mujer involucrados, y la constitucionalidad de una eventual ley de aborto. Al respecto, consideramos que el tratamiento de tales temas puede y debe enriquecerse con la experiencia y elementos de juicio esgrimidos a nivel supranacional.

El presente artículo tiene por objeto presentar y analizar críticamente la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (hoy extinta) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (las "Instituciones Europeas") sobre el estatus del no nacido y algunas materias conexas, tales como el comienzo de la vida y su protección por el ordenamiento jurídico. Si bien Chile no está sujeto a la jurisdicción de las Instituciones Europeas, aquellas encarnan y dan forma al sistema supranacional de protección de derechos fundamentales de mayor influencia en las últimas décadas. Adicionalmente, al reunir en su seno a países provenientes de tradiciones jurídicas e ideológicas diversas, se presentan como un excelente referente al momento de discutir tópicos tan sensibles y polarizados como los antes mencionados.

El artículo comienza con una brevísima explicación acerca del origen, naturaleza y funciones de las Instituciones Europeas, siguiendo con el análisis de su jurisprudencia en relación a la situación y derechos del no nacido. A continuación presentaremos nuestros comentarios generales sobre la materia estudiada, para finalizar con las conclusiones pertinentes.

II. El Sistema Europeo de Protección de Derechos Fundamentales

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, surgen en Europa una serie de movimientos propugnando un sistema internacional que permitiera asegurar los derechos fundamentales en el Viejo Continente. Se crea así el Consejo de Europa,[1] asociación internacional de Estados que respondía al anhelo de "alcanzar una mayor unidad entre sus miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su herencia común y facilitar su progreso económico y social" (art. 1.a).[2]

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1950, los Estados miembros del Consejo de Europa acuerdan la Convención Europea de Derechos Humanos (la "Convención"), la que entraría en vigor el 3 de septiembre de 1953. La Convención es en gran medida tributaria de la Declaración Universal de Derechos Huma-

[1] Tratado de Londres (5 de mayo de 1949).
[2] Traducción libre de la versión inglesa. Disponible en www.coe.int.

nos de la ONU (1948), si bien con particularidades propias y focalización casi exclusiva en derechos civiles y políticos.

La Convención contempla la instauración de una Corte Europea de Derechos Humanos (la "Corte Europea") para "asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes" (art. 19). Sus decisiones son vinculantes para los Estados miembros que han reconocido su jurisdicción. Cabe destacar a este respecto que, originalmente, existía también una Comisión Europea de Derechos Humanos (la "Comisión Europea"), quien colaboraba con la Corte Europea en la investigación y resolución de vulneraciones a la Convención. Su trabajo servía de preparación a la etapa propiamente jurisdiccional ante la Corte Europea, realizando un control de admisibilidad y tratando de que las partes alcanzaran una solución amistosa a sus diferencias (algo similar a las funciones que hoy cumple la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos). La Comisión desapareció en 1998, pero sus opiniones mantienen cierto valor en cuanto precedentes continuamente utilizados por la propia Corte Europea.

La Corte Europea está compuesta por un juez proveniente de cada uno de los Estados Contratantes (los "Estados"), hoy 47, designados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (art. 22). Duran 6 años en su cargo y pueden ser reelectos (art. 23). Sólo pueden ser destituidos antes de tiempo por el voto conforme de 2/3 de los demás jueces en funciones (art. 24).

Cabe destacar que, en general, poseen legitimación activa ante la Corte Europea tanto los Estados como las personas naturales, grupos y organizaciones no gubernamentales (arts. 33 y 34). Finalmente, resulta fundamental comprender que el sistema de protección de derechos fundamentales del Consejo de Europa es supletorio, toda vez que para acudir a la Corte Europea (y antes a la Comisión Europea), es imprescindible haber agotado las vías jurídicas internas de reclamación (art. 35).

III. La Jurisprudencia de la Corte Europea y la Comisión Europea sobre el No Nacido

Es una afirmación prácticamente no discutida que las Instituciones Europeas nunca han establecido con claridad cuál es el estatus del no nacido.[3] Dicha afirmación emana del hecho de que un análisis detallado de la jurisprudencia

[3] BRAAKE (1999) p. 609, FELDMAN (2002) p. 204, FREEMAN (1994) p. 616, PICHON (2006) p. 433, WILLIAMS (1994) p. 80; PLOMER (2005) p. 315, y OVEY y WHITE (2002) p. 53.

de las Instituciones Europeas demuestra que aquellas siempre han evitado otorgar una respuesta directa en la materia.

Si bien concordamos en lo substancial con la base fáctica de la afirmación precedente, consideramos que la jurisprudencia de las Instituciones Europeas sí entrega ciertos elementos de juicio acerca del estatus del no nacido, el comienzo de la vida, su protección por parte de la Convención y el eventual "derecho al aborto" de la mujer.

Expondremos a continuación muy brevemente los casos más relevantes en estas materias. Nuestras hipótesis y comentarios generales sobre los mismos serán presentados en la sección siguiente.

1. *Brüggemann versus Alemania* (12/7/1977)

Se trata de una opinión de la Comisión, ya que el caso no llegó a la Corte Europea.

El argumento principal de la recurrente fue que Alemania violaba el artículo 8° de la Convención al no permitirle libre acceso a un aborto en caso de un embarazo no deseado.

El artículo invocado de la Convención señala lo siguiente:

> *"Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar*
>
> *1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
>
> *2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".*

La Comisión declaró inadmisible el recurso. Si bien reconoció la relación que existe entre embarazo y afectación de la vida privada de la madre, afirmó que "no puede decirse que el embarazo concierna únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida está íntimamente conectada con la del feto en desarrollo",[4] y que por tanto, "no toda regulación

[4] *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 59. Traducción libre del original en inglés:

de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho al respecto de la vida privada de la madre. El art. 8(1) no puede ser interpretado como si el embarazo y su terminación fueran, en principio, materias que conciernen exclusivamente a la vida privada de la madre".[5]

En razón de lo anterior, la Comisión señaló expresamente que estimaba innecesario decidir si el no nacido era considerado una vida en el sentido del artículo 2 de la Convención (protección al derecho a la vida), cuestión que hubiera resuelto el asunto de forma más contundente. En efecto, si el no nacido fuese titular del derecho a la vida, entonces sólo podría practicarse un aborto bajo las estrictas excepciones contempladas en el mismo artículo 2. Volveremos a este punto más adelante.

La Comisión rechazó decidir si el no nacido podría considerarse dentro de la expresión *"demás"* ocupada por el inciso segundo del artículo 8° antes transcrito.[6] Como puede observarse de dicho texto, el derecho a la privacidad y la vida familiar puede intervenirse por ley por diversos motivos, siendo uno de ellos *"la protección de los derechos y las libertades de los demás"*. Si el no nacido está dentro del grupo de los "demás", existirían sólidos argumentos a favor de su protección bajo la Convención.

Otras declaraciones de la Comisión que nos parecen relevantes para el tema que nos ocupa son las siguientes:

- Todos los países contratantes otorgan algún tipo de derecho al no nacido (e.g., derecho de herencia).[7]

- Cuando la Convención entró en vigor las leyes sobre aborto de todos los Estados eran al menos tan restrictivas como la normativa alemana impugnada en este caso, y no hay evidencia de su intención respecto de casos como este.[8]

En síntesis, si bien no se reconoce al no nacido como persona o titular del derecho a la vida, se considera que existe un interés o bien jurídico protegido

"pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus".

[5] *Brüggemann and Scheuten v. Germany (1977), considerando 61. Traducción libre del original en ingles: "not every regulation of the termination of unwanted pregnancies constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother. Art. 8(1) cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother".*

[6] *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 60.

[7] *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 60.

[8] *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 64.

distinto a la madre en una situación de embarazo. Tal interés permitiría a los Estados, a lo menos, regular el aborto.

2. *Paton versus Reino Unido* (13/5/1980)

Nuevamente se trata de un caso que sólo fue conocido por la Comisión Europea y no por la Corte Europea.

La acción la presentó el padre de un no nacido frente a la decisión de la madre de abortar al hijo común. Los argumentos principales fueron que la ley inglesa que permitía el aborto sin el consentimiento del padre violaba el derecho a la vida del no nacido (art. 2), así como el derecho a la privacidad y la vida familiar del padre (art. 8).

El artículo 8 de la Convención fue transcrito en el caso precedente. El artículo 2 dispone lo siguiente:

> *"Artículo 2. Derecho a la vida*
>
> *1 El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*
>
> *2 La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*
>
> *a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;*
>
> *b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;*
>
> *c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".*

Al igual que en *Bruggemann versus Alemania*, el recurso fue declarado inadmisible. Respecto al derecho a la vida del no nacido, la Comisión señala que existen tres alternativas: o el no nacido no está cubierto por el artículo 2 (2); o su derecho a la vida está protegido con ciertas limitaciones implícitas; o es reconocido por la Convención como un derecho absoluto. La Comisión Europea sólo descarta la tercera alternativa, ya que ella obligaría a impedir todo tipo de aborto, incluso el terapéutico, lo que a su vez implicaría otorgar a la vida del no nacido más valor que a la vida de la madre. Sobre esta base, el recurso no podía prosperar, ya que la Comisión Europea concluyó que se trataba justamente de un caso en que el aborto se habría realizado en las primeras etapas del embarazo

(no queda claro cuál es la relación entre esta circunstancia y el argumento en desarrollo) y con el objeto de proteger la salud y la vida de la mujer.[9]

Respecto a la vulneración del derecho a la vida familiar, la Comisión Europea determina que aquel no contempla el derecho del padre a oponerse o a ser consultado en caso de aborto. En este caso, dicho procedimiento se llevó a cabo para proteger la vida y la salud de la madre, siendo por tanto necesario para la *"protección de los derechos y las libertades de los demás"*, excepción al derecho a la privacidad y vida familiar establecido en el artículo 8(2) de la Convención.

Algunas consideraciones adicionales de la Corte Europea que nos parece necesario destacar son las siguientes:

- Si bien no resolvió el punto, la Comisión Europea al menos intentó dilucidar si el artículo 2 protegía al no nacido. Primero constató que los términos "vida" y "toda persona" no estaban definidos en la Convención, y que el criterio literal no era suficiente, ya que tanto el vocablo inglés "everyone", como el francés "tout personne" (los textos oficiales de la Convención son sus versiones en inglés y francés), podrían o no incluir al no nacido. Luego usa un criterio lógico de interpretación, señalando que la utilización de estos vocablos en otras partes de la Convención ilustraría que aquellos no se aplicarían al no nacido. Ello podría apreciarse incluso en el mismo artículo 2(2) (excepciones a la protección de la vida por parte de la Convención), lo cual demostraría que ese artículo en su totalidad no contemplaría la protección de la vida del que está por nacer.[10]

- Existe una gran divergencia de opiniones respecto del momento preciso en que la vida comienza: concepción, anidación, viabilidad o nacimiento.

- La vida del no nacido no puede considerarse aislada, sin relación con la vida de la madre.

- El no nacido no puede tener un derecho absoluto a la vida bajo la Convención, ya que tal alternativa redundaría en la prohibición incluso del aborto terapéutico. Ello significaría valorar más su vida que la de la madre, lo que a su vez implicaría la existencia de una excepción implícita en la Convención al derecho a la vida (las excepciones expresas constan en el artículo 2 (2) antes transcrito, entre las cuales no se incluye la conservación de la vida del no nacido).

[9] *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerandos 17 y 18.
[10] *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerandos 7, 8 y 9.

- Todos los Estados (salvo quizás uno) permitían el aborto terapéutico al momento de la firma de la Convención.

En definitiva, si bien la Comisión Europea no resuelve el estatus del no nacido en la Convención, sí excluye terminantemente la posibilidad de que aquel goce de un derecho absoluto a la vida que prime por sobre la vida y la salud de la madre.

3. *Open Door versus Irlanda* (29/10/1992)

Este fue la primera oportunidad en que la Corte Europea (y no la Comisión Europea) entró a conocer, si bien indirectamente, del estatus del no nacido.

Algunas instituciones y personas naturales recurrieron contra Irlanda, donde la justicia les prohibió entregar información a mujeres embarazadas acerca de abortos a realizarse fuera de Irlanda. La información se proveía bajo la forma de "non-directive counselling" (una suerte de consultoría no tendenciosa). En teoría al menos, no se fomentaba el aborto, pero se lo presentaba como una alternativa más y se otorgaba la información necesaria para llevarlo a cabo en un país donde fuera legal. Cabe destacar que el aborto es ilegal e inconstitucional en Irlanda.[11]

Los recurrentes invocaron la vulneración del derecho a impartir información contenido en el artículo 10 de la Convención, el que señala lo siguiente:

> *"Artículo 10. Libertad de expresión*
>
> *1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*
>
> *2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la*

[11] El art. 40.3.3° de la Constitución de Irlanda dispone lo siguiente: *"The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right".*

protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Dada la estructura del recurso (infracción a la libertad de información), la Corte Europea no se pronuncia directamente sobre el estatus del no nacido en la Convención. El recurso se acepta sobre la base de que las interferencias al derecho a impartir información deben satisfacer todos los requisitos establecidos en al artículo 10(2) antes transcrito. En este caso se cumplió con dos de ellos: limitación prescrita por la ley y dirigida a un fin legítimo, cual fue la protección de la moral, dada la esencialidad valórica del resguardo al no nacido en Irlanda. Sin embargo, la Corte Europea consideró que la resolución judicial impugnada no era necesaria en una sociedad democrática. La jurisprudencia de la Corte Europea ha entendido este requisito como la suma de dos condiciones: apremiante necesidad social (que no se discute en este caso) y proporcionalidad de la medida en relación a su fin. La Corte Europea afirmó que la resolución judicial irlandesa que se impugnaba no cumplía con esta última condición, toda vez que se trataba de una prohibición absoluta; perpetua; que no consideraba la diferencia entre sólo dar información y promover el aborto; que tampoco tomaba en cuenta el impacto real de esa información en el número de abortos a realizarse, y que la misma información que se prohibía se podía obtener de otras fuentes.[12]

Cabe destacar que más allá de las formalidades, en el fondo el caso estaba esencialmente relacionado al estatus del no nacido. Si la Corte Europea hubiera considerado a aquel como un sujeto protegido por la Convención, poca duda cabe que cualquier información destinada a practicar abortos habría quedado al margen de la protección de la Convención. En efecto, siguiendo el artículo 10(2) antes trascrito, la libertad de información puede limitarse por la ley cuando ello sea necesario en una sociedad democrática para, *inter alia*, *"la prevención del delito"* (el aborto, al menos en Irlanda) y *"la protección de la reputación o de los derechos ajenos"* (los del no nacido).[13]

Finalmente, cabe destacar que este caso siguió a otro similar ante la Corte Europea de Justicia (tribunal máximo de la Unión Europea), denominado *SPUC versus Grogan*.[14] Asociaciones estudiantiles repartían información en Irlanda acerca de cómo realizarse un aborto en el Reino Unido. El tribunal irlandés que conocía del caso consultó a la Corte Europea de Justicia, la que resolvió que

[12] *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerandos 70 y ss.
[13] *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), voto de disidencia de jueces Pettiti, Russo y Lopes Rocha, aprobado por el Juez Bigi.
[14] *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Stephen Grogan and others* (1991).

si bien el aborto era un "servicio" bajo la ley comunitaria (y por tanto debía protegerse su libre otorgamiento), no era contraria a dicha ley la prohibición de distribuir información sobre clínicas abortivas. El vínculo con la actividad económica protegida era muy tenue (las clínicas ni siquiera estaban involucradas en esta "propaganda") y por tanto no se trata de una verdadera barrera al libre movimiento de servicios, sino de un problema de libertad de expresión, el cual excedía la competencia de la Corte Europea de Justicia.

De esta forma, en dos años consecutivos, las principales cortes supranacionales europeas dejaban en pie la estricta normativa irlandesa en materia de aborto, pero advirtiendo que aquella podía impugnarse indirectamente. En otras palabras, no sería necesario reconocer un derecho al aborto para atacar la legislación antiabortiva: podría hacerse por sus efectos sobre otros derechos consagrados en la Convención, principalmente el derecho a la libertad de expresión.

4. *R.H. versus Noruega* (19/5/1992)

Los hechos de este caso son esencialmente similares a los de Paton v. Reino Unido y también fue resuelto por la Comisión Europea. Un padre intenta evitar el aborto del hijo común por parte de la madre embarazada. Alega el derecho a la vida del feto bajo el artículo 2 de la Convención, así como su propio derecho a la vida familiar, el cual debería otorgarle algunas prerrogativas mínimas respecto de su hijo no nacido, particularmente cuando la salud de la mujer no corre riesgo. Alega también la vulneración de otros derechos tales como el derecho a no ser torturado (el no nacido); ni sometido a tratos degradantes (el padre, por cuanto ni siquiera pudo recibir los restos del niño para enterrarlos); el derecho del padre al debido proceso en procedimientos de aborto (i.e., ser consultado, imponer ciertas exigencias); la libertad de conciencia y religión, y a no ser discriminado respecto de la madre.

La Comisión decidió que "no tenía" que decidir si el no nacido gozaba de cierta protección bajo el artículo 2(1) de la Convención, pero señaló que "no excluía que en ciertas circunstancias este sea el caso [la protección del no nacido por el artículo 2], sin perjuicio de que existe una considerable divergencia de opiniones entre los Estados Contratantes acerca de si el artículo 2 (Art. 2) protege la vida no nacida, y si lo hace, en qué medida".[15]

A continuación, la Comisión Europea señaló que siendo el aborto una materia tan delicada, los Estados gozaban de cierta libertad al respecto. En este con-

[15] *R..H. v. Norway* (1992), considerando 1. Traducción libre del original en inglés: *"it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 (Art. 2) protects the unborn life".*

texto, la Comisión Europea afirma que tanto del análisis de la ley noruega en cuestión como de los hechos particulares del caso, ha llegado a la conclusión de que Noruega no habría sobrepasado los límites de su libertad o discrecionalidad en la materia.

Cabe destacar que dentro de sus considerandos, la Comisión Europea habla de "determinar un justo equilibrio entre la legítima necesidad de proteger el feto y el legítimo interés de la mujer".[16] Evidentemente aquí se puede encontrar un avance de la posición pro *nasciturus*, toda vez que opone "algo" a los derechos de la madre. Sin embargo, no queda claro si ese "algo" son los derechos del no nacido o el interés del Estado en un humano "potencial". Volveremos a este punto más adelante.

Finalmente, la Comisión rechaza los argumentos de violación al derecho a la vida familiar (art. 8) y la libertad religiosa (art. 9), por cuanto ambos admiten limitaciones para la protección de derechos de otra persona, en este caso de la mujer, cuyos derechos priman en la especie. El alegato de discriminación se rechaza por cuanto el padre no está en una situación análoga a la de la madre. Las otras vulneraciones se desestiman sumariamente por falta de prueba u otras consideraciones.

En definitiva, se trata de una resolución que sigue las huellas de *Paton versus Reino Unido*, ensalzando la falta de certeza acerca del estatus del no nacido en la Convención, y anunciando un análisis caso a caso de las legislaciones abortivas.

5. *Boso versus Italia* (5/9/2002)

La situación fáctica de esta discusión se asemeja a la de *Paton versus Reino Unido y a la R.H. versus Noruega*. Nuevamente se trata de un padre que desea oponerse a la decisión de la madre de abortar el hijo común. A diferencia de los precedentes anteriores, sin embargo, este caso fue decidido por la Corte Europea, no por la Comisión Europea.

El padre alegó que la ley italiana, al permitir el aborto voluntario bajo ciertas circunstancias, violaba el derecho a la vida del no nacido y por tanto el artículo 2 de la Convención. Adicionalmente, la total exclusión de la voluntad paterna de la decisión de abortar vulneraría la privacidad y el derecho a la vida familiar resguardada por el artículo 8 de la Convención. Finalmente, se alegó la violación del artículo 12 de dicha Convención, el cual dispone:

[16] *R..H. v. Norway* (1992), considerando 1.

> ***Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio***
>
> *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.*

En efecto, Boso sostuvo que se le estaba impidiendo formar una familia.

La Corte Europea nuevamente eludió definir si el no nacido estaba protegido por el artículo 2 de la Convención. Más importante aún, la Corte Europea repitió paso a paso el marco de análisis anunciado en *R.H. versus Noruega*. Es así como, partiendo de la discrecionalidad que se respeta a los Estados en esta sensible materia,[17] tomó en consideración la ley italiana cuestionada así como las circunstancias particulares del caso. Respecto de la primera, señaló expresamente que aquella *"determina un justo balance entre, por una parte, la necesidad de asegurar la protección del feto y, por otra, los intereses de la mujer"*.[18]

La Corte Europea rechazó también la vulneración al artículo 8, el cual no podría interpretarse tan extensamente, en particular cuando la primera afectada por el embarazo, su terminación o continuación, es la mujer. Considerando que en este caso el aborto se llevó a cabo con el fin de proteger la vida de la madre, se aplicaría la excepción al derecho a la vida familiar consagrada en el inciso 2 del mismo artículo (la protección de los derechos y las libertades de los demás). Finalmente, señaló que no podría violarse el artículo 12 si es que la intervención está autorizada por el artículo 8 (2).

La brevedad del fallo en estudio, así como su notoria fundamentación en los casos anteriores, permiten afirmar que la Corte Europea estimaba que estaba aplicando una doctrina, sino consolidada, al menos conocida y en vías de consolidación.

6. *Vo versus Francia* (8/7/2004)

Este es un caso que contrasta vivamente con los anteriores, por cuanto los hechos en los que se funda invierten completamente la aproximación normalmente utilizada por la Corte Europea en casos de aborto.

La peticionaria es una mujer que sufrió el aborto de una no nacida de más de 20 semanas de gestación, debido a la negligencia de un doctor que se confundió de

[17] *Boso v. Italy* (2002), considerando 1.

[18] *Boso v. Italy (2002)*, considerando 1. Traducción libre del original en inglés: *"strike a fair balance between, on the one hand, the need to ensure protection of the foetus and, on the other, the woman's interests"*.

paciente. Ella alegó que la ausencia de un recurso criminal en el sistema jurídico francés para castigar la destrucción no intencional de un no nacido vulneraba el artículo 2 de la Convención. Ello por cuanto constituiría un incumplimiento del Estado francés de proteger mediante la ley el derecho a la vida.

La Corte, luego de declarar abiertamente que "no es deseable, ni siquiera posible atendida la situación actual, responder en abstracto la cuestión de si el niño no nacido es una persona para los efectos del artículo 2 de la Convención",[19] rechaza el recurso. Lo hace sobre la base de que no sería necesario penar criminalmente toda infracción al derecho a la vida cuando aquella no es intencional. Existirían alternativas civiles y disciplinarias. En el caso en cuestión, la peticionaria tenía a su disposición una acción administrativa por perjuicios.

Más allá de la curiosa falta de elaboración acerca de las fundamentales diferencias que existen entre las sanciones criminales y las civiles, el caso en estudio permitió a la Corte Europea realizar una serie de consideraciones de la mayor relevancia:

- Al revisar los precedentes en la materia (casos sobre aborto), la Corte Europea concluye que "el niño no nacido no es considerado una "persona" directamente protegida por el artículo 2 de la Convención y que si el no nacido efectivamente tuviera un "derecho" a la "vida", este está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Las Instituciones de la Convención [Corte Europea y Comisión Europea] no han, sin embargo, excluido la posibilidad de que en ciertas circunstancias, protecciones sean extendidas al niño no nacido".[20]

- Determinar cuándo comienza la vida queda dentro del margen de apreciación del que gozan los Estados.[21]

- Existiría una tendencia a ir otorgando creciente protección al embrión.[22] En efecto, la Corte Europea toma en consideración documentos, informes y acuerdos más recientes en materia de bioética (e.g, la Convención de Oviedo

[19] *Vo v. France* (2004), considerando 85. Traducción libre del original en inglés: *"is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention".*

[20] *Vo v. France* (2004), considerando 80. Traducción libre del original en inglés: *"the unborn child is not regarded as a "person" directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a "right" to "life", its is implicitly limited by the mother's rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child".*

[21] *Vo v. France* (2004), Considerando 82.

[22] *Vo v. France* (2004), Considerando 84.

sobre Derechos Humanos y Biomedicina), particularmente en relación a la necesidad de proteger la vida y los embriones *in vitro*.

En nuestra opinión, la no exigencia de una sanción criminal para el homicidio no intencional de no nacidos deja a estos en una severa situación de desigualdad. En efecto, este fallo nos dice que su vida requiere menor protección que la del resto de los seres humanos. Peor aún, a diferencia de los casos de aborto en que la protección de los derechos de la mujer pudiera servir de justificación a la Corte para no proteger a los no nacidos, aquí no existe derecho alguno que se pueda oponer, o que se pueda ver afectado, por el reconocimiento del derecho de los no nacidos a no ser asesinados en el claustro materno.[23] En otras palabras, en el contexto de este caso hubiese sido mucho más fácil otorgar la protección completa del artículo 2 a los no nacidos que en casos de aborto voluntario. La negativa de la Corte Europea, unida a ciertos pasajes del fallo, constituye indicios de una actitud más bien negativa hacia el reconocimiento del no nacido como persona.

7. *D versus Irlanda* (27/6/2006)

La recurrente era una mujer irlandesa embarazada de mellizos. Uno de ellos murió y el otro venía con serias anormalidades (Trisomía 18), por lo que viajó al Reino Unido a procurarse un aborto. Posteriormente, recurrió ante la Corte Europea alegando la vulneración del derecho a no ser sometida a tratos inhumanos y degradantes (artículo 3), puesto que la normativa en vigor la habría obligado a viajar fuera del país para obtener el aborto; ser atendida por personal médico que no conocía en un hospital también desconocido; y luego mantener el secreto de lo ocurrido, incluso frente a su doctor familiar y su propia familia. Alegó también la vulneración del artículo 8 de la Convención (la prohibición general al aborto irlandesa sería demasiado draconiana en situaciones como la suya, violando su derecho a la privacidad y la vida familiar), así como del artículo 10 (la ley irlandesa restringía innecesariamente la información que los doctores podían darle respecto al aborto).

La Corte Europea declaró inadmisible el caso por cuanto la recurrente no había agotado la vía interna de reclamación. Habiendo analizado en detalle la situación legal del aborto en Irlanda, incluyendo la normativa constitucional y legal vigente; las interpretaciones judiciales de las mismas; así como los referéndums sobre la materia, la Corte Europea fue de la opinión que la solicitud de un aborto en caso de anormalidades fetales letales tenía ciertas posibilidades de triunfar ante los tribunales domésticos.

[23] Ver PLOMER (2005), pp.328-329.

Si bien no se trata de un fallo particularmente ilustrativo del estatus del no nacido ante la Convención, nos ofrece algunos elementos relevantes a considerar. En primer lugar, sorprende la seriedad y el detalle con que la Corte Europea analiza la regulación irlandesa sobre el aborto. Si bien lo hace desde una perspectiva procesal (para determinar qué probabilidades de éxito tendría solicitar un aborto en las condiciones específicas en que se encontraba la peticionaria), no se aprecia un enjuiciamiento a tal normativa, sino más bien una acentuada deferencia. En segundo lugar, se confirma de esta forma que la Corte Europea no está lista para presionar a Irlanda sobre la permisibilidad del aborto, y que mantiene su doctrina, si bien aquí en forma implícita, del margen de apreciación que se le reconoce a los Estados en esta materia. La reflexión anterior debe contextualizarse en el entendido que Irlanda es, con toda probabilidad, el país miembro del Consejo de Europa con la regulación más estricta sobre el aborto, y con la postura más clara a favor de la personalidad y el derecho a la vida del niño no nacido.

8. *Tysiac versus Polonia* (20/3/2007)

Si bien se trata de un caso de aborto, los hechos varían sustancialmente de las causas conocidas previamente por las Instituciones Europeas. En efecto, aquí el niño ya había nacido, y la peticionaria recurrió a la Corte Europea por cuanto se le habría impedido acceder a un aborto terapéutico, situación que le habría acarreado un severo daño a su visión, con la posibilidad real de ceguera al corto plazo. Ello habría constituido una violación del artículo 8 de la Convención, habiendo sido vulneradas no sólo su vida privada, sino también su integridad física y moral, las que estarían comprendidas en el concepto "vida privada". Adicionalmente, el Estado no estaría cumpliendo con la obligación positiva de respetar su vida privada al no contemplar una forma de resolver las disputas que surgen entre una mujer y los doctores intervinientes sobre la necesidad de terminar un embarazo por razones terapéuticas. En efecto, si bien Polonia permite el aborto cuando el embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la madre, en el caso en estudio los procedimientos y la disparidad de criterios entre los médicos participantes impidieron que se practicara el aborto.

La Corte Europea falló a favor de la recurrente, señalando que el Estado tenía la obligación positiva de asegurar un respeto efectivo por la vida privada, la cual incluye la identidad (entendida como integridad) física y social. En el caso en cuestión, ello no sucedió por cuanto la recurrente no tuvo acceso a mecanismos efectivos capaces de determinar si las condiciones para obtener un aborto legal se cumplían en su contexto particular, creando una situación de prolongada incertidumbre que la afectó severamente. En otras palabras, si el aborto es legal en el país, debe existir el marco necesario para que el acceso a él sea real.

Se señalan a continuación algunas reflexiones adicionales de la Corte Europea que nos parecen relevantes:

- Considera a las leyes de aborto como un balance entre la privacidad, el interés público y la obligación positiva del Estado de asegurar la integridad física de las "futuras madres". Denota así un cambio gradual respecto al lenguaje de los casos antes analizados, ya que se cierra la puerta al balance entre los derechos de la mujer y los del no nacido,[24] imponiendo una postura agresiva del Estado en la protección de los derechos de la mujer, y negando expresamente la maternidad de esta última mientras no haya nacimiento. Supera incluso a la nomenclatura americana instaurada con *Roe v. Wade*.[25]

- Señala que la prohibición legal del aborto, unida a la criminalización de su práctica, puede producir un efecto disuasivo sobre los doctores cuando estos deben decidir si se cumple con las excepciones que contempla la ley para realizar un aborto.[26] A nuestro parecer, la Corte Europea demuestra nuevamente una postura de promoción del derecho al aborto.

- Llama poderosamente la atención el hecho que la Corte Europea considere como "material relevante ajeno a la Convención Europea" informes de organismos internacionales (e.g., Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU). Tales informes criticaban la realidad restrictiva del aborto en Polonia, tanto a nivel normativo como de su disponibilidad real para las mujeres polacas, señalando derechamente que dicho país "debería liberalizar su legislación y práctica en materia de aborto".[27] La sola inclusión de tal material, unida a la omisión de cualquier informe que sostenga una línea distinta, permiten inferir que la Corte Europea, al menos en este caso, tiene una opinión clara, si bien no declarada, respecto a la existencia de un "derecho al aborto".

En conclusión, *Tysiac versus Polonia* es un caso trascendental para la materia en estudio. Aunque en la forma parece confirmar los precedentes antes analizados, la verdad es que los aplica de manera tal que obliga a una interpretación bastante amplia de la legislación sobre el aborto en Polonia. Más aún, diversos elementos del fallo denotan una visión subyacente claramente favorable al derecho al aborto. Si bien no es un caso que se refiera directamente al estatus del no nacido, la decisión de la Corte Europea impone gran presión sobre los límites impuestos por las leyes nacionales al aborto, con el consiguiente perjuicio para el niño *in utero*.

[24] *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 107.
[25] *Roe v. Wade* (1973).
[26] *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 116.
[27] *Tysiac v. Poland* (2007), considerandos 48 y ss.

9. *Evans versus Reino Unido* (10/7/2007)

Una mujer recurre a la Corte Europea ante la inminente destrucción de seis embriones, i.e., óvulos fecundados *in vitro*, debido a que la ley inglesa permite a ambos padres retractarse en este tipo de procedimientos hasta antes de la implantación en el útero de la mujer. En este caso, el padre se había retractado y solicitado la destrucción de los embriones. La mujer alega vulneración del artículo 2 (vida del embrión) y del artículo 8 (su privacidad y vida familiar), particularmente considerando que sus ovarios habían sido removidos y ésta era su última posibilidad de tener hijos genéticos (i.e., no adoptados, o provenientes de óvulos fertilizados de otra mujer).

La Corte Europea rechaza el recurso. Invoca sus propios precedentes para reafirmar que el comienzo de la vida queda dentro del margen de apreciación de los Estados, y que por tanto el Reino Unido no viola la Convención al no reconocer derechos al embrión. Respecto al artículo 8, señala que el caso presenta un conflicto entre los derechos a la privacidad del padre (que no quiere ser padre) y de la madre (que quiere ser madre de esos embriones), y adicionalmente deben considerarse ciertos intereses públicos involucrados.[28] La Corte Europea decide reconocer un amplio margen de apreciación al Reino Unido, dada la falta de consenso a nivel europeo respecto a los derechos de retracto en materia de fertilización *in vitro*, y considerando que se levantan en esta materia complicados tópicos éticos y morales. En este contexto, el balance entre los derechos e intereses mencionados que presenta la legislación inglesa no excedería del margen de apreciación.

De esta forma, el fallo en comento reafirma varios de los elementos fundamentales de los casos antes estudiados. Destaca a este respecto el generoso margen de apreciación, el que comprende incluso la potestad de determinar cuándo comienza la vida. También confirma que los embriones carecerán de mayor protección mientras no se reconozca la personalidad del no nacido. Finalmente, no cabe duda de que este caso suena una alarma ya larvada en *Vo versus Francia*, por cuanto es de esperar que comiencen a llegar a la Corte Europea un conjunto de dudas, conflictos y problemas surgidos a consecuencia de los avances científicos en materia de fertilización asistida, investigación genética, estudios con células madres, clonación, entre otros similares.

[28] *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 74.

IV. Comentarios Generales

1. Indefinición y margen de apreciación

Del análisis de la jurisprudencia expuesta, resulta claro que las Instituciones Europeas no han resuelto problemas fundamentales en relación al estatus del no nacido. En efecto:

i) no han establecido si bajo la Convención el no nacido es persona;
ii) no han establecido si bajo la Convención el no nacido tiene derecho a la vida, y
iii) no han establecido si bajo la Convención existe un derecho al aborto o una prohibición del mismo.

Si bien se han desplegado ciertos esfuerzos por aclarar los puntos anteriores, la situación actual continúa siendo indefinida. En este contexto, es nuestra opinión que la Corte Europea lidia con los casos que se le presentan en estas materias desde un marco teórico que implica tres elementos principales: i) eludir una respuesta a los puntos señalados en el párrafo precedente, ii) la aplicación de la doctrina del margen de apreciación y iii) un análisis caso a caso.

Sobre el primer elemento no hay mucho que agregar. Baste señalar que las Instituciones Europeas han sido transparentes en su deseo de no pronunciarse al respecto,[29] y que la doctrina revisada está conteste en esta falta de definición.[30] Cabe sí preguntarse cuán sostenible es esta situación en el tiempo.

En relación a la doctrina del margen de apreciación, aquella ha sido desarrollada por la Corte Europea como una forma de reconocer cierta discrecionalidad a los Estados en algunas materias. Aquella tiene particular aplicación en las restricciones impuestas a derechos fundamentales; en la forma de solucionar conflictos entre ellos, así como en la determinación de las obligaciones positivas que debe asumir el Estado para lograr la efectiva vigencia de tales derechos.[31] La utilidad de esta doctrina puede intuirse fácilmente en el contexto de un tribunal que es internacional, y que debe lidiar con problemas especialmente sensibles como son los derechos fundamentales. En efecto, mediante el margen de apreciación la Corte Europea demuestra gran deferencia a los criterios y decisiones adoptados por las autoridades domésticas en temas altamente delicados, los

[29] *Boso v. Italy* (2002), considerando 1; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 66; *Vo v. France* (2004), considerando 76, *y R. H. v. Norway* (1992), considerando 1.
[30] BRAAKE (1999) p. 609; FELDMAN (2002) p. 204; FREEMAN (1994) p. 616; PICHON (2006) p. 433; WILLIAMS (1994) p. 80; PLOMER (2005) p. 315, y OVEY y WHITE (2002) p. 53.
[31] Ver OVEY y WHITE (2002), p. 210.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

cuales de alguna forma se estima que representan el sentir preponderante en el respectivo país. La Corte Europea mantiene siempre la última palabra en todos los casos, para lo cual goza de una gran libertad de acción. Es así como aquella no ha establecido criterios claros en cuanto a la amplitud y profundidad de este "margen de apreciación", y por tanto, dispone de mucha libertad y flexibilidad para determinar cuándo un país se ha excedido de tal margen o cuándo no lo ha hecho. Evidentemente, los tópicos discutidos serán centrales para dicha apreciación. En efecto, "el margen de apreciación será en ocasiones amplio y en ocasiones estrecho, dependiendo de la naturaleza de los derechos en discusión, o del balance que se haga de los derechos en conflicto".[32] Adicionalmente, es posible afirmar que cuando se trata de materias que no reúnen cierto consenso entre los Estados, la Corte Europea tiende a aplicar un generoso margen de apreciación.[33] Esta sería precisamente la situación en que nos encontraríamos respecto del estatus y derechos del no nacido y de su madre.

El tercer elemento es casi una consecuencia natural de los dos anteriores: la Corte Europea realiza en las causas estudiadas un análisis caso a caso, donde las circunstancias concretas de la situación que se presenta a su conocimiento son absolutamente determinantes.

Hay quienes han defendido este sistema o marco tripartito creado y aplicado por la Corte Europea, particularmente la doctrina del margen de apreciación, basados en que sería la manera más razonable de tratar materias en que existen fuertes controversias y divergencias al interior de los Estados y entre ellos.[34] Nosotros estamos en desacuerdo, al menos en los tópicos que analiza este artículo, para los cuales es un marco inapropiado que genera problemas tanto o más graves que aquellos que pretende solucionar.

En primer lugar, consideramos erróneo aplicar la doctrina del margen de apreciación de una forma tal que, en la práctica, lleve a que cada país decida cuasi libremente si el no nacido es persona, si tiene derecho a la vida y si existe o no un derecho a abortar. En efecto, la doctrina del margen de apreciación no permite otorgar discrecionalidad al Estado en materias que constituyen la esencia del derecho protegido por la Convención, sino sólo en la forma específica como

[32] OVEY y WHITE (2002), p. 210. Traducción libre del original en inglés: *"The scope of the margin of appreciation will sometimes be broad and sometimes be narrow depending on the nature of the rights in issue, or on the balancing of competing rights"*.

[33] Véase, por ejemplo, *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 77.

[34] BRAAKE (1999), p. 612, y WILLIAMS (1994), p. 80. Véase también a este respecto *R.H. v. Norway.* (1992), considerando 1, y *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 68. Una visión crítica puede encontrarse en PICHON (2006), p. 436.

cada Estado va cumpliendo con tales derechos, y la forma de lidiar con los problemas que de ello surjan.[35] Así, por ejemplo, esta doctrina puede utilizarse para la determinación de qué es lenguaje obsceno (por tanto no protegido) en un Estado, pero no para que cada Estado determine si la libertad de expresión es un derecho o no, o quiénes deben gozar de esa libertad.[36]

En agudo contraste, las materias que nos ocupan dan cuenta de uno de los más radicales e importantes (si no el más radical e importante) conflictos de derechos fundamentales que puede concebirse. Más aún, apunta nada menos que a determinar quiénes son los titulares de los derechos reconocidos en la Convención. Se trata, por tanto, de problemas tan centrales, tan fundamentales, que parece inconcebible que un instrumento internacional creado específicamente para la protección de los derechos fundamentales no establezca una respuesta o mínimo al respecto. En otras palabras, los propósitos mismos de la Convención, así como su autoridad normativa y moral,[37] quedan insatisfechos y disminuidos cuando la Corte Europea se niega a responder preguntas tan relevantes para los derechos fundamentales como las señaladas. Mayor fuerza cobra el raciocinio anterior si se considera que estamos hablando de la vulneración total de un derecho y no sólo de restricciones al mismo, y que el derecho invocado es justamente el más primordial de todos: la vida.

Sostenemos, por tanto, que la aplicación del margen de apreciación ha ido demasiado lejos en estas materias, dando pie para que cada país se sienta con la libertad de definir si permite o prohíbe el aborto[38] y cuándo comienza la vida y su protección.[39] Ello tampoco se condice con la naturaleza del margen de apreciación, el cual sólo puede aplicarse una vez que las preguntas básicas han sido respondidas, y no como sustituto de tales respuestas. De lo contrario, la Corte Europea queda sin orientación o parámetro alguno para la aplicación de la doctrina en comento, ya que todo "margen" supone límites a ambos lados, y son justamente esos límites los que están faltando en estos casos. La doctrina del margen de apreciación, por tanto, sólo funciona sobre ciertos mínimos predeterminados, y no puede utilizarse entonces para determinar esos mismos límites. El resultado práctico es la total discrecionalidad de la Corte Europea en estas materias, la que a su vez pareciera haber abdicado de tal discrecionalidad en favor de los Estados.

[35] Véase *Vo v. France* (2004), opinión disidente del juez Ress, considerando 8-9.
[36] Ver *Handyside v. The United Kingdom* (1976). También OVEY y WHITE (2002), p. 210.
[37] A este respecto, Williams nos recuerda que la Convención Europea *"is a moral declaration as well as a legal document"*, en WILLIAMS (1994), pp.79-80.
[38] FELDMAN (2002), pp. 204 y ss.
[39] PICHON (2006), pp. 435-436. Véase también *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 54.

En segundo lugar, es innegable que el marco en análisis, así como los resultados de su aplicación, causan gran incertidumbre, la cual produce una serie de consecuencias negativas. En primer término, despoja a la Convención de parte importante de sus efectos disuasivos, ya que desarrolla en los Estados la convicción de que casi cualquier decisión en las materias analizadas podrá ser justificada bajo el margen de apreciación que les reconoce la Corte Europea. En segundo término, afecta negativamente a las posibles víctimas, quienes deben sumar a las ya numerosas dificultades de litigar a nivel europeo (agotamiento de recursos internos, costos, viajes, demora que puede ser crucial en materia de derechos fundamentales, etc.), la imposibilidad de realizar una evaluación seria de las probabilidades de éxito que tiene su caso ante la Corte Europea. En tercer término, la incertidumbre respecto del momento en que comienza la vida y el estatus del no nacido repercute fuertemente en otras materias de gran actualidad, tales como la clonación, la manipulación genética, entre otras.[40] Finalmente, se trata de una postura que es en esencia una "no-postura", lo que genera litigación por razones incluso opuestas, e.g., tanto por no respetar suficientemente un derecho al aborto *(Tysiac versus Polonia, D versus Irlanda)*, como por no proteger en forma apropiada los derechos del no nacido *(Vo versus Francia)*.

En tercer lugar, el marco de análisis utilizado por la Corte Europea en los casos revisados consiste en una forma de trabajo que fomenta la continuación de la situación actual, donde la Corte Europea no ha sido capaz de desarrollar una postura clara y consistente en las materias en estudio. Esta realidad de estancamiento no puede ser buena para la propia Corte Europea, y da lugar a fuertes tensiones y divisiones internas. Tales problemas se manifiestan nítidamente en la cantidad, contenido y tono de las opiniones separadas y de minoría que aparecen junto a cada fallo que se dicta sobre estos tópicos.[41] Tales opiniones reflejan, adicionalmente, las tremendas y opuestas presiones a que está sujeta la Corte Europea, así como la fuerza de las convicciones personales que tienen los jueces sobre estos puntos.

2. Algunos criterios relevantes para la Corte Europea

La falta de definición ya comentada sobre las materias en estudio, así como la política de analizar cada caso en su propio mérito, nos obliga a intentar identificar qué criterios podrían ser relevantes para la Corte Europea en casos

[40] Ver PICHON (2006), p. 440, e indicios de esto también pueden encontrarse en *Vo v. France* (2004), considerando 84.

[41] Véase, a modo ejemplar, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992); *Vo v. France* (2004); *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977); *Boso v. Italy* (2002), y *Tysiac v. Poland* (2007).

futuros. Basados en la jurisprudencia analizada en la sección III. precedente, consideramos que algunos de tales elementos serían los siguientes.

a) La etapa del embarazo en que se encuentra la mujer[42]

Siguiendo la tendencia norteamericana,[43] los eventuales derechos del no nacido parecieran ir fortaleciéndose en la medida que transcurren los meses de gestación. Lo mismo sucede con el interés público o la necesidad estatal de conservar la vida del no nacido. A la inversa, los derechos de la mujer a la autonomía corporal, privacidad, etc., primarían con mayor facilidad en los primeros meses del embarazo.

La Corte Europea ha buscado apoyo para este criterio en las legislaciones de los Estados, varios de los cuales parecieran reconocerlo como tal.[44] Considerando la naturaleza esencialmente polémica de la materia que nos ocupa, no es sorprendente que la Corte Europea utilice este factor, en cuanto reuniría cierto consenso entre los países sujetos a su jurisdicción.

Cabe destacar, sin embargo, que todos los casos analizados en que se impugnaba la normativa abortiva se referían a situaciones en que el embarazo estaba en sus primeras etapas. Lo anterior permite especular que quizás la Corte Europea podría mirar con otros ojos un caso en que el no nacido tuviese un desarrollo mayor, reconociéndole estatus de persona y titular del derecho a la vida bajo el artículo 2 de la Convención.[45]

En todo caso, pese a la influencia que la consideración a la etapa de desarrollo del embarazo pareciera tener, las Instituciones Europeas jamás han considerado la viabilidad del no nacido como el factor determinante en materia de aborto, i.e., impidiéndolo después de ese momento y permitiéndolo antes. No obstante lo anterior, la similitud del criterio en estudio con aquellos considerados en la experiencia norteamericana no ha pasado desapercibida para algunos autores, quienes ya han propuesto la viabilidad como criterio determinante bajo la Convención.[46]

b) La protección de la salud o la vida de la mujer

La jurisprudencia estudiada pareciera demostrar que las Instituciones Europeas consideran con mucha mayor simpatía la posible interrupción del

[42] *Paton v. The United Kingdom* (1980); *R. H. v. Norway* (1992) y *D v. Ireland* (2006).
[43] Consolidada desde *Roe v. Wade* (1973). Véase CHOPER (2001) pp. 374 y ss.
[44] BRAAKE (1999), p. 612.
[45] Véase a este respecto CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (2004), pp. 8-9.
[46] PLOMER (2005), pp. 313 y 334, y BRAAKE (1999), p. 608.

embarazo cuando aquella se lleva a cabo para proteger la vida de la mujer, o incluso su salud.[47] La fuerza de este factor ha sido tal en algunos casos, que llega a dar la impresión de que la Corte Europea ha considerado (si bien nunca lo ha dicho) que el aborto sólo debiera permitirse si hay amenaza para la vida o salud de la madre.[48]

En nuestra opinión, esta es una consecuencia evidente del hecho de que la Convención proteja sin duda alguna el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la mujer. En efecto, aun si las Instituciones Europeas declararan amparado al no nato por la Convención, en el caso de peligro para la vida o la salud de la madre, se gatillaría un proceso de balance de derechos en que no parece descabellado *a priori* negar la posibilidad de optar por la madre. Volveremos a este punto más adelante.

Por supuesto que la arista delicada en este tópico es determinar qué tan amenazada debe estar la vida de la madre, o más difícil aún, qué tan amenazada debe estar su salud. Esta última cuestión se hace aun más compleja en el caso de la salud mental... ¿bastaría una depresión para justificar un aborto ante la Corte Europea?; ¿sería suficiente el stress causado por el rechazo social al embarazo de una madre soltera?, etc. La jurisprudencia estudiada no parece dar mayor orientación en estos puntos, con la relativa excepción del caso *Tysiac versus Polonia*. Más allá de los argumentos formales utilizados por la Corte Europea para resolver dicho caso, y de que aquella razonó sobre la base de que el aborto terapéutico era legal en Polonia, es posible imaginar que la eventual ceguera podría considerarse una afectación de la salud de la madre de magnitud suficiente como para justificar un aborto. Del mismo modo, alguna conexión podría aventurarse en relación al grado de incapacidad laboral que pudiera causar el embarazo.

c) Las concepciones morales y religiosas de cada Estado.

A nuestro parecer, el mayor obstáculo que enfrenta la Corte Europea para resolver el estatus del no nacido es justamente la diferencia de pareceres entre los Estados. A su vez, estos pareceres hunden profundas raíces en factores éticos, religiosos, morales, ideológicos y socio-culturales. La enorme fuerza que tales factores ostentan en cada sociedad se hace sentir con particular agudeza y radicalidad en las materias en estudio. Es por ello que la Corte Europea teme, con razón a nuestro juicio, que una imposición "europea" en

[47] Ver *Paton v. The United Kingdom* (1980); *Boso v. Italy* (2002), y *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992). Implícito en *Tysiac v. Poland* (2007) y *D v. Ireland* (2006).
[48] *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *Vo v. France* (2004).

> tales tópicos provoque la abierta rebelión de las poblaciones y los Estados que se sientan vulnerados por el nuevo "estándar europeo".[49]
>
> En esta línea, la jurisprudencia de las Instituciones Europeas ha repetido majaderamente que no habiendo consenso en estas materias, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación sobre las mismas (véase la sección IV.1 precedente]. Al estudiar los fallos de aquellas instituciones, sin embargo, aparece claramente que la observación de tal margen ha significado tomar en gran consideración las convicciones morales del país en cuestión, así como su fehaciente comprobación. Particular fuerza se ha otorgado, por ejemplo, a los plebiscitos irlandeses que han arrojado contundentes mayorías antiabortistas y a favor del derecho a la vida del no nacido en cuanto persona humana integral.[50]

En consecuencia, cabe inferir que a mayor fuerza de las convicciones, y a mayor democraticidad de las decisiones que al respecto tome una sociedad, mayor debiera ser el respeto y la deferencia que demuestre la Corte Europea.

d) Otros factores

Criterios adicionales a los anteriores que han sido mencionados en los fallos analizados, algunos de ellos en forma más bien indirecta, son la edad de la madre;[51] su estado de salud en general (independientemente de que el embarazo en sí afecte o no su salud);[52] las razones que tenga una mujer para terminar su embarazo;[53] la razonabilidad de las condiciones impuestas por la legislación para otorgar el derecho al aborto,[54] así como la realidad social que subyace tras la normativa en esta materia.[55]

De los factores antes señalados, no cabe duda que los dos últimos se presentan como particularmente dúctiles para la Corte Europea, abriéndole amplias posibilidades de intervención respecto de la situación del no nacido y la regulación del aborto en cada país.

[49] Véase a WILLIAMS (1994), pp. 79-80, quien agrega que sería poco sabio que un tribunal compuesto exclusivamente por hombres decida asuntos que afectan tanto a las mujeres.
[50] Ver *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992) y *D v. Ireland* (2006), considerando 16.
[51] Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73.
[52] Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73; *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerando 22; *Boso v. Italy* (2002), considerando 2; *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 62, y *Tysiac v. Poland* (2007).
[53] Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73.
[54] *Boso v. Italy* (2002), considerando 1, y *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerando 22.
[55] *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 121, y *D v. Ireland* (2006), considerando 102.

3. La Corte Europea observa otras jurisdicciones

Los fallos analizados en la sección III, precedente, dejan en evidencia que la Corte Europea, al tratar las sensibles materias en estudio, otorga gran importancia a lo que sobre ellas se ha resuelto en otras jurisdicciones y legislaciones, e incluso las opiniones de otros organismos internacionales no judiciales.

Dentro de esta apertura de la Corte Europea a otras experiencias, deben distinguirse dos situaciones:

a) Los fallos y normas internas de cada Estado miembro de la Convención

La Corte Europea tiende a otorgar gran importancia a lo que han resuelto los tribunales de los Estados, vale decir, los órganos domésticos de aquellos países que son partes de la Convención, así como a las normas nacionales que les sirven de sustento. En general, la influencia de estas decisiones y regulaciones internas aumenta notoriamente en dos situaciones: i) cuando la Corte Europea es capaz de deducir un consenso o patrón común si no a todas, al menos a la generalidad de las jurisdicciones bajo su tutela, y ii) cuando la Corte Europea no ha sido capaz de definir un estándar europeo en la materia respectiva (que es justamente nuestro caso). En tales circunstancias, son las jurisdicciones nacionales las que podrían determinar el futuro estándar de la Convención.[56]

En razón de lo anterior, cabe puntualizar las siguientes observaciones en relación a la situación del no nacido y del aborto en los Estados:

- la virtual totalidad de los Estados reconoce ciertas alternativas legales de aborto. Se ha argumentado que la mera existencia de leyes de aborto probaría que el no nacido es un titular de derechos que deben protegerse, ya que tales leyes son necesarias para legalizar excepciones a la regla general que es el respeto al no nacido.[57] No obstante lo anterior, es probable que la Corte Europea considere este antecedente en forma opuesta, vale decir, como un indicio de la existencia de un derecho al aborto.

- La mayoría de las legislaciones de los Estados reconoce, en algún punto del embarazo, que el derecho a la vida del no nacido, o el interés público en ese ser y la necesidad de protegerlo, alcanza una importancia tal que puede prevalecer por sobre los derechos de la madre.[58]

[56] BRAAKE (1999), p. 612.
[57] PICHON (2006), p. 440.
[58] PLOMER (2005), p. 336 *"there is a large degree on consensus in Europe that the period between 22 and 28 weeks marks the point at which foetal interests in life become compelling, although not necessarily sufficient to ultimately trump the right to life of the pregnant woman".*

- La virtual totalidad de los Estados miembros otorgan cierto reconocimiento y alguna protección al no nacido como un interés legal independiente, y le conceden ciertos derechos (e.g., herencia).[59]

- La situación jurídica del no nacido y del aborto es esencialmente mutable, y ha ido variando en las últimas décadas. Existe una tendencia marcada hacia la liberalización del aborto,[60] contrastada, sin embargo, con la creciente preocupación por el estatus del no nacido y sus consecuencias para la investigación genética, la clonación, la investigación con cédulas madre y embriones, entre otros.

- Existe una minoría de Estados fuertemente comprometidos con el derecho a la vida del no nacido (e.g., Irlanda, Polonia, Malta), y abiertamente hostiles a cualquier fallo de la Corte Europea que les imponga alguna obligación en contrario.

Consideramos que, de lo anteriormente expuesto, se deduce que la situación del no nacido no es lo suficientemente clara en la normativa y jurisprudencia interna de los Estados. Mal podría por tanto la Corte Europea extraer un estándar europeo de esta fuente. En efecto, más allá de la consagración del aborto con mayores o menores restricciones, subsiste la duda fundamental acerca del estatus del no nacido y las consecuencias que de ello se deducen para el ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo anterior sin mencionar la eminente intensidad de las convicciones opuestas que existen en las materias analizadas.

b) Otras fuentes

Agrupamos bajo este encabezado otras influencias que ha reconocido la Corte Europea, que sin embargo no llegan a gozar de la importancia de las normativas y jurisdicciones domésticas.

Es así como la Corte Europea ha considerado en más de una ocasión las experiencias y decisiones de la Corte Suprema norteamericana,[61] quien, a diferencia de aquella, sí ha expresado juicios más determinantes acerca de algunas de las materias que nos ocupan. En efecto, desde *Roe v. Wade* el aborto no puede ser prohibido en ningún estado de Estados Unidos, y se ha negado al no nacido el carácter de persona y titular de derechos constitucionalmente protegidos.[62]

[59] FREEMAN (1994), p. 655.
[60] FREEMAN (1994), p. 617.
[61] Véase, a modo ejemplar, *Evans v. The United Kingdom* (2007), y *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977).
[62] Véase CHOPER (2001), pp. 374 y ss.

La influencia norteamericana puede observarse en la tendencia a considerar al aborto como un tema propio del derecho a la privacidad, derecho protegido por el artículo 8 de la Convención. Debe recordarse, sin embargo, que la Corte Europea estima que bajo ese derecho debe comprenderse también la integridad psíquica y física.[63] De esta forma, no es claro qué aspecto del artículo 8 –privacidad o integridad– es el realmente atingente para la Corte Europea en el tema del aborto.

Del mismo modo, en *Tysiac versus Polonia* la Corte Europea recurrió a los informes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe destacar que dichos informes demuestran una opción bastante clara en contra del no nacido. Es así como la Corte Europea recuerda en el caso citado que Polonia fue expresamente conminada a "liberalizar su legislación y práctica sobre el aborto".[64]

Otra fuente reiteradamente invocada por la Corte Europea ha sido la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[65] En efecto, se la contrasta con su equivalente europeo en cuanto aquella protege expresamente la vida, en general, desde la concepción. Se reconoce de esa forma el derecho a la vida del no nacido, e indirectamente su personalidad, así como la prohibición genérica del aborto. Evidentemente, aquí se abren dos posibilidades de interpretación: o el contraste implicaría que la Convención no protege la vida desde la concepción (por algo no lo dijo expresamente, como lo hace su equivalente americano), o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo posterior, sirve como una fuente de interpretación de la Convención más "evolucionada" y de mayor actualidad.

Haciendo un balance de lo antes señalado, nos parece que la influencia sobre la Corte Europea del conjunto de fuentes y antecedentes mencionados bajo esta letra, apuntan más bien a reforzar la postura pro derecho al aborto y denegatoria de la personalidad y del derecho a la vida del no nacido.

[63] *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 107, y *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 71.

[64] *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 50. Traducción libre del original en inglés: *"The State Party should liberalize its legislation and practice on abortion"*.

[65] Véase, por ejemplo, *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *Vo v. France* (2004).

4. Existe en los fallos una opinión subyacente sobre el aborto y la situación del no nacido

De la cuidadosa lectura de los fallos, queda siempre la sensación de que si bien la Corte Europea evita dar una respuesta directa y expresa sobre el estatus del no nacido y el supuesto derecho al aborto, sí tiene una opinión formada al respecto que de alguna manera se trasunta en tales fallos. En otras palabras, no creemos probable ni verosímil que la Corte Europea no tenga ni haya tenido nunca una convicción sobre tales materias, sino que simplemente omite manifestarla por razones de prudencia y estrategia. Ello por cuanto, como hemos explicado previamente, la ausencia de un consenso europeo sobre tales puntos, unida a la intensidad de las convicciones involucradas, constituyen un formidable disuasivo para que la Corte Europea zanje estas cuestiones.

El punto es que, como señalábamos, el lector de los fallos analizados puede descubrir, o al menos sospechar fundadamente, cuál es la postura de fondo de la Corte Europea. Algunos de tales indicios son los siguientes:

- El lenguaje utilizado. En efecto, no es lo mismo hablar de "niño no nacido" que de "feto", como tampoco es idéntico utilizar el término "derecho al aborto" en vez de "aborto legal"; o referirse a un recurrente como "padre" o sólo como "eventual progenitor". Más importante aún, al Corte Europea ha usado en ocasiones la expresión "balance de derechos" y en otras "balance entre derechos e interés público". Las diferencias son sutiles, pero tremendamente reveladoras respecto de las convicciones de quien utiliza unas y otras expresiones.[66]

- Las opiniones separadas y minoritarias. Ellas abundan en los casos estudiados y prácticamente todas se refieren derechamente a las cuestiones fundamentales que la Corte Europea ha evitado definir. Se prueba así que los jueces individualmente considerados sí tienen una opinión al respecto, y resulta completamente absurdo pensar que se despojan de tal convicción al momento de redactar o concurrir al fallo de la Corte Europea. Una cosa es que no expresen su opinión en tales fallos, pero otra muy distinta es que aquella no haya subyacido e influido en la redacción de los mismos.

- La lógica detrás de algunos fallos se aleja notoriamente de la postura de no-compromiso o no-resolución que ha favorecido la Corte Europea. Tal vez el caso más evidente es *Vo versus Francia*, donde se estimó que no era necesario penar criminalmente el homicidio no voluntario de un no nacido

[66] Véase en esta materia WILLIAMS (1994), pp. 72-73.

para cumplir con las obligaciones positivas del Estado de proteger la vida. Cabe destacar que la jurisprudencia de la misma Corte Europea exige sanciones criminales para vulneraciones graves de ciertos derechos.[67] Al no extender dicha exigencia al homicidio de un no nacido, por no intencional que este sea, se está confesando claramente que para la Corte Europea la vida del no nacido no tiene, ni cercanamente, el valor que posee la vida –u otros derechos menos cruciales– de un nacido.[68]

Otro caso "extraño" en su lógica interna es *Open Door versus Irlanda*: ¿cómo es posible que la prohibición del aborto sea compatible con la Convención, pero no lo sea la prohibición de emitir información respecto de cómo conseguirlo fuera del país? Aceptar que se puede declarar ilícita una acción, pero no la información acerca de cómo realizarla es un contrasentido, particularmente dada la naturaleza criminal de aquella. No sólo contraría los argumentos jurídicos tradicionales de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y de que quien puede lo más puede lo menos, sino que conspira directamente contra la eficacia misma de la prohibición. Este no es un efecto que la Corte Europea pudo no haber vislumbrado, sino que consistía en el centro mismo de la cuestión debatida: ¿cómo voy a asegurar el cumplimiento de una ley si a la vez permito informar con detalle acerca de cómo vulnerarla? En nuestra opinión, este fallo sólo puede entenderse o como una solución de compromiso entre jueces que opinaban diametralmente distinto, o como una forma de ser deferentes con Irlanda sobre materias en que la mayoría de la Corte Europea discrepaba del criterio dominante en ese país.

Finalmente, el caso *Tysiac versus Polonia* es, a nuestro juicio, el ejemplo más evidente de una postura no declarada a favor del derecho de las mujeres al aborto. Nos remitimos a lo ya señalado en la sección correspondiente. Baste agregar que dicho fallo presenta la extraña paradoja de afirmar que un niño, de a la sazón seis años, había nacido como consecuencia de una violación a la Convención.[69]

En conclusión, nos parece que no hay que ser ingenuos. Existen antecedentes e indicios de sobra para sospechar fundadamente que, al menos tras algunos de los fallos analizados en este trabajo, existen opiniones formadas y claras acerca del estatus del no nacido, sus derechos y los de la mujer embarazada.

[67] PICHON (2006), p. 443.
[68] PLOMER (2005), pp. 329-330. Véase también *Kiliç v. Turkey* (2000), considerandos 58-62.
[69] *Tysiac v. Poland* (2007), voto minoría del Juez Borrego, considerando 15.

5. Balance... ¿entre qué?

Una de las doctrinas más asentadas que ocupa la Corte Europea es la necesidad de realizar balances de derechos cuando estos entran en conflicto. El balance es un proceso complejo, el cual se vincula a la naturaleza de los derechos involucrados; las disposiciones de la Convención sobre interferencias con los mismos; la proporcionalidad, entre otros.

La aplicación de este mecanismo en los fallos estudiados, sin embargo, presenta algunas anomalías o dificultades. En primer término, el balance no opera siempre entre derechos (los de la madre, los del padre y los del no nacido),[70] sino que entre los derechos de la madre y el interés público involucrado en su embarazo (o si se quiere, la "necesidad legítima" de proteger al no nacido),[71] o incluso entre ambos y las obligaciones positivas del Estado de asegurar la integridad física de la madre o su privacidad.[72] De esta forma, el conflicto ya no es entre derechos, sino entre derechos, interés público y obligaciones positivas de Estado, circunstancia que debería al menos gatillar una adecuación de la doctrina del balance de derechos para su aplicación a este tipo de casos.

En segundo lugar, para realizar un real balance entre los derechos de la madre y los del no nacido, es indispensable reconocer que ese niño tiene derechos. De lo contrario es imposible balancear nada. Para superar este problema sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, la Corte Europea ha desarrollado la fórmula "incluso asumiendo que..." *(even assuming)*.[73] Ella le permite tratar al no nacido como si hipotéticamente estuviera amparado por la Convención, y evidenciar que aun en tal circunstancia habría fallado como efectivamente lo hizo. Se trata, por tanto, de una fórmula ingeniosa que deja viva la esperanza de un reconocimiento del no nacido como titular de los derechos de la Convención. Sin embargo, aquella produce también problemas relevantes, ya que la estructura misma del balance implica una consideración acabada de los detalles y circunstancias del caso. No se trata de un ejercicio abstracto, sino muy concreto, que se ve severamente dificultado, si no impedido, por la introducción de un factor meramente hipotético como sería la personalidad y el derecho a la vida del no nacido. En otras palabras la Corte Europea no puede realizar un balance efectivo de derechos si no está claro si el no nacido tiene derechos bajo la Convención.[74]

[70] *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *R.H. v. Norway* (1992).
[71] *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), *Boso v. Italy* (2002) y *Evans v. The United Kingdom* (2007).
[72] *Tysiac v. Poland* (2007).
[73] Ver PICHON (2006), p. 436.
[74] FREEMAN (1994), p. 646.

6. ¿Es posible una solución ecléctica: el no nacido es persona pero puede ser abortado?

La fórmula "incluso asumiendo que..." mencionada en el párrafo precedente ha abierto la puerta a la búsqueda de una solución ecléctica. En efecto, en los casos en que aquella fórmula ha sido utilizada,[75] la Corte Europea ha llegado a la conclusión de que aunque el no nacido fuese persona y titular del derecho a la vida, la madre tendría igualmente derecho a abortar, al menos en algunas circunstancias. Ello por cuanto se produciría un balance de derechos que no siempre se inclinaría a favor del no nacido. El ejemplo más evidente sería el caso del aborto terapéutico, pero también podría extenderse a casos de afectación psicológica seria, violación, incesto, etc. De este modo, podría concluirse que la solución a la parálisis actual de la Corte Europea en estas materias sería reconocer que el no nacido es persona, y que tiene derecho a la vida, pero que aquel puede ceder frente a los derechos de la madre, con lo que se salvaría la situación de las leyes permisivas del aborto.

Las consecuencias de adoptar una postura como la descrita serían diversas. Por una parte, representaría una suerte de transacción difícil de digerir para las dos posiciones "tradicionales" en estas materias, ya que ambas invocan principios y creencias de profundo arraigo que no se verían respetadas en su esencia. A nivel práctico, podrían aventurarse los siguientes efectos: restricción de los abortos legales según la legislación doméstica a circunstancias particularmente calificadas; imposición de obligaciones positivas sobre los Estados de prevenir abortos;[76] restricción considerable de la libertad científica en materia de experimentación con embriones, células madres, clonación y similares; entre otras.

Cabe destacar que la doctrina revisada parece mirar con cierta simpatía esta opción, la que además permitiría explicar por qué cuando se firmó la Convención ningún país estimó necesario hacer reservas en relación a sus legislaciones sobre aborto. Debemos recordar que en esa época tales legislaciones eran mucho más restrictivas. En consecuencia, no resultaría descabellado sostener que si bien los Estados consideraron que el derecho a la vida del no nacido estaba protegido por la Convención, ello no entraba en conflicto con casos muy calificados de aborto, particularmente cuando era necesario para proteger a la madre.[77]

No obstante lo anterior, nos parece que no se trata de una solución correcta, ya que intenta un compromiso imposible. En efecto, sería inaceptable reconocer que el no nacido es persona sin ponerlo en exactamente el mismo pie que las

[75] Boso v. Italy (2002), considerando 1, y Vo v. France (2004), considerando 85.
[76] FREEMAN (1994), pp. 660 y ss.
[77] PICHON (2006), p. 440.

demás personas (los ya nacidos). Si es persona, dotado de todos los derechos consagrados en la Convención, se hace muy difícil legitimar la legislación abortiva, más allá de los casos más extremos, si no inexistentes, de aborto terapéutico. En otras palabras, consideramos que la opción es clara: o el no nacido es persona y tienen derecho a la vida, o no es persona y las mujeres tienen por tanto el derecho a abortar. Ambas alternativas son lógicamente incompatibles y valóricamente excluyentes.

V. Conclusiones

1. La Corte Europea nunca ha definido, y se ha negado sistemáticamente a determinar, cuál es, bajo la Convención, el estatus exacto del no nacido, creando una situación de gran incertidumbre. La razón más importante para mantener esta indeterminación sería la divergencia de opiniones que sobre esta materia existe entre los diversos Estados, e incluso dentro de ellos, así como la fuerza e intensidad de las convicciones morales, valóricas y religiosas intervinientes.

2. Los casos fallados por las Instituciones Europeas acusan una exagerada deferencia hacia las posturas que cada país adopte. En virtud de una aplicación equivocadamente extensa de la doctrina del margen de apreciación, los Estados son libres de determinar cuestiones fundamentales para la interpretación y aplicación de la Convención. Entre ellas destaca la decisión acerca del momento en que comienza la vida, así como la facultad de prohibir o permitir el aborto, y en esta última alternativa, por qué causales y en qué período de la etapa de gestación.

3. La Corte Europea ha demostrado cierta tolerancia a permitir la protección de jurisdicciones nacionales al no nacido, siempre y cuando no se plantee que aquel tiene un derecho absoluto a la vida que primaría siempre sobre el de la madre. También ha reconocido que el embarazo no queda completamente subsumido en la privacidad de la mujer, y que existen intereses y bienes jurídicos involucrados que son distintos a los de la madre. No ha llegado a sostener en forma expresa, sin embargo, que el no nacido sea titular de algún derecho.

4. La Corte Europea ha sido particularmente dura con los padres. Ellos carecen del derecho a oponerse al aborto de sus hijos, o incluso a ser consultados, informados, o siquiera escuchados en tales procedimientos.

5. Los fallos analizados demuestran ciertos problemas metodológicos en la forma como la Corte Europea conoce y decide estos casos. La doctrina del margen de apreciación se amplía al punto de perder contenido real, y cada

caso se termina resolviendo de acuerdo a sus circunstancias particulares, contribuyendo muy poco a aumentar la certeza jurídica en esta área. El mecanismo del balance de derechos tampoco se presenta como muy adecuado sin las modificaciones necesarias para adaptarlo a una situación donde confluyen no sólo derechos, sino también intereses públicos y obligaciones positivas de los Estados.

6. Algunos criterios relevantes para la Corte Europea que pueden extraerse de los casos analizados, particularmente en materia de aborto, son la etapa de gestación en que se realiza; si se encuentra comprometida la vida o la salud de la mujer; las concepciones religiosas o morales del Estado en cuestión; la edad de la madre; su estado de salud general; las razones invocadas para poner fin al embarazo; la razonabilidad de las condiciones legales para acceder a un aborto, y la realidad social subyacente en el país en cuestión.

7. La Corte Europea está monitoreando constantemente la normativa y jurisprudencia de los Estados, tanto en búsqueda de estándares y patrones comunes, como de elementos y cánones de decisión. Otras jurisdicciones y organizaciones también son tomadas en consideración (e.g., Corte Suprema de los Estados Unidos).

8. Algunos de los casos estudiados presentan estructuras de argumentación parcialmente contradictorias, excéntricas o fragmentadas, lo cual se explicaría por la necesidad de ocultar en el texto del fallo una decisión subyacente sobre el estándar del no nacido y del aborto. Varios casos sólo se pueden entender cabalmente sobre la base de conocer la postura de la mayoría de la Corte Europea sobre esas materias fundamentales. Las opiniones separadas y disidentes son ilustrativas a este respecto.

9. Es posible que la Corte Europea avance a una solución ecléctica, reconociendo la personalidad, o al menos el derecho a la vida del no nacido, pero negando que aquel se imponga sin más sobre los derechos de la madre. Se impondría de esta forma un balance de derechos. Nos parece que tal solución sería resistida por las principales posturas en estas materias. Adicionalmente, obligaría a examinar detenidamente la legislación sobre el aborto en todos los Estados, la mayoría de los cuales habría ido demasiado lejos en su permisibilidad.

10. No debe olvidarse que la determinación del estatus del no nacido bajo la Convención presenta consecuencias no sólo para el aborto, sino para materias relacionadas con la fertilización asistida; la manipulación genética; la clonación; las investigaciones con embriones, entre otras. En consecuencia, mantener la indefinición actual puede provocar grandes e insospechadas dificultades en una serie de áreas de frontera de la investigación científica.

BIBLIOGRAFÍA

I. Jurisprudencia

1. Corte Europea de Derechos Humanos

Tysiac v. Poland (2007): Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 2007, Solicitud N° 5410/03.

Evans v. The United Kingdom (2007): Corte Europea de Derechos Humanos, 10 de abril de 2007, Solicitud N° 6339/05.

D v. Ireland (2006): Corte Europea de Derechos Humanos, 27 de junio de 2006, Solicitud N° 26499/02.

Vo v. France (2004): Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de julio de 2004, Solicitud N° 53924/00.

Boso v. Italy (2002): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de septiembre de 2002, Solicitud N° 50490/99.

Kiliç v. Turkey (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de diciembre de 2000, Solicitud N° 22492/93.

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland (1992): Corte Europea de Derechos Humanos, 29 de octubre de 1992, Solicitudes N°s 14234/88; 14235/88.

Handyside v. The United Kingdom (1976): Corte Europea de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1976, Solicitud N° 5493/72.

2. Comisión Europea de Derechos Humanos

R.H. v. Norway (1992): Comisión Europea de Derechos Humanos, 19 de mayo de 1992, Solicitud N° 17004/90.

Paton v. The United Kingdom (1980): Comisión Europea de Derechos Humanos, 13 de mayo de 1980 , Solicitud N° 8416/78.

Bruggemann and Scheuten v. Germany (1977): Comisión Europea de Derechos Humanos, 12 de julio de 1977, Solicitud N° 6959/75.

3. Corte Europea de Justicia

The Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Stephen Grogan and others (1991): Corte Europea de Justicia, 11 de Junio de 1991, Case C-159/90.

4. Corte Suprema de los Estados Unidos

Roe v. Wade (1973): Corte Suprema de Estados Unidos, 22 de enero de 1973, Case 410 U.S. 113.

II. Doctrina

1. Artículos de Revista:

BRAAKE, Trees (1999): "Late Abortion And The European Convention For Human Rights", *Medicine and Law*, Vol. XVIII N° 4: pp. 607-612.

FREEMAN, Katherine (1994): "The Unborn Child And The European Convention On Human Rights: To Whom Does "Everyone's Right to Life" Belong?", *Emory International Law Review*, Vol. VIII N° 2: pp. 615-665.

PICHON, Jacob (2006): "Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in Judgment Vo v. France", *German Law Review*, Vol. VII N° 4: pp. 433-444.

PLOMER, Aurora (2005): "A Foetal Right To Life? The Case Of Vo v. France", *Human Rights Law Review*, Vol. 5 N° 2: pp. 311-338.

WILLIAMS, Glanville (1994): "The Fetus And The "Right To Life"", *Cambridge Law Journal*, Vol. LIII N° 1: pp.71-80.

2. Libros

CHOPER, Jesse H. et al (2001): *Constitutional Law: Cases - Comments - Questions*, 9ª Edición (Estados Unidos, West Group), 1575 pp.

FELDMAN, David (2002): *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2ª Edición (New York, Oxford University Press), 1108 pp.

OVEY, Clare y WHITE, Robin C.A (2002): *European Convention on Human Rights*, 3ª Edición (New York, Oxford University Press), 506 pp.

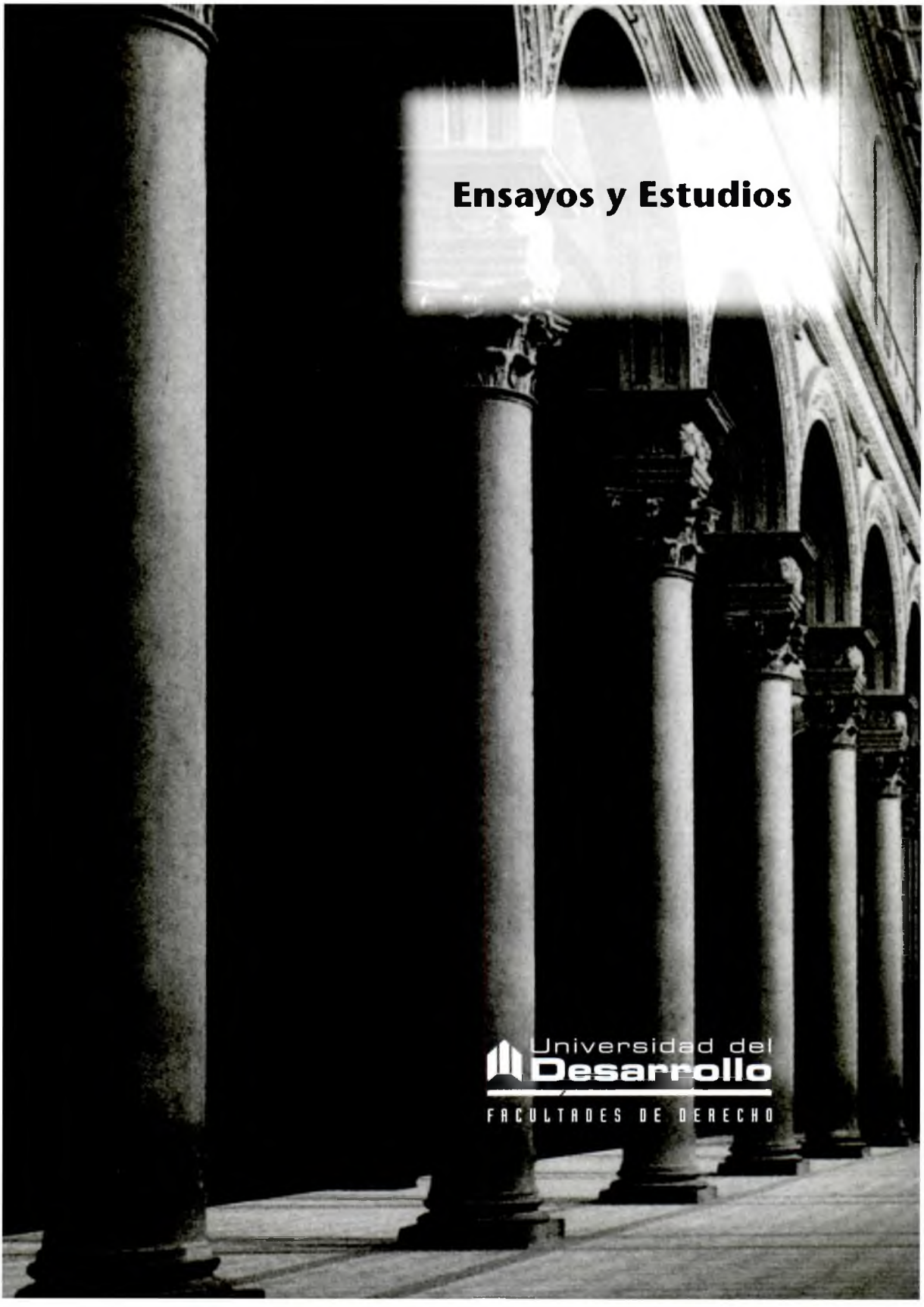
III. Otras Fuentes

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (2004): Reproductive Rights in the European Court if Human Rights.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ESTATUTOS DEL CONSEJO DE EUROPA


Ensayos y Estudios
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Pacta sunt servanda

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Importancia y extensión

1. El principio enunciado –*pacta sunt servanda*– constituye uno de los pilares de nuestro derecho. Todo el edificio jurídico, construido sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y conscientemente. "Los pactos se celebran para cumplirlos". "Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla". "Los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse". Si todo ello no ocurre, será la coerción aportada por el Estado la llamada a imponer la ejecución forzada de la conducta convenida.

2. Nuestra legislación civil vela para que la regla jurídica que surge del acuerdo intersubjetivo sea válida. De aquí las normas que regulan la voluntad y la manera en que ella debe manifestarse para producir efectos jurídicos, la naturaleza del objeto sobre que recae el acuerdo, la causa que impulsa a los interesados a contratar, las formalidades externas a que deben someter su actuar, etcétera. Por otro lado, en el campo del derecho privado puede hacerse "todo aquello que no está expresamente prohibido en la ley". Este principio –contrario al que impera en el campo de derecho público, en el cual la autoridad sólo puede hacer aquello a que se encuentra expresamente facultada– extiende considerablemente el campo de acción de la voluntad como generadora de derecho convencional. No es exagerado sostener, entonces, que es éste el campo más fecundo en lo que dice relación con la creación del derecho y la regulación jurídica de la conducta social. Dicho en otras palabras, el ámbito de la voluntad desborda largamente cualquier otra fuente formal de derecho (ley, reglamento, costumbre, tratados internacionales, resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etcétera). Lo que se señala no es inocuo, porque importa reconocer que el derecho que nos afecta está creado con nuestra propia y directa intervención. Este hecho no ha sido suficientemente analizado y valorizado, desconociéndose la capacidad creadora que el sistema jurídico pone en manos de todos los sujetos de derecho. Lo que hemos denominado "derecho convencional" ocupa un lugar preponderante en el sistema jurídico,

lo cual es indicativo de que son los propios imperados los llamados a darse preferentemente el derecho que regula su conducta.

3. Desde otra perspectiva, el principio *pacta sunt servanda*, en la medida que sea reconocido y reforzado en la legislación, constituye una "garantía" para quienes celebran un contrato. De aquí que el artículo 1545 (con el cual Bello encabeza el Título XII del Libro IV del Código Civil, "De los Efectos de las Obligaciones"), eleve su poder vinculante al que corresponde a una ley, cuestión de la mayor importancia, que analizaremos detenidamente más adelante, y que anticipa la trascendencia que en nuestra legislación se asigna a lo que podríamos caracterizar como "derecho contractual" (especie dentro del concepto de "derecho convencional"). De todo contrato nacen derechos y obligaciones. Todos ellos gravitan en el patrimonio del deudor y del acreedor, sea activa o pasivamente. Es aquí en donde entra en juego el llamado "derecho de prenda general", que, unido a la intangibilidad del contrato, asegura la satisfacción pecuniaria que se tuvo en consideración al momento de contratar. Puede, por lo tanto, adelantarse la vinculación que existe entre el principio "*pacta sunt servanda*" y el principio de "prenda general", puesto que es en virtud de la fuerza obligatoria del contrato que se afecta o grava el patrimonio del deudor u obligado.

II. Un marco conceptual básico

1. En el derecho moderno, el imperado interviene directa e indirectamente en la gestación (creación) del derecho que le concierne. Entendemos que aquello que "le concierne" dice relación con los mandatos que están dirigidos a regular "su" conducta. La **intervención indirecta** se realiza mediante los actos eleccionarios, en que los ciudadanos concurren a constituir una "potestad" (sea ella ejecutiva o legislativa). La **intervención directa** se realiza por medio del otorgamiento de actos o contratos en que cada individuo "se da" su propio derecho en ejercicio de una potestad, la "autonomía privada", de la cual están dotados todos los sujetos con o sin capacidad legal de ejercicio (aquellos que carecen de la aptitud para obligarse por sí mismos sin el ministerio o autorización de otro ejercen esta potestad por medio de sus representantes legales o autorizados por ellos), y de la facultad que el sistema acuerda a los destinatarios de las normas jurídicas para intervenir en su aplicación y cumplimiento.

2. Para una cabal comprensión del fenómeno jurídico es indispensable formular una distinción esencial de las fuentes formales de derecho. Por un lado, deben distinguirse las "**normas**" o mandatos generales y abstractos, otorgados por la autoridad (potestades constituyente, legislativa y reglamentaria); y, por el otro, las "**reglas**" o mandatos particulares y concretos, que pueden ser dictadas por autoridades o bien por el propio destinatario o con su participación (potestad

administrativa, jurisdicción, autonomía privada). Constatada esta diferencia, se descubre que una norma no está llamada a cumplirse directamente y que ello sólo ocurre cuando se dicta una regla que, fundada en la norma, singulariza el mandato general y abstracto de la primera. (No es posible dar cumplimiento a una abstracción sin que previamente ésta sea singularizada y transformada en un mandato específico y concreto).

3. La cuestión planteada nos conduce a enfrentar dos interrogantes, igualmente esenciales: qué papel desempeña la norma (si ella no se cumple directamente por el imperado), y de qué manera se singulariza el mandato general y abstracto para hacer posible su cumplimiento. La primera se resuelve comprobando que la norma tiene como único destino servir de fundamento a la regla. En otros términos, la norma es el "marco" dentro del cual deberá elaborarse la regla, lo cual permite transferirle "validez jurídica" (capacidad de obligar). Dicho más claramente, una "regla" vale en la medida en que está fundada en una "norma", siendo esta última, por consiguiente, el instrumento que confiere poder vinculante a la "regla". La segunda interrogante (de qué manera se singulariza el mandato general y abstracto) tiene una respuesta más simple: el mandato normativo se singulariza por medio de la regla, a la cual se transfieren los elementos normativos que le confieren validez jurídica. Esta última, en cuanto mandato particular y concreto, fundado en una norma, es lo que realmente debemos acatar en la vida social. La relación entre norma y regla es riquísima. La una (la norma) es fundante; la otra (la regla) es fundada. La una (la norma) "reina, pero no gobierna"; la otra (la regla) gobierna, pero en el ámbito y dentro de los límites establecidos por la norma. Una (la norma) contiene un mandato general y abstracto; la otra (la regla), un mandato particular y concreto que hace posible ejecutar lo preceptuado en la primera. En suma, las normas se cumplen a través de las reglas; entre unas y otras, por lo tanto, deberá existir una plena coherencia y armonía.

4. Es curioso constatar que los imperados sólo cumplimos "reglas", aquellas que han sido generadas por aplicación de las normas. Tan es así, que el sujeto está obligado por las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales y los actos y contratos, todos ellos mandatos de efecto relativo (sólo alcanzan al destinatario de la regla). Pero cabe, aún, explicar cómo el destinatario cumple en forma voluntaria (espontáneamente) el mandato normativo. No está de más recordar que esta forma de realización del derecho constituye uno de los presupuestos de lo que llamamos "estado de derecho", puesto que es imposible concebir su funcionamiento sino en la medida en que la gran mayoría acata el mandato contenido en la norma sin necesidad de recurrir a la coerción. El cumplimiento coercitivo de las reglas está reservado para casos excepcionales y los órganos encargados de ello sólo pueden actuar en la medida que el incumplimiento no se generalice. En este marco, el cumplimiento espontáneo del derecho se produce dándose el destinatario de la norma una "regla" a sí mismo, sin la intervención

de otra persona. Dicho de manera distinta, el mismo sujeto destinatario de la norma singulariza el mandato general y abstracto, elaborando la regla que le sirve de sustento para cumplir la norma. A esta regla, que es, sin duda, la que más abunda en el continente social, la hemos llamado **"regla personal, tácita y autocompuesta"**, atendiendo a sus caracteres generales.

5. La estructura que hemos descrito es lo que permite afirmar la unidad, coherencia y lógica interna del derecho y lo que hace posible sostener que la validez jurídica es **"derivada"** (toda norma y toda regla obliga porque otra norma, jerárquicamente superior, le confiere validez). El valor jurídico, por lo mismo, es consecuencia de la transferencia a la norma inferior o la regla, en su caso, de los elementos normativos contenidos en la norma superior. Si se preguntara por qué razón una norma jurídica vale (obliga), la respuesta sería: porque formal y materialmente está dictada y de acuerdo con una norma superior del mismo ordenamiento jurídico.

6. Lo que nos parece más sorprendente, es el hecho de que en la vida social, atendiendo al perfeccionamiento del sistema jurídico, los imperados sólo cumplen el derecho que ellos han generado (actos y contratos y reglas personales), o el derecho que se ha creado con su participación real o virtual (sentencias judiciales y actos administrativos). Así, por vía de ejemplo, sólo me empecen las sentencias judiciales en que he intervenido; los contratos que he suscrito; y los actos administrativos que me conciernen y que se han gestado con mi participación o en los que he podido reclamar su revisión, sea en el ámbito administrativo o judicial. Lo que se señala importa un paso gigantesco en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, puesto que la mera imposición de antaño ha quedado atrás y ya no es suficiente para imponernos una determinada conducta. Por lo mismo, toda "regla" que compromete "mi conducta" debe haberse gestado, paralelamente, con "mi intervención".

7. Fue Hans Kelsen quien con más precisión destacó el papel que juega la norma en la ordenación de la conducta social. Él habla de que se trata de un "marco" incompleto que reconoce siempre un espacio al juez, a la autoridad administrativa o a los particulares (sea para cumplir espontáneamente el derecho o para elaborar reglas en ejercicio de la "autonomía privada"). A este respecto nos dice que la determinación que la norma superior hace de la inferior o de la regla "no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente el acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar".[1]

[1] Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Gernika. 1993. Pág. 64.

8. Es indudable que de las cuatro "reglas" mencionadas (resolución administrativa, sentencia judicial, acto o contrato, y regla personal tácita y autocompuesta), es el contrato el más importante, tanto porque abarca la mayor parte de las conductas sociales, como porque en el campo de derecho privado puede hacerse todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido. No obstante la expansión cada día más agresiva del concepto de "orden público", que delimita y restringe la autonomía privada, siguen los particulares siendo soberanos en una vasta zona de influencia jurídica.

9. Siguiendo la concepción antes referida, el "acto o contrato" sólo es válido y, por ende, obliga, en la medida en que formal y materialmente se ajuste a la norma superior. Y es esto, precisamente, lo que se desprende del artículo 1445 del Código Civil, al indicar los requisitos que deben concurrir para que una persona pueda obligarse para con otra por un acto o declaración de voluntad. El contrato implica expresión (exteriorización) de voluntad y formación del consentimiento (concurso real de voluntades) libre de vicios; la existencia entre ambos contratantes de un propósito común y compartido (que se contiene en el objeto y la causa), aun cuando se trate de intereses contrapuestos (p. ej. comprador y vendedor que coinciden en el propósito de que un bien se desplace de un patrimonio a otro; o entre arrendador y arrendatario que coinciden en que el uso de un bien determinado pase de manos del propietario a un tercero).

10. Si el contrato nace del consentimiento o concurso real de voluntades, es bien obvio que sólo pueden cesar sus efectos por dos causales: el mutuo disenso, conforme el principio según el cual "las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen"; y otros motivos legales, vale decir, especialmente reglamentados, los cuales, a su vez, pueden ser convencionales y no convencionales. Lo que se señala es lo que expresa el artículo 1545 del Código Civil según el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales". De aquí nace la **intangibilidad del contrato**, el cual se asimila a los efectos propios de la ley (en este caso ley particular que sólo alcanza a los contratantes y sus causahabientes). Nótese que el artículo trascrito se refiere a la "invalidación del contrato", mientras que el artículo 1567 del Código Civil alude a la "extinción de las obligaciones", no obstante que, sin duda, contiene la enumeración de las causas por medio de las cuales se extingue el contrato. Ello nos parece perfectamente coherente, porque los modos de extinguir las obligaciones abarcan tanto aquellas de carácter contractual, extracontractual y legal, y porque, cuando las obligaciones nacen del contrato, como es obvio, este también se extingue, puesto que las obligaciones no son sino un efecto del mismo. Incluso más, puede extinguirse el contrato y subsistir la obligación, como sucede, por ejemplo, con las obligaciones naturales a que se refiere el artículo 1470 N°s 1 y 3 del Código Civil.

11. La intangibilidad del contrato tiene, entonces, un reconocimiento del más alto nivel, al asimilarse, para estos efectos, a la categoría de ley, es decir, de un mandato normativo (general), pero sin perder su fisonomía de regla particular. La ley tiene efecto *erga omnes* (absoluto), en tanto el contrato un efecto relativo (sólo alcanza a quienes lo han celebrado y sus causahabientes). Sin embargo, nosotros diríamos, más bien, que el contrato tiene un efecto *erga omnes* atenuado. ¿Qué implica esta afirmación? En pocas palabras, que el contrato no obliga a terceros que no hayan sido partes en él, pero tiene, a pesar de ello, efecto absoluto en cuanto debe ser considerado como ley particular entre quienes lo han celebrado. De allí que sea oponible a terceros, no su contenido y regulación jurídica, pero sí su existencia como norma particular entre quienes son partes del mismo. Por ende, puede un contratante excepcionarse de una obligación frente a un tercero ajeno al contrato, aduciendo la existencia del mismo, lo que sucede, por ejemplo, cuando se le imputan los daños que el arrendatario ha causado a un tercero con ocasión del uso de la propiedad, o cuando el arrendatario deduce una tercería de posesión respecto de los muebles introducidos en el inmueble arrendado. Más todavía, la teoría general del contrato plantea un **"efecto expansivo"**, el cual permite invocarlo para comprometer la responsabilidad de un tercero. Tal ocurre, por ejemplo, cuando la víctima de un accidente automovilístico, cuya causa fue un desperfecto mecánico, acciona en contra del garaje encargado de la mantención y reparación del vehículo que causó el daño. Como puede observarse, el contrato tiene un efecto mucho más amplio de lo que usualmente se considera, pero, en todo caso, diferente del efecto *erga omnes* de la ley. Creemos, por ende, que el efecto del contrato no sólo se relaciona con sus consecuencias inmediatas (derecho y obligaciones que él genera), sino, también, con su existencia como parte integrante del estatuto jurídico de un sujeto de derecho. Desde esta perspectiva, hay que asumir que cada sujeto de derecho está inserto en un determinado estatuto jurídico que lo condiciona. Así ocurre con quien contrata, puesto que todas las obligaciones que se han asumido con antelación pesan sobre el patrimonio del deudor y afectan, en consecuencia, los derechos que los terceros pueden ejercer en su contra.

12. De lo expresado se infiere, entonces, que el contrato forma parte, como se dijo, del estatuto jurídico adscrito a la persona que lo ha celebrado y que, en tal condición, debe ser reconocido por los terceros, que si bien no están obligados por sus estipulaciones, no pueden eludir la existencia del mismo en lo que atañe a sus relaciones personales con cualquiera de las partes contratantes. Lo anterior explica una serie de acciones concedidas a los terceros (que no son parte del contrato) para impugnarlo cuando éste afecta sus intereses. Así sucede con la acción de simulación y la acción pauliana, destinadas ambas a dejar sin efectos contratos que lesionan los derechos de los terceros.

13. El contrato debe ser considerado como una hipótesis relacional. Ello significa que una vez perfeccionado desencadena determinadas consecuencias, entre las cuales debe mencionarse el nacimiento de derechos subjetivos y obligaciones (objeto del contrato). Los derechos subjetivos, al decir de nuestro Código Civil, son **cosas incorporales** (artículo 576), las cuales, a su vez, pueden ser **reales** (artículo 577) y **personales** (artículo 578). Lo más trascendente, en este orden de cosas, es el hecho de que entre nosotros puedan constituirse "derechos sobre derechos". Lo señalado se desprende, entre otras disposiciones, de lo previsto en el artículo 583 del Código Civil, que dice: "Sobre las cosas incorporales (meros derechos) hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo". Por consiguiente, el derecho de dominio se constituye sobre el derecho de usufructo. Pero lo más significativo es la letra de nuestra Constitución Política de la República que, entre los derechos fundamentales más importantes incorpora la garantía al derecho de propiedad "en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales". Dicho de otro modo, la Constitución asegura a todas las personas el derecho de dominio sobre los derechos reales y personales, en términos de que "nadie, en caso alguno, puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador". Refuerza este mandato lo dispuesto en el mismo artículo 24 de la Carta Política Fundamental en sus números 23 y 26.

14. Lo anterior nos obliga a precisar qué debe entenderse por "derecho subjetivo". Unificando las teorías formuladas por Federico von Savigny (cuyo máximo divulgador es, sin embargo, Windscheid) y por Rudolph von Ihering, el derecho subjetivo se ha definido como "el poder de la voluntad o señorío del querer para realizar el interés protegido por el derecho objetivo". En otros términos, en el concepto de derecho subjetivo gravitan dos elementos fundamentales: la voluntad y el interés jurídicamente protegido. El primero pone en movimiento el derecho subjetivo, el segundo faculta a su titular para realizar aquellos intereses reconocidos y amparados por el derecho objetivo. Por consiguiente, fuerza reconocer que los contornos y límites del derecho subjetivo están dados por los intereses amparados por el legislador y que ellos se expresan en una manifestación formal de derecho.

15. Constituido un derecho subjetivo, emerge automáticamente su contrapartida: la obligación. Donde hay un derecho ha de haber una obligación. Derecho y obligación, como se ha dicho repetidamente, no son sino dos caras de una misma moneda. Hasta este momento el concepto de obligación ha sido muy pobremente tratado (particularmente entre nosotros). A nuestro juicio, la obligación es "un deber de conducta típica". Ello significa que toda

obligación importe la imposición de un comportamiento que se halla perfectamente definido (tipificado), sea por voluntad de las partes (sujeto activo y sujeto pasivo de la obligación), sea por disposición de la ley (supletoria de la voluntad de las partes). Así se desprende de lo señalado en el artículo 1547 del Código Civil. La obligación tiene, también, un elemento esencial: la tipicidad del deber de conducta que impone. No hay obligación sin esta precisión. De lo anterior se desprende que la obligación nos remitirá siempre a un cierto grado de diligencia y cuidado por parte tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo del vínculo obligacional. Esta remisión es consustancial a la existencia misma de la obligación, de lo cual se sigue que no hay obligación sino en la medida que esté definido, en el contrato o en la ley, el grado de cuidado y diligencia que deben desplegar el deudor y el acreedor. Nuestra ley, en esta materia, ha conferido a las partes, con muy limitadas excepciones, la facultad de fijar el grado de diligencia y cuidado que debe emplearse. Sólo en caso de que las partes omitan esta determinación, la ley entra a precisar este elemento, a partir del beneficio o utilidad que reporta el contrato a cada parte. Por lo tanto, a falta de un convenio expreso, se atenderá a si el beneficio de los contratantes es recíproco o del acreedor o del deudor. Es esto lo que prescribe el artículo 1547 del Código Civil. El beneficio está íntimamente ligado a la causa, ya que éste será siempre el motivo que induce a contratar (causa ocasional), razón por la cual hay una perfecta complementación entre el artículo 1467 y 1547 del Código Civil.

16. En oposición a este planteamiento, se ha postulado la existencia de **"obligaciones de medio"** y **"obligaciones de resultado"**. Comencemos por destacar el hecho de que esta distinción no se sustenta en disposición alguna de nuestra ley y no es más que una especulación doctrinaria. Sostenemos nosotros que toda obligación, esencialmente, es de medio, puesto que nadie puede obligarse en términos absolutos a ejecutar una determinada "prestación", más allá del deber de conducta comprometido. Incluso, si una persona asume la máxima diligencia (haciéndose responsable de culpa levísima) y renuncia anticipadamente a todo caso fortuito o fuerza mayor, siempre quedará exento de responsabilidad si el incumplimiento proviene de dolo o culpa grave del acreedor. En otros términos, no puede renunciarse al dolo o culpa grave del acreedor, porque ello contraviene el orden público e importaría la condonación del dolo futuro. Por lo mismo, una estipulación mediante la cual el deudor asume el dolo o culpa grave del acreedor adolecería de objeto ilícito (artículo 1465 del Código Civil).[2]

[2] A esta materia dedicamos un párrafo especial ("Falso dilema entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado", páginas 207 y siguientes de nuestro libro *La responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003.) Creemos haber demostrado allí que esta clasificación carece de fundamento y tiene por objeto alterar el *onus probandi* en determinados contratos.

17. Desde otro punto de vista, la obligación sólo puede concebirse como un deber de conducta, esto es, el imperativo de comportarse de una determinada manera o desplegar una cierta actividad, a riesgo de ser forzado a ello por medio de la coerción. Lo anterior debe ser considerado tanto para el deudor como para el acreedor, puesto que ambos están ligados a una estructura normativa cuyo fin es regular la conducta de uno y otro. Es por ello que hemos postulado la necesidad de precisar de qué diligencia y cuidado responde el acreedor (que bien podría desplegar una conducta activa o pasiva destinada a impedir u obstruir el cumplimiento de la obligación por parte del deudor). Sobre este punto, que no ha sido analizado por la doctrina, hemos postulado como principio desprender la solución de la misma norma (el artículo 1547 del Código Civil). En aquellos contratos en que el beneficio es recíproco, el acreedor responderá de culpa leve; en aquellos contratos que acceden en beneficio exclusivo del acreedor, este responderá de culpa levísima; y en aquellos que acceden en beneficio exclusivo del deudor, el acreedor responderá de culpa grave. Como puede observarse, siguiendo los mismos lineamientos que determinan la diligencia y cuidado impuestos al deudor, puede establecerse, razonando a la inversa, el grado de culpa y diligencia de que responde el acreedor. Creemos que esta materia es importante si se trata de describir la conducta que en la obligación deberá desplegar tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo (pretensor y obligado).

18. Ante esta posición, muchos se preguntarán qué papel cabe en la estructura de la obligación a la **"prestación"**. La respuesta está dada en el mismo artículo 1547 del Código Civil. La "prestación" no es más que un proyecto o programa que las partes han incorporado a la obligación y que procuran lograr. Su función es importantísima, porque en el evento de no alcanzarse, **se presumirá el incumplimiento de la obligación**, debiendo el deudor, para eximirse de responsabilidad, probar que ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Por lo tanto, la "prestación", en cuanto proyecto o programa de conducta, es el índice que permite **provisionalmente** establecer el incumplimiento, imponiendo al deudor el peso de la prueba de la diligencia y el cuidado debidos. Todo lo anterior es consecuencia de que la obligación es un "deber de conducta" y no la consecución de un resultado práctico. Lo que se debe es un determinado comportamiento, en función de un proyecto común que puede o no alcanzarse, de suerte que se incurrirá en responsabilidad contractual toda vez que se omita la diligencia y el cuidado debidos en razón de la obligación contraída.

19. De lo señalado hemos desprendido la posibilidad de que los contratantes incurran en un error al contratar como consecuencia de que, con la diligencia y cuidado convenidos o previstos en la ley, no sea posible alcanzar el "proyecto" o "prestación" especificado en el contrato. Nos hallaremos en este supuesto ante un "error de contratación" que, incluso, podría llevarnos a la nulidad del contrato. Es cierto que las normas contenidas en nuestro Código Civil son

insuficientes, ya que el artículo 1460 trata del objeto del contrato como si éste fuere la cosa que se trata de dar, hacer o no hacer (objeto de la obligación). Pero una interpretación extensiva del artículo 1461 inciso 3° del Código Civil permite superar este obstáculo. En efecto, este inciso dispone que: "Si el objeto es un hecho (en verdad el objeto del contrato es la conducta humana y, por lo mismo, consiste siempre en la ejecución de un hecho), es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a la buenas costumbres o al orden público". Si la "prestación" convenida es físicamente imposible de alcanzar con la diligencia y cuidado impuestos al deudor, el contrato adolecería de nulidad al asilo de la disposición citada. En otros términos, digamos que el "objeto" del contrato está constituido por los derechos y obligaciones que este crea. Si este objeto (a la postre hecho debido) es insuficiente para alcanzar la "prestación", porque la diligencia y cuidado que asumen, tanto el deudor como el acreedor, no permite objetivamente la realización del proyecto definido y descrito en el contrato, forzoso resulta concluir que el "objeto del contrato" no reúne los requisitos impuestos en la ley y debe considerarse físicamente imposible. De la manera indicada es posible, entonces, anticipar el incumplimiento (la celebración del contrato sería un acto inútil, ya que no podrá lograrse la realización de su fin). Lamentablemente, la doctrina jurídica ha entendido que el objeto es "físicamente imposible" cuando de acuerdo a las leyes de la naturaleza es absolutamente inalcanzable, cualquiera que sea el grado de diligencia y cuidado comprometido por el deudor. A la inversa, creemos nosotros que lo "físicamente imposible" es aquello que, de acuerdo a las leyes de la naturaleza, no puede alcanzarse empleado la diligencia y el cuidado debidos. Más claramente, la posibilidad o imposibilidad de conquistar un resultado debe medirse siempre de acuerdo al deber de conducta asumido por el obligado.

20. La imposibilidad a que se refiere la ley no es absoluta, sino jurídica. Por lo mismo, no es físicamente posible aquello que razonable y objetivamente no pueda lograrse con la actividad, cuidado y diligencia comprometidos. Así, por ejemplo, respondiéndose de culpa grave, será físicamente imposible transportar en un día tres mil animales vacunos desde Santiago a la Antártica, lo cual sí será físicamente posible si el deudor se obliga respondiendo de culpa levísima y asumiendo el caso fortuito o fuerza mayor. La posibilidad o imposibilidad física estará dada por una relación entre la "prestación" y la "capacidad" que razonablemente pueda desplegar el obligado de acuerdo a las leyes de la naturaleza. Lo físicamente imposible es aquello que no puede realizarse, pero en el marco de un determinado contexto jurídico aportado por la diligencia y cuidado que conlleva toda obligación en cuanto "deber de conducta típica".

21. Con lo dicho se demuestra, a nuestro entender, que las obligaciones llamadas **"de resultado"** carecen de toda significación y realidad en nuestro derecho. Su alcance, al parecer, es muy distinto. Al formularse la distinción entre obligaciones **"de medio"** y obligaciones **"de resultado"** lo que ocurre es, simplemente, **una inversión en el peso de la prueba**. Nada más. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en las obligaciones que asumen los profesionales (practicar una intervención quirúrgica, defender un juicio, realizar un tratamiento psicológico, practicar un examen médico, etcétera). En estos casos, se dice, debe ser el deudor quien pruebe la falta de diligencia y cuidado en el evento de que el encargo no tenga éxito. ¿Cómo explicar esta situación? Desde luego, la "prestación" describe la conducta debida y no el resultado que se aspira lograr. Más claramente, podríamos decir que la "prestación", en esta como en toda clase de obligaciones, no conlleva el éxito del resultado. La "prestación" se agota con la realización de la conducta debida. Si el acreedor estima que el resultado negativo es consecuencia de la falta de la diligencia y cuidado que debió emplearse, será él el llamado a probar la culpa del deudor, debiendo este último, por su parte, probar que ha empleado la diligencia y el cuidado que se desprende del grado de culpa de que responde. Como puede constatarse, en este tipo de obligaciones se confunde la obligación misma (deber de conducta) con el éxito, provecho o beneficio que se procura alcanzar. Por lo mismo, quien reclama el resultado "deseado" deberá acreditar que éste no se logró porque faltó el cuidado y la diligencia asumida por el deudor. Por consiguiente, las mal llamadas "obligaciones de resultado" son consecuencia de una interpretación errada de la ley. Si se atiende a la estructura de la obligación, al papel que en ella juega la "prestación" y a la función de la diligencia y cuidado que ambas partes deben emplear, se llegará a la necesaria conclusión de que toda obligación es "de medio", esto es, implica el deber de comportarse de una determinada manera, lo que se deduce del grado de diligencia y cuidado que por imperativo legal debe emplearse. Cabe destacar que las llamadas "obligaciones de medio" por alguna doctrina se caracterizan por la forma en que se describe la "prestación" (nadie contrata a un médico para superar una enfermedad o a un abogado para ganar un juicio), aludiendo en forma directa a la diligencia y cuidado que asume el deudor (su mejores esfuerzos, su máxima capacidad y experticia, etcétera). A lo anterior debe, aún, agregarse el hecho de que no existe disposición jurídica alguna que consagre la existencia de "obligaciones de resultado". Por consiguiente, se trata de una construcción doctrinaria introducida en nuestro derecho por autores franceses, la cual carece de todo sustento positivo.

22. Hemos sostenido repetidamente que la obligación arrastra, como el cuerpo a su sombra, un determinado grado de diligencia y cuidado (así se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual). Por lo mismo, la conducta debida es lo único que puede exigirse al deudor. Si éste prueba haber empleado

la diligencia y cuidado debidos (no haber incurrido en culpa), quedará exento de responsabilidad. Un análisis cuidadoso de los artículos 1548, 1549 y 1550 del Código Civil conduce a esta conclusión, ya que en todos ellos está latente el verdadero alcance de la obligación. Nótese que la obligación de conservar el cuerpo cierto que se debe implica emplear "en su custodia el debido cuidado". En función de esta obligación el riesgo del cuerpo cierto que se debe pesa sobre el acreedor y no sobre el deudor (si el cuerpo cierto que se debe perece en manos del deudor por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho que excede el deber de cuidado impuesto al deudor, este último queda exonerado de responsabilidad). Por ende, la explicación y justificación del artículo 1550 del Código Civil no tiene relación con las disposiciones del Código de Napoleón, como se ha querido hacer creer (conforme al cual la transferencia del dominio opera en virtud de un título), sino con una correcta conceptualización de la obligación. Tras todo ello subyace una cuestión interesante. Se contraponen en este caso dos principios: el de que "las cosas perecen para su dueño" y el de la "obligación como deber de conducta típica". En el artículo 1550 del Código Civil prevalece el segundo sobre el primero, porque el deudor (dueño, puesto que se trata de una "obligación de dar", la que conlleva la de transferir el dominio) sólo será responsable de la pérdida de la cosa si incumple la obligación de cuidado, vale decir, no emplea en la custodia de la cosa que deberá entregar el "debido cuidado". En cierta medida, nuestro primer codificador civil se encarga de recalcar que no incurre en responsabilidad aquel deudor que cumple el deber de conducta impuesto en la ley, incluso a costa de otros principios, como el ya mencionado de que "las cosas perecen para su dueño".

23. Reafirmando nuestra concepción sobre el sentido de la obligación, cabe observar que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la cuestión aparece todavía más clara. En efecto, la obligación preexistente en que se funda este tipo de responsabilidad consiste invariablemente en una conducta (comportarse prudentemente de modo de no causar daño a otros). Si se daña a una persona, no obstante emplearse la diligencia y el cuidado que imponen los estándares habituales existentes en la sociedad, no se incurre en responsabilidad, porque no ha habido incumplimiento de la obligación (*neminen laedere*). Por consiguiente, si la responsabilidad consiste en el deber de reparar los perjuicios que se siguen del incumplimiento de una obligación preexistente, en ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) el fundamento ha de ser el mismo: la infracción de un deber de conducta. Se excluyen, de este modo, radicalmente las supuestas "obligaciones de resultado", que se fundan, no en la conducta debida, sino en el proyecto y programa ("prestación") que se contiene en la estructura de la obligación.

24. Sobre este marco conceptual es posible tratar el principio *pacta sunt servanda*, que constituye la base del derecho contractual y que permite a la

"autonomía privada" cubrir gran parte del quehacer jurídico en las sociedades libres. De más está señalar que esta interpretación presenta una ventaja que consideramos significativa. En efecto, si la obligación es un "deber de conducta típica", no pudiendo exigírsele al deudor un mayor grado de cuidado y diligencia que aquel en que consintió, se humaniza el vínculo obligacional y se ajusta, precisamente, a lo que la voluntad ha admitido y ha querido. Otra interpretación lleva a la aventurada conclusión de que es posible exigir una conducta que excede la voluntad de las partes, caso en el cual la obligación contractual pasa a ser una mordaza que se impone al deudor que no ha consentido en aquello que se le exige.

25. Para concluir digamos que, conforme a nuestros planteamientos, la ley tiene una voluntad e intención propias. Por lo mismo, se independiza de su autor y hace posible su evolución a través del proceso interpretativo (instrumento destinado a la aplicación de la ley). No cabe duda de que el planteamiento que precede constituye un avance significativo para el derecho, al "personalizar" la relación contractual y hacer derivar todos sus efectos y consecuencias en la voluntad de las partes contratantes. Más claramente, no hay obligación sino en la medida que se consiente en el "deber" que ella impone al sujeto pasivo u obligado.

III. Sobre la naturaleza del principio *pacta sunt servanda*

Bajo el título de "Fundamentos de la fuerza obligatoria de los contratos", Jorge López Santa María menciona diversas concepciones sobre esta materia, a la cual califica "como uno de los temas más espinudos de la contratación".[3] Analizaremos cada una de ellas siguiendo al autor mencionado.

1. Concepción voluntarista tradicional

Para esta concepción la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad se fundan en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él. Ellas (las partes) limitan su libertad, asumiendo un deber de conducta, lo cual se justifica por una "causa" (todo contrato tiene una causa, pudiendo ella consistir en la mera liberalidad). La obligatoriedad del contrato sobreviene como consecuencia de una autoimposición de las partes que concurren a él. Por consiguiente, esta obligatoriedad radica en la voluntad de cada parte y su intangibilidad en el consentimiento. Señala López Santa María: "Siguiendo de cerca a Messineo, resulta que si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han

[3] Jorge López Santa María. *Los contratos*. Parte General. Tomo I. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Año 1998. Págs. 267 y siguientes.

querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. Lo que se traduce en que las partes se autoimponen restricciones para el futuro, puesto que, vinculadas o atadas por el contrato, ya no podrán comportarse como les parezca, sino que deberán cumplir las obligaciones que asumieron". Culminan sus explicaciones con el siguiente párrafo: "En sustancia, antes que nada el contrato es un producto espiritual, el resultado de la llamada voluntad contractual, que se asienta en la espontaneidad de las determinaciones de las partes. Explicación esta de innegable impronta individualista. *Todo el curso de la filosofía jurídica moderna, al menos a partir de Kant, se sitúa en tal sentido".*

No nos merece objeción admitir que el contrato tiene su fuerza obligatoria en la voluntad de las partes y que él (el contrato) importa una autolimitación a la libertad individual. Se trata, entonces, de una determinación autónoma del sujeto (libertad contractual) que, por sí misma tendría, como dicen los autores, un poder superior al mandato heterónomo de la norma. El contrato, a fin de cuentas, sería una manifestación de la voluntad, mediante la cual el sujeto autolimita su libertad en función de una determinada causa (motivo). Dos conceptos parecen gravitar determinantemente en esta concepción. Desde luego, el poder de la voluntad individual (todo sujeto se autodetermina en aquella área en que el derecho no impone un deber específico de comportamiento); y la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad emanan de una autoimposición del sujeto obligado. En este sentido deben distinguirse, creemos nosotros, dos áreas muy diversas: aquella en que el sujeto actúa libremente, y aquella otra en que está condicionado por el mandato de una norma jurídica. En la medida en que mayor sea la extensión de la primera menor será la extensión de la segunda y viceversa. Por consiguiente, la importancia del contrato puede ampliarse o restringirse de acuerdo con el modelo que adopte el sistema jurídico vigente. No requiere de mayor justificación afirmar que el contrato forzoso y el contrato dirigido deben quedar ubicados en el área reservada por la norma a la regulación legislativa. Lo propio sucede con cualquier otra institución que sustituya la voluntad individual por la voluntad de la norma jurídica.

2. Concepción idealista de Gounot

Advierte López Santa María que la meta de Emmanuel Gounot más que inquirir por qué la sociedad respalda los intereses y fines de los contratantes, fue destruir el dogma de la autonomía de la voluntad. De aquí su crítica feroz a la concepción voluntarista tradicional. Nos limitaremos, por lo mismo, a transcribir una cita de Gounot en la cual funda su concepción sobre la obligatoriedad del contrato.

"Si por esencia el orden jurídico es un mecanismo a la disposición de las voluntades individuales, cae por su propio peso que todo acto emanado de una voluntad y orientado a producir un efecto jurídico, debe por sí producir

este efecto. En consecuencia, no tenemos para qué buscar el fundamento de la obligatoriedad de las convenciones, bastando determinar por qué algunos contratos no obligan... Todo lo que no está prohibido por el legislador está permitido o, más exactamente, toda manifestación de voluntad que la ley no declara ineficaz es sancionada positivamente por el Derecho. *El contrato obliga simplemente porque es el contrato*; la manifestación más alta y más pensada de la autonomía inicial del querer individual. Tal es en el fondo el pensamiento de los autores clásicos. Poner en duda la fuerza obligatoria del contrato sería dudar que el Derecho sea el Derecho. Al remontar la escala de las explicaciones jurídicas o filosóficas, hay que necesariamente llegar a algún lado, a un principio que justifique todo, aunque él no pueda ser justificado. Dicho principio es el de la fuerza obligatoria del contrato. Es absolutamente imposible, según Kant, proporcionar la prueba de este *imperativo categórico*... Es un postulado de razón pura".[4] Hasta aquí Gounot se limita a justificar, desde un punto de vista lógico, la obligatoriedad del contrato. Acto seguido, arremete contra la concepción tradicional, calificándola de individualista. A este respecto señala que si se admite que todo acto de voluntad tiene en sí mismo valor jurídico y que el contrato merece la protección del derecho, "hay que concluir que el legislador debe abandonar las transacciones humanas al libre juego de las voluntades autónomas. La política que hay que seguir es de abstención. El juez se convierte en dócil mecánico que reconoce la obligatoriedad de las convenciones. Si, por el contrario, se admite que el contrato sólo es eficaz en la medida que se conforma a las exigencias de la justicia y la solidaridad social, entonces la misión del juez y la tarea del legislador se transforman. Este último es incitado a multiplicar las leyes imperativas o prohibitivas; los límites de la libertad contractual aumentan; la explotación del prójimo bajo el pretexto del contrato es repudiada". Por su parte, el juez, "ministro de la equidad y representante de la sociedad, dotado de extensos poderes de control, recibe la alta misión de asegurar en los contratos el respeto de la justicia". Culmina Gounot sosteniendo que la fuerza obligatoria del contrato se basa, entonces, en el "bien común", una especie de "ley superior de justicia objetiva" que se sobrepone a las voluntades que contratan.

Como puede constatarse, se desconoce, en este planteamiento, la fuerza de la voluntad individual y se erige al legislador y al juez en controlador de la actividad contractual, impregnando de sentido social (justicia y solidaridad) las convenciones, arrancando de allí la fuerza obligatoria del contrato. Esta tesis ha sido duramente rebatida por Jorge López Santa María. Por nuestra parte, sólo diremos que el planteamiento de Gounot es una clara manifestación de la desconfianza que ha suscitado invariablemente la libertad individual, a la cual

[4] La cita transcrita corresponde a Emmanuel Gounot y se recoge en la obra de Jorge López Santa María antes indicada.

se la presenta como un instrumento de sometimiento e injusticia. Insistamos en el hecho de que existen áreas diversas (imperando en una la ley y en la otra la voluntad individual) y, aun, diversos medios destinados a resguardar la "conmutatividad" de las convenciones (materia que analizaremos latamente más adelante). No está de más poner acento en el hecho de que dotar al juez de poderes omnímodos para calificar la "justicia y solidaridad" de las convenciones implica saturar al derecho de contenidos políticos ideológicos y condicionar a ellos su aplicación. En otros términos, se intenta instrumentalizar el derecho en aras de una determinada concepción política. No otro destino tiene invocar la "justicia y la solidaridad", sin definir ni limitar su contenido. Por este camino puede legitimarse cualquier exceso y erradicar la voluntad (expresión de la libertad) como medio de autorregulación de la propia conducta.

3. Concepción de Giorgi

Comienza este autor italiano por afirmar que "el fundamento del vínculo contractual está en el orden de las verdades necesarias". Para él "la fuerza obligatoria de las convenciones es una idea uniforme, de todos los tiempos y de todos los pueblos, atestiguada por el sentido común de todo el género humano".

Giorgi agrupa los varios sistemas que explican la validez del principio *pacta sunt servanda*.

i. Sistema del "pacto social". El fundamento de este principio se halla en el "convenio tácito y primitivo, celebrado por los hombres, de ser fieles a sus promesas". Se trata, entonces, de un pacto social original.

ii. Sistema de la "ocupación o la tradición". En este sistema se justifica la fuerza obligatoria del contrato mostrando la promesa del deudor "como una abdicación de sus derechos seguida de la aceptación del acreedor como ocupación del derecho abdicado". La cuestión se reduce, entonces, a una tradición (transferencia).

iii. Sistema basado en el "abandono de la libertad del deudor". Se sostiene que todo individuo tiene una esfera propia de derecho, en la cual puede impedir el ingreso de otros. "Pero si abre, por su libre determinación, las puertas de ella, constituyendo a alguien en su acreedor, éste puede apropiarse de la libertad del deudor". En otros términos, la fuerza obligatoria del contrato implica una pérdida de la libertad, consentida libremente por el obligado.

iv. Sistema del "interés". La fuerza obligatoria del contrato se funda en el hecho de que todo "hombre debe respetar sus promesas por interés propio. De otro modo, nadie contrataría con él". Este es el criterio sustentado por Bentham y los utilitaristas en general.

v. Sistema de Ahrens. "La conciencia y la razón mandan a hacer el bien y, por lo tanto, cumplir lo prometido". Si se admitiera que las promesas fueran violadas, el orden social y la vida serían imposibles. Como puede constatarse, se trata de una concepción iusnaturalista.

vi. Sistema derivado del postulado *nemine laedere*. El fundamento de la obligatoriedad del contrato reside en el principio de que no debe causarse daño al prójimo, incurriéndose en responsabilidad en caso de contravención. En otros términos, el incumplimiento del contrato se homologaría simplemente a un hecho ilícito.

vii. Sistema de la veracidad (acogido por Giorgi). La obligatoriedad del contrato se funda en el imperativo de ser fiel a las promesas, en virtud de la ley natural que obliga a decir la verdad. Por lo tanto, hay una norma ética que exige no defraudar la confianza que la palabra dada ha engendrado en la otra parte. *"Es una norma ética de veracidad"*.

De lo expuesto se infiere que existe una multiplicidad de opiniones, muchas de las cuales confunden el plano ético con el plano jurídico, razón por la cual se justifica la observación de que en esta materia confluyen factores filosóficos, éticos, jurídicos y políticos. Estos "sistemas" describen, ingeniosamente, varias situaciones que podrían simplificarse. Así ocurre con la afirmación de que el contrato deriva su fuerza obligatoria de la ocupación de los derechos del deudor por el acreedor, de modo que el problema se reduce a la cuestión de "tradición", o aquella otra sobre el abandono de la libertad del deudor seguida de la apropiación de ésta por el acreedor. En el fondo de ambos "sistemas" subyace, creemos nosotros, la limitación que el deudor hace de su libertad en razón de un provecho (causa) que justifica esta determinación. Poco interesa cómo se describe (tradición, abandono, ocupación, etcétera), porque el resultado será siempre el mismo: la autolimitación de la libertad. Queda, además, de manifiesto que la obligación es una conducta que el deudor se autoimpone, y no una "necesidad jurídica", como lo señala la doctrina clásica para abrir paso a una definición que, a nuestro juicio, está lejos de describir lo esencial del vínculo obligacional.

4. Concepción de Kelsen

Para Hans Kelsen es necesario distinguir entre el contrato como "acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica creada". La fuerza obligatoria del contrato es derivada de la ley, delegada por la ley. Deriva porque tanto formal como materialmente se adapta a la norma superior. El contrato carece de validez en sí mismo, ya que la fuerza le ha sido atribuida por la norma. En suma, la convención es obligatoria en la medida en que el ordenamiento jurídico la considera como "un estado de hecho creador de

derecho". "En otros términos, en la medida que en que una norma de grado superior (la ley, la costumbre en el caso de la obligatoriedad de los tratados en el plano internacional) autoriza a los sujetos a crear una norma de grado inferior. La razón de la validez de la convención se reduce, por lo tanto, a la validez de la ley general o de la costumbre, que prescribe que la convención es creadora de derecho (*pacta sunt servanda*)". En consecuencia, la norma autoriza a los sujetos para crear una norma de grado inferior (regla). La obligatoriedad del contrato se funda, entonces, en una "validez derivada" que se aprecia en todo el ordenamiento jurídico y que nos remite, finalmente, a la Constitución, "siendo imposible ir más lejos, si se trata de permanecer dentro de los límites del derecho positivo". Concluye Kelsen diciendo que "En definitiva, la convención es obligatoria por la misma razón por la cual todo el orden jurídico (que reconoce o instituye como creadora de derecho) es obligatorio".

La tesis formulada por Kelsen es plenamente coherente con su teoría pura del derecho. Por nuestra parte, creemos que la descripción que se hace corresponde exactamente a lo que ocurre en la realidad. El contrato es una "regla" (mandato particular y concreto) y su obligatoriedad arranca de una norma jurídica (ley), que le atribuye un efecto determinado (obligatoriedad). No cabe duda, entonces, que el principio *pacta sunt servanda* tiene su raíz en la prescripción legal. Sin embargo, ello no es óbice para analizar qué factores influyen o determinan la existencia e intangibilidad del contrato, sin perjuicio de admitir que ello es consecuencia de su inserción en el sistema jurídico.

5. Concepción del sincretismo de Ghestin

Este autor francés, citado por López Santa María, alude a cuatro conceptos en busca de una posición que concilie teorías diferentes.

i. Primacía del derecho objetivo.

La fuerza obligatoria del contrato está fundada en el derecho positivo. Los derechos subjetivos deben concebirse como elementos de la organización de la sociedad y subordinados al derecho objetivo. Los derechos subjetivos tienen como único origen las reglas objetivas. Por lo tanto, la fuerza obligatoria del contrato encuentra su fundamento en el derecho objetivo y no en la voluntad de las partes. El contrato, por ende, es un instrumento al servicio del derecho objetivo.

ii. El contrato, instrumento al servicio del derecho objetivo.

Para esta tesis, el acuerdo de voluntades no es más que un instrumento para celebrar operaciones socialmente útiles. Hay que examinar, en cada caso, las operaciones concretas que el contrato persigue realizar y las voluntades que

determinan las condiciones. "El centro de gravedad del contrato que antes estuvo en el consentimiento, después por reacción en el orden público, se situaría ahora, de modo más equilibrado, en los elementos reales o materiales del contrato... El contrato es un instrumento privilegiado de los intercambios de bienes y servicios", sirve esencialmente "para el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro".

iii. Rol de la voluntad y la seguridad jurídica.

"La primacía del derecho positivo no implica ni abandono de la noción del derecho subjetivo, ni desconocimiento de la dignidad de la persona humana". El valor supremo de nuestra civilización es el "bien de la persona humana". "El contrato aparece en esta perspectiva como instrumento privilegiado de la libertad y responsabilidad individuales. La libertad de iniciativa es una profunda aspiración del hombre y responde, al parecer, a una responsabilidad moral necesaria a su realización como tal". El respeto a la palabra empeñada es una regla moral y una prolongación de la libertad humana para comprometerse. Al contratar surge un "deber de conciencia, lo cual a sus ojos (del deudor) justifica la fuerza obligatoria del contrato y refuerza la imperatividad estatal".

La fuerza obligatoria del contrato es factor determinante para la confianza del acreedor y para el crédito: "la legítima confianza del acreedor se funda en la fuerza obligatoria del contrato". De aquí la conclusión de que: "El respeto a la palabra dada es, en el plano socioeconómico, la condición o la base del crédito y sobre este último descansa la economía liberal contemporánea". Por lo mismo, resulta forzoso reconocer que las restricciones a la obligatoriedad del contrato atentan contra la seguridad jurídica, disminuyendo la confianza y la tranquilidad de los acreedores y debilitando los créditos.

iv. Búsqueda de la justicia y la buena fe contractual.

El derecho objetivo "no se reduce a un conjunto de reglas positivas. Ellas sirven de guía a una solución justa, lo que constituye realmente el derecho objetivo. Es por ello que el juez está obligado a emplear todos los elementos de la lógica jurídica.

"El contrato está sometido al principio de la justicia conmutativa. No destruir el equilibrio entre los patrimonios siempre que cada parte reciba el equivalente a lo que proporciona".

Hay una aspiración de "justicia contractual" (a propósito de los vicios del consentimiento, la noción sobre ausencia de causa, las leyes sobre defensa del consumidor y sobre condiciones generales de contratación). "Una herramienta decisiva para el logro de la justicia contractual es que los fallos expliquen el

estándar de la buena fe, noción unitaria en cuanto consagra una exigencia general de lealtad en las relaciones contractuales".

"Finalmente, es la conciliación de intereses generales, con los principios de buena fe, de justicia, de seguridad jurídica y de libertad y responsabilidad de los individuos, donde reside el genuino problema legislativo del contrato".

Como se advierte del examen de los planteamientos expuestos, se mezclan en este esfuerzo sincrético elementos morales con elementos pragmáticos, de dogmática jurídica con concepciones filosóficas. Es indudable que en el análisis de este problema concurren numerosos factores, como el papel que cabe al derecho positivo, a la voluntad y el consentimiento, a la seguridad jurídica, a la buena fe y la justicia contractual. La cuestión consiste en precisar, si es posible, cuál de ellos representa lo medular y lo que, por sí solo justifica el principio de la obligatoriedad e intangibilidad del contrato. Por lo mismo, a nuestro juicio, esta concepción, en lugar de simplificar el problema, lo confunde y dificulta su comprensión.

6. Nuestra posición

No resulta fácil proponer una solución al problema de la obligatoriedad e intangibilidad del contrato ante tantas opiniones divergentes y de tan diferente índole. Sin embargo, creemos que es ineludible explicar por qué obliga el contrato y por qué es intangible, todo lo cual se expresa en el principio *pacta sunt servanda*. Confluyen en él una serie de virtudes y de objeciones que no pueden desatenderse, pero que más bien miran al derecho que "debe ser" (cuestión ideológica) y no al derecho "que es" (cuestión pragmática). De aquí que se confronte el "individualismo voluntarista" con el "sentimiento solidario, la justicia y el bien común", como si se tratare de categorías incompatibles a las cuales ha de adscribirse el pensamiento jurídico.

i. La primera aproximación al problema parte de la constatación de que la validez jurídica del contrato arranca de una norma superior de derecho positivo que le da reconocimiento y vida. En nuestro caso, el contrato vale de acuerdo a lo prevenido en los artículos 1445 y 1545 del Código Civil y demás disposiciones que integran su estatuto jurídico. En este sentido adherimos al pensamiento de Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho*. La razón última de validez del contrato, en consecuencia, se halla en una voluntad compartida (consentimiento) que se manifiesta en un determinado marco legal, al cual el derecho positivo le atribuye la virtud de hacer nacer derechos subjetivos y obligaciones.

ii. La naturaleza última del contrato se funda en tres razones esenciales:

a. El contrato es un acto de **auto limitación de la libertad**. Esto implica que el sujeto, por propia decisión y estando facultado para hacerlo, restringe su libertad, asumiendo el deber de comportarse de una cierta manera en función de los intereses de un tercero. En este sentido el derecho consagra un amplio marco de acción, puesto que puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido en la ley, de lo cual se desprende que cada sujeto está en situación de darse parte del derecho que lo rige.

b. El contrato representa un caso de **autocomposición de intereses.** Lo indicado porque las partes articulan libremente dichos intereses, debiendo ceñirse, empero, a las disposiciones legales en aquello que esté imperativamente establecido en la ley. Por consiguiente, los intereses de una de las partes estarán limitados en función de los intereses de la otra parte. Juega aquí, como es lógico, un papel determinante la "causa", que, como lo anticipa el artículo 1467 del Código Civil, es el "motivo que induce al acto o contrato". Si el contrato pudiera modificarse al margen de la voluntad de las partes, se estaría lesionando arbitrariamente lo establecido por quienes le han dado vida y sobrepasándose esas mismas voluntades. Renato Scognamiglio, a este respecto, dice: "Para nosotros, el contrato es un supuesto de hecho característico, por el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le da a la autonomía de los particulares por medio de él, como instrumento de disciplina de los intereses individuales, y que se realiza en la medida en que el derecho atribuye a sus expresiones un valor y una eficacia adecuada a su función". Más adelante, el mismo autor insiste en "la relevancia de la autorregulación de los intereses particulares". Por lo tanto, el área del derecho contractual está demarcada por el legislador, dejando a los imperados la facultad de abarcar cuanto estimen conveniente con sus propias regulaciones.

c. Finalmente, el contrato es una **regla convencional** (norma particular al decir de Kelsen), subordinada a una norma superior, que arranca de ella su validez, integrándose al ordenamiento jurídico y no pudiendo ser eliminada del mismo sino por los medios consignados expresamente en la ley. En consecuencia, el contrato tiene continuidad, estabilidad e intangibilidad. Si se afectara el interés de un contratante, la composición de intereses dispuesta y acordada quedaría desvirtuada y sin efecto alguno. Entre las facultades esenciales de los imperados en la civilización judeocristiana, se encuentra la de darse sus propias reglas, en un ámbito jurídico preestablecido, a fin de autocomponer los intereses propios y ajenos. Es por ello que la subsistencia de la intangibilidad y respeto por los contratos (en tanto reglas particulares), compromete la seguridad jurídica, que es un valor esencial en el "estado de derecho".

En suma, a nuestro juicio, el contrato es una creación convencional (con todo lo que ello significa en lo relativo a la norma de derecho positivo que le da validez y al área en que puede ser generado), que implica una limitación voluntaria de la libertad de los sujetos que concurren a generarlo, y cuyo fin último reside en la autocomposición de los intereses que estos últimos sustentan. De esta trilogía –convención, limitación voluntaria de la libertad y composición de intereses– surge el principio *pacta sunt servanda*, dotando al contrato de estabilidad, intangibilidad y certeza. No cabe duda que lo que hemos llamado "limitación voluntaria de la libertad" se realiza en aras de establecer una determinada "composición de intereses", y que es la "convención" el instrumento que el derecho pone en manos de los sujetos para alcanzar esta finalidad.

Creemos nosotros que no se ha dado la importancia que corresponde al hecho de que toda convención, para tener efectos, debe insertarse en el ordenamiento jurídico. Toda "norma" y toda "regla" existen en la medida que forman parte del sistema. Individualmente, al margen de éste, carecen de toda importancia y significación. De aquí que sea correcto señalar que no existe "la norma", sino "las normas" (lo propio puede decirse de las "reglas"), porque su carácter jurídico está dado por la pertenencia a un sistema jerarquizado, coherente y pleno. Aceptando esta premisa, es posible corregir muchos errores y vacíos que se reprochan al derecho. Así, por vía de ejemplo, si un acto jurídico no se inserta (incorpora) al ordenamiento normativo, no podrá producir efecto alguno, razón por la cual es dable sostener, como nosotros lo postulamos, la existencia de "nulidades originarias" que, al impedir que el acto se integre al sistema jurídico, eliminan absolutamente todo posible efecto.[5]

IV. Debilitamiento del principio *pacta sunt servanda*

Es un hecho indiscutible que el principio indicado ha experimentado en el último tiempo embates de importancia destinados a debilitar su importancia. Se cree ver en él, como se señaló en lo precedente, una exaltación del individualismo en perjuicio del "bien común", la "justicia" y la "solidaridad social". En la misma dirección apuntan los ataques al concepto de "derecho subjetivo", que se representa como una manifestación de poder en desmedro de los más débiles.

El debilitamiento del principio *pacta sunt servanda* proviene, a mi juicio, de cinco factores principales: la llamada **"teoría de la imprevisión"**, la llamada **"teoría del abuso del derecho"**, la **"socialización u ocaso de los derechos**

[5] A esta materia hemos dedicado el libro *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad.* Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

subjetivos", la supuesta **"decadencia del contrato"** y el predominio de **"nuevas formas de vinculación jurídica"** destinadas a sustituir las formas tradicionales. Analizaremos cada uno de estos factores para descubrir su influencia y la razonabilidad de sus fundamentos.

1. "Teoría de la imprevisión"

A. La doctrina jurídica

Esta teoría recoge un problema que concierne a los contratos onerosos conmutativos (en que las prestaciones "se miran como equivalentes", al decir del artículo 1441 del Código Civil), de tracto sucesivo, o ejecución diferida, o suministro continuo, o de cumplimiento parcializado. Por lo tanto, quedan excluidos los contratos de ejecución instantánea y los contratos aleatorios ("el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida").

La doctrina jurídica tradicional, en consecuencia, ha establecido varios requisitos para que esta teoría pueda ser invocada:

i. Es necesario que se trate, como se dijo, de **contratos onerosos conmutativos de tracto sucesivo, o ejecución diferida o suministro continuo o ejecución parcializada por acuerdo convencional.** En otros términos, la "prestación" del deudor se hace exigible mediando un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento del contrato y su cumplimiento. Si el contrato es de "ejecución instantánea", esta teoría carece de todo fundamento, puesto que la prestación deberá cumplirse al momento de perfeccionarse la relación contractual.

ii. Es necesario que sobrevenga un hecho imprevisto (que no haya podido anticiparse razonablemente al momento de celebrarse el contrato), que encarezca extraordinariamente la prestación de una de las partes.

iii. Es necesario que la obligación objetivamente pueda cumplirse y su ejecución no se haga jurídicamente imposible, pues entonces estaríamos ante un "caso fortuito o fuerza mayor", que, por lo general, extingue la obligación y exonera de responsabilidad al incumplidor.

iv. Es necesario que el hecho imprevisto no haya sido provocado por el deudor, el cual deberá ser absolutamente ajeno a su producción.

v. Finalmente, algunos autores (entre ellos don Lorenzo de la Maza Rivadeneira) agregan que el hecho imprevisto debe afectar a toda una categoría de contratos, debiendo la perturbación ser extraordinaria y grave.

Como puede apreciarse se trata de una ruptura enorme de la conmutatividad,

como consecuencia de haber sobrevenido un hecho imprevisto que, sin hacer imposible el cumplimiento, lo encarece en términos groseros, colocando a una de las partes en situación de obtener una ventaja que no se pudo anticipar con un mínimo de cuidado y razonabilidad.

Se contraponen, en este caso, dos principios jurídicos de similar entidad: la **intangibilidad del contrato (*pacta sunt servanda*)**, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil; y la llamada **cláusula *rebus sic stantibus***, conforme a la cual en todo contrato se subentienden incorporadas las circunstancias que predominaban al momento de su perfeccionamiento, quedando establecido un cierto marco fáctico que prevalece para su aplicación.

Admitiendo la existencia de la cláusula ***rebus sic stantibus*** (que tuvo origen y se manifiesta en el campo del derecho internacional, no así en el campo de derecho común), surgen de inmediato dos objeciones lógicas: si la cláusula ***rebus sic stantibus*** se entiende incorporada al contrato, ello implica reconocer, desde luego, que las partes previeron, al momento de contratar, el cambio de las circunstancias, dejando el hecho sobreviniente de ser imprevisto; desde otro punto de vista, todas las obligaciones serían condicionales, puesto que su extinción estaría sujeta al hecho futuro e incierto de que cambien las circunstancias que imperaban al momento de perfeccionarse el contrato.

Más aún, no se determina, por los seguidores de esta teoría, cuál sería la sanción que corresponde aplicar a estos contratos: ¿la nulidad, la resolución, la intervención del contrato y revisión del mismo por el juez? Nos resulta especialmente curioso que en esta teoría tampoco se repare en la situación del acreedor, en circunstancias de que puede el hecho imprevisto afectar al acreedor en términos igualmente enormes. Si se produce, como se destaca, una ruptura de la conmutatividad, ella puede afectar tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la obligación (al pretensor y al obligado), sin embargo de lo cual la "teoría de la imprevisión" sale en defensa sólo del deudor, desentendiéndose de la situación del acreedor.

Muchos países han incorporado esta teoría a su legislación. Tal ocurre con Italia en 1942 (adoptándose la resolución por excesiva onerosidad y pudiendo atajarse por el demandado "ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato"), Argentina en 1968, Perú en 1984, etcétera. Todos han optado –influencia de la legislación italiana– por la "resolución por excesiva onerosidad", reconociendo el derecho del demandado de hacer subsistir o rescatar el contrato. Lo anterior es un claro indicio de que se ha incorporado la "teoría de la imprevisión" a las llamadas "condiciones objetivas de contratación", como sucede con la lesión enorme. De este modo, se desvincula la voluntad de las partes de su reconocimiento y aplicación.

Conviene precisar sobre qué bases jurídicas se sustenta esta teoría:

a. Textos positivos. La sustentación de la teoría se basa en la noción de la culpa, de la buena fe en la ejecución del contrato, de la causa del mismo y en su interpretación (artículos 44, 1546, 1467 y 1563 del Código Civil). Resulta patente la intención de relativizar lo establecido en la convención, aprovechando para ello una serie de instituciones jurídicas relacionadas tanto con la génesis del contrato como con su ejecución.

b. La atenuación de la noción de "caso fortuito o fuerza mayor". Se trata de ampliar la concepción del caso fortuito a situaciones en que la obligación, pudiendo cumplirse, se hace a un costo enorme en relación a la obligación original. Tradicionalmente se ha entendido, lo cual, a juicio nuestro, es errado, que el caso fortuito representa siempre una "imposibilidad absoluta" de carácter objetivo, que excluye toda posibilidad de cumplimiento de la obligación. Este concepto se relativiza para los efectos de dar cabida a la "teoría de la imprevisión" en nuestro derecho.

c. La noción misma del acto jurídico y especialmente el contrato (p.ej. la incorporación de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con ello se da al contrato una dimensión diferente, sea vinculando su ejecución a través del tiempo con la teoría de la causa, sea admitiendo que las circunstancias de hecho que predominaban al momento de su celebración configuren un escenario fáctico en el cual debe aplicarse e interpretarse.

d. Predominio de las nociones y principios morales y de derecho (p.ej. enriquecimiento injusto), **teniendo en cuenta consideraciones económico-sociales.** De esta manera, se impregna el contrato de nociones abstractas –morales y jurídicas– que permiten aplicar e interpretar el contrato con mayor latitud y flexibilidad por parte del juez.

e. Integración contractual por equidad. Si se admite que la existencia de una laguna legal sobre esta materia y el pleno imperio del principio de inexcusabilidad (de rango constitucional), se impone al juez, paralelamente, el deber de resolver, aun en ausencia de ley que resuelva el conflicto. De esta manera, por aplicación de los artículos 24 del Código Civil y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, debería recurrirse a los principios generales de derecho y la equidad natural para integrar la laguna legal.

f. Abuso del derecho, sobre la base de que es dable incurrir en responsabilidad si se ejerce un derecho con culpa o dolosamente. El fundamento de esta reflexión se basa en el aprovechamiento que hace el acreedor de la nueva situación, en términos de incurrir en culpa o dolo en el ejercicio de su

derecho, lo cual lo hace responsable de los daños y perjuicio que irroga a su contraparte.

Del apretado resumen que antecede, se puede constatar el esfuerzo realizado por la dogmática jurídica para dar fundamento a la "teoría de la imprevisión" y eludir el mandato legal sobre la intangibilidad del contrato, que termina siendo siempre la piedra de tope para sus partidarios.

Pocos autores han reparado en la estructura y alcance del contrato de **tracto sucesivo**, aplicable, en algunos aspectos, a los contratos de suministro continuo, ejecución diferida y cumplimiento parcializado por disposición contractual. Como se explicó en lo que antecede, la "teoría de la imprevisión" sólo tiene cabida tratándose de contratos en que la prestación convenida debe realizarse a través del tiempo, sea porque se ha convenido una ejecución parcializada, sea porque se entiende que el contrato se extingue y renueva sucesivamente, en las mismas condiciones, sin necesidad de manifestar voluntad en tal sentido. En este caso, la extinción y renovación opera por el solo ministerio de la ley, mientras las partes no expresen su voluntad en sentido contrario (de aquí que en estos contratos se admita siempre el derecho de revocación, vale decir, la expresión de voluntad unilateral que extingue la relación). El ejemplo más claro se halla en el contrato de arrendamiento, que puede convenirse por plazo indefinido, pero por períodos limitados, de modo que al fin de cada período la relación contractual, junto con extinguirse, se entiende renovada en el silencio de las partes y en idénticas o similares condiciones. Las preguntas que surgen en este tipo de contratos son varias, entre ellas: ¿Deben los elementos de existencia y validez volver a estar presentes al momento de renovarse el contrato? ¿Deben las partes manifestar expresamente su voluntad de perseverar en él? ¿Puede sostenerse que si sobreviene una incapacidad o un cambio de las condiciones imperantes al momento de perfeccionarse el contrato, ello incide en la causa del contrato? ¿Existe un solo contrato o tantos como renovaciones se hayan producido? Estas y muchas otras interrogantes deben ser aclaradas.

Desde luego, comencemos por sostener que el "tracto sucesivo" se caracteriza porque **el contrato es uno**, aun cuando se vaya extinguiendo y renovando a lo largo del tiempo. Por lo tanto, forzoso es reconocer que los elementos de existencia y validez deben estar presentes al momento de perfeccionarse. A partir de ese momento, dichos elementos seguirán virtualmente presentes, sin necesidad de reiterarlos, por la sola circunstancia de que las partes guarden silencio (no ejerzan su derecho a revocarlo). La alteración que puedan experimentar los elementos de existencia y validez no inciderı en los efectos del contrato, salvo que la relación jurídica se extinga por disposición de la ley (como ocurrirá, por ejemplo, si se destruye la cosa arrendada, caso en el cual operará el modo de extinguir llamado "pérdida de la cosa que se debe").

Si así no fuere, se negaría la existencia del tracto sucesivo, porque la extinción daría lugar a otro contrato, conforme a las reglas generales. La respuesta a la primera interrogante no ofrece duda alguna: no se requiere que los llamados elementos de existencia y validez del contrato se vuelvan a manifestar o hallarse presentes al momento de renovarse la relación. En ello consiste, precisamente, la peculiaridad de este tipo de contratación.

No es necesario, tampoco, volver a manifestar la voluntad al momento de producirse la renovación. La voluntad ya manifestada cubre, por así decirlo, todos los períodos renovados. Más aún, podría sostenerse que la voluntad se entiende manifestada virtualmente, por el solo hecho de que ninguna de las partes ponga fin al contrato por medio de la revocación.

En el supuesto de que sobrevenga la incapacidad de una de las partes o que cambien las circunstancias de tal manera que sea de presumir que ello tendrá una influencia determinante en la "causa" del contrato, no puede alegarse su nulidad, al menos por dos razones: porque el tracto sucesivo es un solo contrato que se celebra y se perfecciona en un determinado instante; y porque la validez o nulidad de un acto jurídico opera al momento de su perfeccionamiento y no existen nulidades sobrevinientes. Si el contrato es válido al momento de perfeccionarse, ello no puede alterarse en el futuro.

Finalmente, no cabe duda que el contrato de tracto sucesivo es uno, no tantos como renovaciones haya experimentado. Insistamos que esto es lo que caracteriza esta forma de contratación. Negarlo implica desconocer esta categoría contractual. Más aún, este tipo de contrato ofrece una ventaja importantísima para los efectos prácticos. La extinción del contrato opera hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo. Así las cosas, cada período de vigencia agotado funciona independientemente, pero causalmente integrado a una sola relación contractual. Esta característica ha acuñado la expresión "terminación" en lugar de resolución, dando estabilidad a los efectos producidos en los períodos anteriores.

De lo dicho se infiere que pretender introducir la "teoría de la imprevisión", sobre la base de las características del contrato de tracto sucesivo, es manifiestamente erróneo y una negación de la forma en que éste funciona. Lo que se dice respecto del tracto sucesivo puede reiterarse, con mayor razón, en relación a los contratos de ejecución diferida, de suministro continuo (que muchas veces toma la forma del tracto sucesivo) y de ejecución diferida por estipulación contractual. En todos ellos, el contrato es uno, no obstante que su ejecución se realiza a través del tiempo por determinados períodos de tiempo convenidos.

B. Nuestra posición

Nosotros creemos que la "teoría de la imprevisión" es una noción inútil, innecesaria y que está fundada en una errónea concepción de la obligación. La imprecisión en el concepto mismo de obligación ha llevado a esta y varias otras inconsistencias en el derecho contractual que trataremos de dejar en evidencia en lo que sigue.

i. La obligación es un **"deber de conducta típica"**, vale decir, descrita en la ley. Toda obligación lleva aparejado, necesaria e invariablemente, un cierto grado de diligencia y cuidado, el cual se deduce del grado de culpa de que se responde en cada caso. No hay, por lo tanto, obligaciones desligadas de la diligencia y cuidado que se imponen al deudor. Desde luego, la ley reconoce a las partes la facultad de fijar este nivel de diligencia, estipulando que el deudor responderá de un determinado grado de culpa (artículo 1547 inciso final del Código Civil). Si ellas no ejercen esta facultad, entonces es la misma ley la que lo establece en subsidio. Como es sabido, en el ámbito contractual se distingue la culpa grave, leve y levísima (artículo 44 del Código Civil). Esta clasificación es recogida por el artículo 1547 precitado para fijar, a través de una norma supletoria de la voluntad, la diligencia y cuidado que se impone a todo obligado. (Si el contrato accede en beneficio de ambas partes, se responderá de culpa leve; si accede en beneficio sólo del acreedor, se responderá de culpa grave, y si accede en beneficio del deudor, se responderá de culpa levísima). Nosotros hemos complementado la estructura subjetiva del vínculo obligacional, proponiendo una fórmula para establecer la culpa de que responde el acreedor (porque es posible que pueda éste facilitar u obstruir el cumplimiento de la obligación). No siempre el acreedor se nos presenta como un sujeto pasivo, indiferente al obrar de su deudor. Como se señaló en lo precedente, si el deudor responde de culpa leve, el acreedor responderá también de culpa leve; si el deudor responde de culpa grave, el acreedor responderá de culpa levísima; y si el deudor responde de culpa levísima, el acreedor responderá de culpa grave. Creemos que esta es la regla correcta, por cuanto a mayor grado de culpa del deudor, menor será la culpa del acreedor (si el deudor está obligado a lo más, el acreedor estará obligado a lo menos) y, a la inversa, a menor grado de culpa del deudor, mayor será el nivel de diligencia y cuidado que se impondrá al acreedor. Creemos que la obligación, como vínculo jurídico, demanda una definición clara sobre lo que se exige tanto al pretensor (acreedor) como al obligado (deudor). Es erróneo pensar que el acreedor no responde de culpa alguna, dado el hecho de que puede éste dificultar la actividad del deudor y, de esta manera, obstruir el cumplimiento de la obligación. La obligación, en tanto vínculo jurídico, implica el reconocimiento de deberes recíprocos. Sería, por lo mismo, absurdo suponer que la dirigencia y cuidado, que es consustancial a toda conducta humana, sólo cabe considerarse respecto del deudor, quedando excluido su contraparte: el acreedor.

ii. Por consiguiente, existen obligaciones de diligencia "**mínima**" (se responde de la diligencia que emplean las "personas negligentes y de poca prudencia); obligaciones de diligencia "**media**" (se responde de la diligencia que los "hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"); y obligaciones de diligencia "**máxima**" (se responde de la "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes"). Estos tres modelos explican por qué razón la culpa se aprecia "in abstracto". El juez, para precisar el cuidado y diligencia que se exige a cada una de las partes y calificar su conducta, deberá construir un arquetipo (modelo), atendiendo, por cierto, a la calidad, condición, preparación, nivel cultural, edad, etcétera, del sujeto cuyos actos serán calificados. Acto seguido, deberá comparar el comportamiento atribuido al "modelo" con el que se intenta juzgar. Sólo de esta manera le será posible apreciar si se ha incurrido o no en culpa. (En la práctica, aparentemente, los jueces no dejan evidencia de este mecanismo, pero, sin duda, lo aplican, incluso intuitivamente, al decidir sobre esta materia y resolver si uno de los contratantes ha infringido el deber de conducta asumido).

iii. La "**prestación**" (aquello que se trata de dar, hacer o no hacer de acuerdo al artículo 1438 del Código Civil) no es más que la descripción de un proyecto, meta o programa que se aspira alcanzar por los contratantes con la actividad, diligencia y cuidado que les corresponde desplegar. Su importancia radica en que, por el solo hecho de no alcanzarse, se presume **provisionalmente** el incumplimiento y se incurre en responsabilidad. En tal caso, el deudor puede, sin embargo, exonerarse de responsabilidad acreditando que ha empleado la diligencia y cuidado debidos (artículo 1547 inciso 3°), vale decir, aquellos estipulados en la convención o en la ley, según el caso.

iv. El "**caso fortuito o fuerza mayor**" no genera, como se ha pensado siempre, una imposibilidad absoluta e insuperable. Una cosa es el **hecho** en que consiste (un terremoto, un naufragio, el apresamiento de enemigos, todos ejemplos dados por el Código de Bello) y otra muy distinta sus **efectos**. Los elementos del caso fortuito (imprevisibilidad, independencia de la voluntad de las partes e irresistibilidad) están referidos al hecho y no a sus efectos. Indudablemente, el hecho constitutivo de caso fortuito es imprevisto, no depende de las partes y es irresistible. Pero en parte alguna ha dicho la ley que ello se transfiera a los efectos del mismo.

v. El caso fortuito consiste en la producción de un hecho que, por su naturaleza, obstruye o dificulta la ejecución de la conducta convenida (obligación). Si esta obstrucción representa una imposibilidad absoluta de ejecución, no existe problema alguno, ya que la obligación (la conducta debida) no puede desplegarse ni alcanzarse la "prestación". En tal caso, la obligación se extingue, salvo que el deudor haya asumido el caso fortuito y convenido hacerse cargo de sus efectos. Pero si la imposibilidad no es absoluta, resulta necesario

determinar hasta qué punto el deudor está obligado a atajar sus efectos y cuál es la medida de este esfuerzo. La respuesta a esta interrogante no puede ser otra: producido el hecho constitutivo de caso fortuito, el deudor deberá atajar sus efectos empleando el cuidado y diligencia debidos. Si con esta actividad no es posible evitar sus efectos, estará exonerado de responsabilidad. A la inversa, si ejecutando el deber de conducta asumido (obligación) es posible atajar sus efectos, el caso fortuito no mejorará su posición ni lo eximirá de responsabilidad. Lo anterior queda en evidencia si comparamos el contrato de depósito (el depositario responde de culpa grave en conformidad al artículo 2222 del Código Civil) y en el contrato de comodato (el comodatario responde de culpa levísima de acuerdo al artículo 2178 del mismo Código). Mientras el primero (el depositario) sólo empleará la diligencia de una "persona negligente y de poca prudencia" para atajar los efectos de un caso fortuito, el segundo (el comodatario) deberá emplear "la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". Lo que decimos está expresamente reconocido en el artículo 2178 inciso cuarto N° 3: El comodatario no es responsable del caso fortuito, sino "...3° Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya". ¿Cuál es la razón de ser de esta norma? Evidentemente ella descansa sobre la base de que el comodatario responde de culpa levísima, de modo que enfrentado a la alternativa de salvar de un caso fortuito la cosa propia o la cosa dada en comodato, deberá preferir la cosa ajena, porque debe comportarse con "la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de negocios importantes". ¿Cabe pensar que el depositario y el comodatario son tratados de la misma manera respecto del caso fortuito, no obstante el hecho de que responden de manera tan diametralmente distinta en el cumplimiento de la obligación? ¿Por qué habría de exigirse a una persona un grado de diligencia y cuidado superior de aquel que asumió al obligarse? La doctrina clásica, por cierto, no tiene respuesta a estas interrogantes. Ello porque ha confundido la irresistibilidad del hecho en que consiste el caso fortuito, con la posible resistibilidad de los efectos que provoca.

vi. En consecuencia, el impedimento que genera el caso fortuito es **jurídicamente absoluto** (porque no está obligado quien lo sufre a atajar sus efectos con un grado de diligencia y cuidado que va más allá de aquel de que responde). Por lo mismo, el caso fortuito es una categoría jurídica y no meramente fáctica. La imposibilidad es **subjetiva,** porque depende de la persona que la experimenta y de la diligencia y cuidado que le es exigible. Lo que ha sucedido en la dogmática jurídica es que se han extrapolado los requisitos del hecho en que consiste el caso fortuito a los efectos que la ley asigna al mismo.

vii. Si durante la ejecución del contrato surge un hecho imprevisto e irresistible que encarece en términos enormes el cumplimiento de la obligación, deberá

resolverse, previamente, si el deudor está obligado a cumplir empleando el grado de diligencia y cuidado que corresponde. Si el escollo es susceptible de removerse desplegando la conducta debida, la obligación subsiste y su incumplimiento acarreará responsabilidad. Por el contrario, si desplegando la conducta debida es imposible despejar el obstáculo, nos hallaremos ante un caso fortuito que libera al deudor de la obligación y lo exime de responsabilidad. No se trata, entonces, de porcentajes de encarecimiento, ni de la revisión del contrato, ni de la ejecución de buena fe, ni de una causal de nulidad sobreviniente (que no existe), ni de la apreciación de las circunstancias que existían al momento de contratar (cláusula *rebus sic stantibus*). Se trata de interpretar correctamente el sentido, alcance y proyección de la obligación. Lejos de debilitar la intangibilidad del contrato ("*pacta sunt servanda*") se la fortalece, porque prevalece en plenitud la obligación, pero correctamente considerada.

viii. En los casos de dictación de **leyes especiales** para encarar determinadas crisis (lo que no ha sido infrecuente entre nosotros), no hay duda que las obligaciones contraídas han debido cumplirse, atendiendo a la diligencia y cuidado asumidos por los obligados, pero por razones de equidad y socioeconómicas, se interviene, aludiendo el cumplimiento de la "prestación", en provecho de los más perjudicados. En el día de hoy, estas leyes con inconstitucionales, salvo que afecten los intereses del Estado (el Estado puede renunciar a sus derechos y asumir pérdidas si ellas afectan sus recursos), porque en virtud de lo prevenido en el artículo 19 N° 24 de la Carta Política Fundamental, nadie puede ser privado de su dominio, sea que este recaiga en una cosa corporal o incorporal (meros derechos).

ix. La mejor demostración de esta teoría interpretativa –que reivindica el papel que corresponde a la obligación– está contenida en el artículo 1558 del Código Civil. En efecto, si la obligación no se cumple por hecho imputable al deudor, deberá éste indemnizar los perjuicios que se causen. Esto importa reconocer que la obligación **debe cumplirse por equivalencia**. La indemnización que reemplaza la obligación debe ser equivalente al cumplimiento en especie y conferir al acreedor los mismos beneficios que le habrían correspondido en caso de que ella hubiere sido satisfecha de la manera convenida. ¿De qué responde el deudor? De los perjuicios directos **previstos**, o sea, de aquellos que resultan de no aplicarse por parte del deudor la diligencia y el cuidado debidos. En consecuencia, los perjuicios que se siguen del incumplimiento de una obligación que, por un hecho imprevisto e irresistible, se hizo "enorme" en relación a la originalmente pactada, no comprenden aquellos beneficios que exceden el contenido primitivo de la obligación o, dicho de otro modo, los perjuicios que no pudieren preverse al tiempo de perfeccionarse la obligación. Sólo cuando el incumplimiento es doloso, la indemnización se extiende a los perjuicios **imprevistos**, pero ello constituye una sanción de carácter excepcional y de derecho estricto, fundada en otra realidad. Por consiguiente, enfrentado un

contratante a un aumento exorbitante de lo debido por un hecho sobreviniente e imprevisto, en defensa de su patrimonio, debería incumplir la obligación y, de este modo, esquivar el pago de una prestación enorme. ¿Tiene sentido sostener que el legislador, en lugar de procurar la conservación del contrato, insta por su incumplimiento? Lo propio ocurre con la recta interpretación de los artículos 1548, 1549 y 1550 del Código Civil, antes citados. Todos ellos hacen directa o indirectamente referencia a la "diligencia debida", que, sin duda, conforma la médula de la obligación.

x. En definitiva, el deudor debe una "conducta típica" –no la prestación proyectada por los contratantes– perfectamente descrita en el contrato o en la ley. Todo cuanto de la prestación esté más allá de aquella conducta, no es exigible, razón por la cual el caso fortuito o fuerza mayor lo exonerará de responsabilidad si, atendida la diligencia y cuidado que debe emplear, no está obligado a atajar sus efectos. Si sobreviene un hecho imprevisto e irresistible que dificulta u obstruye la ejecución de la conducta debida (obligación), sin hacerla físicamente imposible, el deudor estará exento de responsabilidad, siempre que con la diligencia y cuidado que debe emplear no esté comprometido a despejar el obstáculo.

xi. Forzoso resulta reconocer que si el objeto de la obligación es divisible, ella se extenderá hasta cubrir lo que, empleado la diligencia y cuidado debidos, debió dar, hacer o no hacer. Pero la determinación de lo adeudado por parte del juez (en caso de desacuerdo entre las partes) no resulta de una revisión del contrato, sino una controversia relativa a la interpretación del contrato, materia sujeta a decisión judicial.

xii. Finalmente, no puede dejarse de lado la circunstancia de que, en el supuesto que por un hecho sobreviniente, imprevisto e irresistible, una prestación contractual se haga groseramente más gravosa, pero no imposible, la única solución, como se dijo, sería incumplir conscientemente dicha obligación y optar por un cumplimiento por equivalencia (indemnización de perjuicios). Esta última, como se señaló en lo precedente, comprendería los perjuicios previstos, vale decir, aquellos que se consideraron al momento de contratar. De otro modo, se concedería al acreedor una ventaja indebida, al imponer al deudor el deber de compensar una prestación a la cual no estaba obligado, porque excedía la conducta que asumió al contratar. En el caso que planteamos quedan en evidencia dos cosas: por una parte, la consumación de una injusticia (al hacer extraordinariamente más oneroso el cumplimiento de la obligación) y, por la otra, la contradicción que se atribuye a la ley (al exigir la realización de una conducta determinada e instar, como único recurso, por el incumplimiento consciente de la obligación para invocar una prestación sustitutiva). Creemos que ambas cosas son inaceptables.

Como puede observarse, la llamada "teoría de la imprevisión" está fundada en una errada concepción de la obligación, debilita innecesariamente el principio de la "intangibilidad del contrato", atenta contra la seguridad jurídica y cercena la libertad contractual. Sus beneficios pueden alcanzarse sin necesidad de sacrificar o delimitar arbitrariamente los principios aludidos y, lo que parece más importante, reconociendo que la obligación se estructura sobre la base de la diligencia y cuidado que cada contratante compromete al momento de renunciar a parte de su libertad en pos de alcanzar una provechosa composición de sus intereses.

No faltan quienes sostienen que esta interpretación no estaba en la mente del autor del Código Civil ni en los textos jurídicos en que se inspiró. Olvidan ellos, sin embargo, que la ley tiene vida, intención y espíritu propios, que se independiza del legislador y que, por lo mismo, puede renovarse por medio de la interpretación (en cuanto mecanismo para la aplicación del derecho). Nada de especial tiene, entonces, que demos a la obligación un sentido distinto de aquel que concibieron los redactores de nuestro Código Civil.

2. "Teoría del abuso del derecho"

A. La doctrina jurídica[6]

La teoría del "abuso del derecho" contrasta, también, dos principios: ***dura lex sed lex*** (la ley por dura que sea es ley) y ***summum ius summa injuria*** (la aplicación rigurosa de la ley conduce a la injusticia). Ambos principios tienen una arraigada vigencia en el derecho romano continental y han servido para la recta aplicación de la ley.

Esta teoría, a nuestro juicio, es igualmente errada y constituye una amenaza latente si se la considera en los términos en que tradicionalmente ha sido concebida. Para nadie puede resultar extraño que, a través de ella, se esquiva el ejercicio legítimo de un derecho con los más diversos pretextos y argumentaciones. No sólo se relativiza el derecho –adscribiéndolo a un fin determinado– sino que se condiciona su ejercicio a factores extrajurídicos que lo desnaturalizan e instrumentalizan.

i. Se ha sostenido que un derecho puede ejercerse dolosamente (con la intención positiva de inferir daño a otra persona) o culpablemente (negligente o descuidadamente). De este modo, es posible que el ejercicio del derecho devenga en un ilícito civil (artículos 1437, 2284 y 2314 del Código Civil). Este ha sido

[6] A este tema hemos dedicado el libro *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

el criterio que ha sustentado nuestra jurisprudencia hasta el día de hoy. En los pocos casos en que se ha acogido el "abuso del derecho" se lo ha vinculado a un ilícito civil (posición sustentada en Chile por don Arturo Alessandri Rodríguez, entre otros). El autor mencionado ha escrito a este respecto: *"En nuestro concepto el* ***abuso del derecho*** *es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil: el abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por lo tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habría abuso del derecho cuando su titular lo ejerza* ***dolosa o culpablemente****, es decir, con la intención de dañar o sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicioso y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa daño, del mismo modo los derechos que la ley otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa. Los conceptos dolo o culpa son amplios, aplicables a todos los actos humanos, sean materiales o jurídicos. No se ve entonces por qué unos y otros actos no han de ser regidos por idénticos principios. Este criterio, que es sustentado por Mazeaud, Colin y Capitant, Demogue y otros, elimina en gran parte la arbitrariedad judicial, pues hace innecesario determinar la finalidad social o económica de cada derecho. Tiene además la ventaja de responder a la realidad misma de las cosas, porque en el hecho, cualquiera que sea la teoría que se adopte, sólo hay abuso del derecho cuando éste se ejerce dolosa o culpablemente, como quiera que ejercerlo contrariando su finalidad económica o social o sin motivo legítimo es precisamente obrar con culpa: un hombre prudente no ejercerse sus derechos en esa forma".*[7] Como puede apreciarse, se asimila el ejercicio del derecho al "uso juicioso y prudente de las cosas", sin reparar, creemos nosotros, en que el derecho no es una cosa susceptible de ser usada según los conceptos y cánones generales. Nótese, en todo caso, que el autor citado se esfuerza por desvincular el ejercicio del derecho a "una finalidad económica o social", advirtiendo los peligros que ello representa.

ii. Otros comentaristas sostienen, además, que el derecho puede ejercerse con sentido antisocial o fuera de los fines tenidos en consideración por el legislador al momento de generarlos. De esta manera, se remite el "abuso" a los fines, propósitos y deseos del legislador, como si fuere éste la "encarnación" misma de la ley. Un autor escribe, a este respecto, *"El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económica social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo*

[7] Arturo Alessandri Rodríguez. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno.* Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, págs. 261 y 262.

está usando –o no usando– de manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica".[8] Como puede comprobarse, la cuestión no puede ser más vaga y difusa. El mismo autor, más adelante, afirma: *"Consideramos que, en sustancia, el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de buena fe y de buenas costumbres. Y lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente".*[9]

iii. De lo señalado se sigue que para el recto ejercicio del derecho subjetivo será necesario un análisis previo sobre si ello se ajusta a la "moral social", la cual, en derecho, se expresaría por medio de la realización de la solidaridad, traduciéndose, en definitiva, en los "principios de la buena fe y de las buenas costumbres", cuyo quebrantamiento transformaría el ejercicio del derecho subjetivo en un acto ilícito. Esta construcción teórica carece de todo arraigo en el derecho positivo, puesto que, a través de un valor tan esquivo como la "solidaridad", se logra calificar de ilícito el ejercicio de un derecho, debilitándolo considerablemente en el plano práctico. Es de imaginar hasta dónde puede llegarse por este camino si se trata de ampliar las prerrogativas de los jueces y enervar, paralelamente, las facultades que la norma concede al titular del derecho subjetivo. El peligro que advertimos queda a la vista.

iv. Varios autores se inclinan por un criterio objetivo al describir y configurar el "acto abusivo", alejándose de la concepción subjetivista que enfoca el problema desde la perspectiva de la intención del titular. Así, por ejemplo, Alberto Spota sostiene que *"Todos los derechos son susceptibles, al ejercerlos, de abuso reprimible, con mínimas e insignificantes excepciones. Es decir, los derechos subjetivos son relativos: han de ejercerse en función del rol por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica. Esto significa decir que estamos no ya frente a una mera* ***teoría****, sino ante un* ***principio general de derecho****. Principio que, para emplear un término caro a aquel auténtico jurista que fue Edmond Picard, lo impone la* juridicité. *Si, en efecto, el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a la voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos; si estos intereses tutelados por el derecho objetivo son de esa especie; si la norma legal, el derecho, tiende a la consecución de un fin que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social –con la salvedad del derecho injusto o del derecho justo pero absoluto–, y a tutelar los valores sin los*

[8] Carlos Fernández Sassarego. *El Abuso del Derecho.* Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1992. Págs. 22 y 23.
[9] Carlos Fernández Sassarego. Obra citada. Pág. 134.

cuales esa convivencia queda lesionada; entonces se comprenderá lo que decimos: los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del derecho".[10] Nos parece especialmente destacable que este autor ponga acento en la realización de "intereses" tutelados por el derecho objetivo, aun cuando ello sirva para ampliar este concepto a un propósito tan difuso como "la convivencia humana para alcanzar la paz social". No exageramos al decir que en ello queda comprendido prácticamente todo...

v. De aquí que nosotros hayamos sostenido que dos desviaciones se advierten en esta tesis. Por una parte, se desvía la función o finalidad del derecho hacia principios generales (la buena fe, las buenas costumbres, la moral), llegándose al extremo de sostener una legitimidad distinta de la jurídica, algo así como una legitimidad moral (postulada por Dabin). Por la otra, se desconoce que el interés tutelado por la norma es el medio de que dispone el derecho para promover ciertas conductas, las cuales se incentivan disponiendo, por así decirlo, el poder del Estado para obtener la satisfacción de dicho interés. De esta manera se promueve una conducta que encierra la realización de un valor y una preferencia reconocida por el legislador. No puede hablarse, creemos nosotros, de una función económico-social inherente al derecho subjetivo. Dicha función está representada por el "interés jurídicamente protegido", que es el medio a través del cual se incita al titular a ejercerlo, porque de ello se sigue una conducta valiosa. De lo señalado se desprende que la función o finalidad económico-social del derecho pasa por el "interés jurídicamente tutelado" que, como hemos sostenido, es uno de los componentes del derecho subjetivo.

Como puede observarse, o se vincula el "abuso del derecho" con el ejercicio doloso y culpable de aquella facultad, postulándose la comisión de un delito o cuasidelito civil (ilícito); o se lo vincula a una serie de conceptos rimbombantes y difusos que permiten sostener cualquier limitación a su ejercicio, con un contenido más ideológico que jurídico. Nuestra crítica a la doctrina tradicional quedará en evidencia en las observaciones que se siguen, sin perjuicio de lo cual es bueno adelantar el peligro que encierra esta concepción cuando se la funda en concepciones ideológicas, cuya meta es restringir la plena vigencia de los derechos subjetivos y asignar al juez un papel más político que jurídico. La experiencia histórica avala nuestro planteamiento, puesto que en todos los grandes "proyectos de ingeniería política", la concepción del "abuso del derecho" (aun cuando se le utilice con otra terminología) ha jugado un rol preponderante.

[10] Alberto Spota. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I. Parte General, vol. 2, Relatividad y Abuso del Derecho". Editorial Roque Depalma, Buenos Aires. Págs. 319 y 320.

B. Nuestra posición

Nuestra posición rompe con los criterios clásicos en esta materia, como podrá comprobarse en las reflexiones que siguen.

i. A nuestro juicio, un derecho **se tiene o no se tiene**. Si se tiene, su ejercicio, como quiera que se haga y cualquiera que sea la intención o espíritu de su titular, no ofende jurídicamente a nadie. Los daños que puedan causarse son consecuencia legítima del mismo derecho y están previstos y autorizados en la ley. El ejercicio de todo derecho supone un beneficio para su titular y un gravamen para el obligado (el gravamen puede ser más o menos oneroso, pero tendrá siempre el mismo carácter). Nuestro Código Penal, incluso, en su artículo 10 N° 10, exime de responsabilidad penal al que "obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo". La legitimidad está referida a la titularidad y exigibilidad del derecho. En consecuencia, quien ejerce un derecho que le corresponde no está obligado a justificar su decisión ni ha excusarse ante el perjuicio que ello pueda irrogar al obligado.

ii. La cuestión se remonta, entonces, a la naturaleza del derecho subjetivo. Como se ha explicado, el derecho subjetivo implica dos elementos, que deducimos de la llamada "teoría de la voluntad" de Federico von Savigny, y de la llamada "teoría del interés" de Rudolph von Ihering. Para el primero el derecho subjetivo es "el señorío del querer o poder de la voluntad" (el acento se pone en la facultad atribuida al sujeto). Para el segundo, el derecho subjetivo es "un interés jurídicamente protegido por el derecho objetivo". Así las cosas, es la voluntad la que lo pone en movimiento (lo reclama) y sus límites están establecidos por las preferencias o valores que se hallan amparados (protegidos) por las normas jurídicas. En suma, el derecho subjetivo es "el poder de la voluntad o señorío del querer para realizar los intereses protegidos por el derecho objetivo". La voluntad, como fuerza motriz del derecho, se desplaza dentro de los límites fijados por los intereses protegidos. Desbordar estos deslindes importa ubicarse fuera del ámbito jurídico (al margen del derecho).

iii. De lo señalado se infiere que son los "intereses jurídicamente protegidos" los que determinan los límites del derecho subjetivo. Estos intereses no pueden desviarse ni excederse, porque si tal ocurre, se actúa de facto y no de ***iure***, vale decir, fuera del derecho. Dicho de otro modo, el titular del derecho subjetivo tiene un marco o campo perfectamente delimitado por la norma jurídica, dentro del cual actúa legítimamente y que no puede sobrepasar –sea por desviación o exceso– a riesgo de actuar contra o fuera del derecho. Los intereses amparados por la norma de derecho positivo son establecidos por la respectiva potestad en el proceso de gestación jurídica y quedan, por cierto, a merced del proceso interpretativo, en manos de la respectiva autoridad (judicial o administrativa).

Será esta autoridad la llamada a declarar cuándo se han desviado o excedido los referidos intereses.

iv. Por consiguiente, nadie puede abusar de su derecho. Lo que ocurre es diametralmente distinto. Se puede simular o fingir que se ejerce un derecho para satisfacer intereses diversos de aquellos protegidos por la norma, pero, en tal caso, se obra sin derecho, fuera del marco que determina su existencia. Mal puede hablarse, entonces, de "abuso del derecho" cuando éste se halla ausente, siendo falsamente invocado para la consecución de intereses que son ajenos a la protección que brinda el derecho positivo.

v. Es falso, por lo mismo, que los derechos subjetivos que nacen de un contrato, por ejemplo, puedan ser ejercidos abusivamente si el acreedor reclama lo que se le debe, o que el dolo o culpa del que pone en movimiento su derecho sea fuente de responsabilidad civil. El abuso del derecho es un "espejismo", una creación artificiosa, que se presta para toda suerte de excesos y, especialmente, para erosionar el derecho subjetivo, sometido a toda suerte de restricciones y caracterizado como un "instrumento" destinado a consumar actos inmorales, injustos y antifuncionales.

vi. Conviene precisar que no hay "intereses colectivos" que sirvan para fundar derechos subjetivos de gravitación universal, capaces de condicionar el ejercicio de todos los derechos. Los intereses jurídicamente protegidos son "individuales", están confiados a la voluntad de cada sujeto de derecho y constituyen la infraestructura del ordenamiento jurídico. Ninguna voluntad puede reclamar la realización de un interés colectivo. Éste sólo puede hallarse en manos del Estado, nunca de los particulares. De otro modo, se confundirían los planos y cada cual se atribuiría el ejercicio de las potestades públicas. Cuando el derecho objetivo delimita el ejercicio del derecho subjetivo a la "moral", las "buenas costumbres", el "orden público" o la "seguridad nacional", dicha referencia está dirigida a un determinado derecho subjetivo que sólo puede poner en movimiento la voluntad de su titular. Distinto es reconocer que la suma de los intereses individuales apunta a la realización del interés colectivo, cuestión que concierne fundamentalmente a quienes ejercen las potestades legislativas. Exigir que un particular ejerza su derecho subjetivo con "sentido solidario" (como lo pretende cierta doctrina), es absurdo, porque ello está referido a una cuestión social con un alto contenido político que sólo puede dilucidar la autoridad como tal. Por lo tanto, es la voluntad la que permite excluir cualquier interés difuso, vago, impreciso o de carácter social y no individual que pueda perturbar el ejercicio del derecho subjetivo.

vii. En definitiva, corresponderá al legislador determinar el marco (intereses jurídicamente protegidos) que justifica la existencia del derecho; y al juez precisar, en cada caso, si quien lo pone en movimiento invoca un interés legítimo

(aquel consagrado en la norma). Esta tarea, en el fondo, equivale a precisar si el derecho existe o no existe. En el primer supuesto el derecho podrá ejercerse libremente para realizar los intereses protegidos, cualquiera que sea la intención de su titular y el daño que se sigue. En el segundo supuesto, no hay abuso, sino ausencia de derecho. De aquí que sea patente la confusión en que se incurre: una cosa es actuar en el ámbito del derecho (cuando se procura realizar los intereses jurídicamente protegidos), y otra, al margen del derecho (cuando se invoca un derecho subjetivo para conseguir la satisfacción de un interés ajeno o que excede aquel garantizado en la norma jurídica).

viii. No están descaminados Josserand y otros autores que, para calificar el "acto abusivo", acuden a una concepción "finalista" o "funcional" (finalidad social y económica que corresponde a cada derecho), excluyendo la intención del sujeto que pone en movimiento el derecho (concepción subjetivista). El error está en no advertir que la finalidad es "personal" y no social o colectiva (puesto que se confía a la voluntad del sujeto), y que los intereses que se protegen, incentivando su realización, se radican en cada persona individualmente considerada y no en la comunidad. Son los llamados poderes colegisladores los encargados de armonizar los "intereses individuales" con los "intereses colectivos o sociales". Esta materia esta constantemente presente en el ejercicio de aquellas potestades y, por cierto, depende de muy diversas opciones políticas. A manera de ejemplo, flexibilizar la relación laboral, concediendo mayores facultades al empleador (derechos subjetivos): ¿favorece o perjudica el interés de la masa laboral? Esta materia sólo puede ser resuelta por quienes son llamados a legislar, no por quienes son titulares de los derechos subjetivos consagrados en la ley.

ix. En el día de hoy la casi totalidad de los derechos son relativos (causados). Sólo por excepción perduran derechos absolutos fruto de la Revolución Francesa. A este respecto cabe recordar que aquella Revolución transformó a cada ciudadano en "soberano en el ámbito de sus derechos". Josserand explicando este fenómeno dice: *"Este es el concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo; considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la comunidad; como individuo más bien que como célula primaria de la sociedad"*.[11] No menos expresivo fue Robespierre cuando dijo: *"El derecho de cada individuo termina donde empieza el derecho de otro"*. Incluso, en el día de hoy, en virtud de la Ley N° 19.947, el derecho de los padres para consentir en el matrimonio de sus hijos menores, en conformidad al artículo

[11] Luis Josserand. *Derecho Civil*, tomo I, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires. Pág. 153.

107 del Código Civil, se relativizó. Relativizar un derecho significa adscribirlo a una cierta finalidad, lo cual, más simplemente, implica describir con mayor rigor y precisión el interés jurídicamente protegido y marcar con trazos más gruesos sus deslindes. El problema surge cuando, en lugar de precisar los "intereses protegidos", se incorporan expresiones huidizas y ampulosas que confunden o amplían el alcance y dimensión de aquellos intereses.

x. Todas las normas jurídicas incorporadas a los Códigos para consagrar esta teoría, en lugar de facilitar el ejercicio del derecho, lo dificultan. Lo anterior porque se condiciona arbitrariamente el ejercicio del derecho subjetivo, tanto por factores subjetivos (culpa o dolo) como por factores objetivos (funcionalidad), dejándolo a merced de jueces con muy diversas ideologías que lo reconocen o desconocen en desmedro de la seguridad jurídica. Con las armas de que disponen los jueces (para fijar los límites del derecho en función de los intereses jurídicamente protegidos), es posible resolver certeramente este problema sin mayores dificultades.

De lo manifestado se desprende que el concepto de "abuso del derecho" es perfectamente inútil y errado. Él se vuelve contra la intangibilidad del contrato, al condicionar el ejercicio de los derechos subjetivos que emanan del mismo. Además, constituye una falacia destinada a atenuar el principio *pacta sunt servanda*. Todo lo anterior porque se confunden situaciones de hecho (excesivas o desviadas), con situaciones jurídicas (ejercicio de una facultad inherente al interés protegido por el derecho objetivo). Pocas doctrinas han tenido tanto arraigo, muy probablemente porque encierra posiciones y concepciones políticas que, invariablemente, apuntan contra los derechos subjetivos, sus fuentes y su ejercicio. A la inutilidad de esta concepción, habría que agregar un peligro potencial que no puede soslayarse. Para dimensionar, más allá del interés jurídicamente protegido, la órbita sobre la cual gira el derecho subjetivo, es ineludible incorporar al análisis la adhesión de una cierta posición política ideológica. De esta manera, el juez, como quiera que proceda y por bien inspirado que se encuentre, se verá forzado a comprometerse con una determinada concepción política. Por esta vía, entonces, se enturbia la actividad judicial, depositando en la magistratura, en definitiva, la potestad de resolver cuál es el contenido del derecho, pero con una óptica política y no estrictamente jurídica.

Finalmente, debemos admitir que esta teoría es cautivante y muy pocos resisten su atractivo. Así nos ocurrió originalmente, antes de advertir su inspiración y peligros.[12] En la medida que se refuerzan los límites del derecho subjetivo (lo que sólo puede conseguirse definiendo adecuadamente los "intereses prote-

[12] En esta corriente debemos ubicar un antiguo texto nuestro: *De la relatividad jurídica. Crisis del sistema legal y Estatutos Jurídicos Funcionales*. Editorial Jurídica de Chile. 1965.

gidos por el derecho objetivo"), se facilita su aplicación y, paralelamente, se cancelan muchas tentativas por debilitar o desconocer su ejercicio. Una cosa es reforzar los límites del derecho subjetivo, por medio de una clara definición de los intereses amparados por el legislador, y otra, muy distinta, condicionar su ejercicio a la realización de valores vagos, ampulosos, de alta densidad política. Es esto lo que sucede con los autores que predican las virtudes de la "teoría del abuso del derecho". Someten el ejercicio de los derechos subjetivos a una prueba de admisibilidad, fundada en la realización de fines y valores como la "solidaridad", la "moral", la "justicia", los "intereses sociales predominantes", el "bien común", la "equidad", etcétera. De esta manera los derechos no sólo se relativizan (en el sentido de quedar subordinados a los "intereses jurídicamente protegidos"), sino que su legítimo ejercicio queda entregado a una apreciación general y difusa que carece de pautas objetivas que excluyan la arbitrariedad. No resulta difícil, en este cuadro, apreciar los peligros que conlleva la aceptación de esta teoría en la forma en que ha sido enunciada.

Muy diferente es el resultado adoptándose la posición que sustentamos. Definiendo con precisión los "intereses jurídicamente protegidos" se consigue reforzar el derecho subjetivo; fijar con rigor sus límites, evitando los abusos que se siguen al obrar al margen del ámbito jurídico; e imponer al tribunal el deber de examinar, en cada caso, si el titular del derecho persigue realizar el interés amparado o se excede al reclamar aquello que no le corresponde. Como puede constatarse, la cuestión es importante y afecta lo que parece medular en campo jurídico.

3. "Socialización y ocaso de los derechos subjetivos"

A. La doctrina jurídica

Se ha sostenido, especialmente en el siglo pasado, que el derecho subjetivo ha hecho crisis. Que esta noción (derecho subjetivo) representa una concepción extrema del individualismo, puesto que confiere a un sujeto un poder sobre otro y sólo en función de sus intereses personales, al margen los intereses de la sociedad y de los más débiles. De aquí los esfuerzos doctrinarios, como el de León Duguit, destinados a transformar los derechos subjetivos en "deberes sociales", por medio del reconocimiento de "situaciones jurídicas subjetivas", las que se gestarían al aplicar la norma objetiva bajo la égida de la solidaridad social. De esta forma, lo que llamamos derecho subjetivo adviene en un "deber social". Estas ideas no han tenido reconocimiento ni proyección en la legislación ni en la jurisprudencia.[13] Lo que los autores se resisten a admitir

[13] Duguit niega la existencia de los derechos subjetivos. A este respecto dice: "Estimo que individuo y colectividad carecen de derechos; pero los primeros en su calidad de entes sociales deberán acatar la regla social; un acto que quiebre esta regla traerá necesariamente una reacción, diversa en el tiempo

es el hecho de que al establecerse los "intereses jurídicamente protegidos" (siempre en el plano individual), se construye la infraestructura de un sistema de derecho, porque todos ellos apuntan a la realización de un mismo fin, el cual sólo puede alcanzarse en la medida en que todos ellos sean reconocidos y realizados. De aquí emana, creemos nosotros, la facilidad con que se alude al "interés social", sin advertir que éste no es más que la suma de los "intereses individuales jurídicamente protegidos".

Más acertada nos parece la tesis sostenida por François Gény, quien distingue lo que pertenece a la "ciencia jurídica" y lo que pertenece a la "técnica jurídica". La primera es denominada *"le donné"* (aquello que es consustancia al derecho); la segunda es denominada *"le construit"* (lo meramente artificial en el derecho). El derecho subjetivo no es más que una manifestación de la "técnica jurídica", por lo mismo, no es un elemento esencial del derecho, pudiendo evolucionar y desaparecer, siempre que sea sustituido por otro concepto equivalente y más eficiente. La vigencia de esta construcción jurídica deriva de que, por el momento, no se ha descubierto un sustituto capaz de reemplazarlo. Gény postula que el objetivo fundamental del derecho es el acercamiento entre el ideal de justicia y la vida social. Sólo cuando este propósito se haya alcanzado, podrá desaparecer el concepto de "derecho subjetivo", pero, por ahora, éste presta una enorme utilidad. Desde esta óptica, los derechos subjetivos constituyen un mero "instrumento" de la técnica jurídica, susceptible de eliminarse en la medida que la ciencia jurídica evolucione y se vayan creando nuevos recursos para alcanzar sus fines.

A nuestro juicio, la cuestión referida gira hoy sobre un eje distinto. En efecto, la inmensa mayoría de los derechos subjetivos se han relativizado, vale decir, se han reforzado sus límites, circunscribiéndolos a la realización de un determinado fin, lo cual ha permitido restringir su ejercicio sólo en función de los intereses protegidos por el derecho objetivo. Esta, nos parece, es la recta doctrina. Don Arturo Alessandri Rodríguez dijo a este respecto *"El absolutismo jurídico llega a sacrificar el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida, está en franca decadencia. Es además jurídicamente inaceptable. Es cierto que los derechos son facultades que la ley otorga al individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines. El objeto de la ley no es tanto reconocer o resguardar la libertad humana como asegurar el orden social, permitir la convivencia en sociedad. Para lograrlo, confiere esas facultades a sus miembros como un medio de que puedan desarrollar sus actividades y satisfacer sus necesidades; pero dentro de los fines para los que ellas han sido creadas".*[14]

y en el espacio, así como los acto que acomodan su existencia a la norma, tendrán una sanción, variable en función de la época y el lugar". León Duguit. *Le droi social, individuel et la transformation de l'Etat.* Pág. 12.

[14] Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada. Pág. 252.

Como quiera que se analice este tema, se llegará a la conclusión de que, en cuanto a su estructura jurídica, los derechos subjetivos tienen un fundamento político que sólo puede variar cuando surja otra concepción política que reemplace la actual. De allí que hayamos afirmado que *"todo lo que se diga soslayando este requerimiento es tiempo perdido y no pasa de ser una expresión sonora de ideales bien inspirados, pero sin proyecto de ejecución"*. No puede preterirse la circunstancia de que los derechos subjetivos son un "instrumento" en manos del legislador, para alentar o desalentar conductas sociales en aras de la realización de determinados intereses, fines y valores (aquellos amparados por el derecho objetivo). Por lo mismo, los derechos subjetivos son una manifestación insustituible en el funcionamiento y estabilidad del derecho. No se conoce aún otra concepción jurídica capaz de reemplazarlos, sin afectar la libertad y las atribuciones de los particulares para asumir deberes y obligaciones en razón de objetivos e intereses amparados y reconocidos por el derecho objetivo. Tenemos, por ende, la convicción de que esta concepción conforma un elemento esencial en la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico.

B. Nuestra posición

Nosotros estimamos que los derechos subjetivos son elementos esenciales en el sistema jurídico y que sería un retroceso desconocer su importancia para ampliar la libertad de los individuos en la vida social. Nuestra defensa de los derechos subjetivos se funda principalmente en las siguientes razones:

1. Los regímenes totalitarios han pretendido invariablemente aplastar los derechos subjetivos (tanto los patrimoniales como los extrapatrimoniales). En la larga lucha del hombre en defensa de la libertad esta estructura jurídica ha jugado un papel fundamental. No existe ningún intento totalitario que no haya comenzado aboliendo los derechos subjetivos, por medio de la transferencia al Estado de todo tipo de facultades, o condicionando su ejercicio a ciertos objetivos políticos ("los altos intereses del Estado", "los fines superiores de la revolución o del partido", la "formación del hombre nuevo", etcétera). De aquí que un autor haya manifestado que *"las doctrinas individualistas han sido un poderoso agente en la lucha contra el despotismo"*. Por consiguiente, esta aseveración ha contribuido poderosamente a reforzar la concepción libertaria del hombre y erradicar las tiranías que lo han sojuzgado.

2. Los derechos subjetivos, si bien confieren un poder a la voluntad del pretensor (acreedor), se fundan en intereses que están protegidos por el derecho objetivo. Esto significa que son las potestades públicas (creadoras del derecho objetivo) las que definen y caracterizan aquellos "intereses". De la misma manera, pueden los particulares crear derechos subjetivos (autonomía privada), pero ello ocurre en un marco jurídico preestablecido por el sistema normativo que confiere o priva de validez a la voluntad de los imperados. No cabe, entonces, objetar los

"intereses protegidos", porque ellos son definidos, delimitados y reconocidos por el mismo Estado, a través de las potestades que se constituyen por medio de la voluntad ciudadana (artículo 5° de la Constitución Política de la República, en virtud del cual la soberanía reside en la Nación, pero su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de las elecciones periódicas y también en las autoridades que establece la Constitución).

3. Si los derechos subjetivos se fundan en "intereses" protegidos por el derecho objetivo, ello implica que será el legislador quien, directa o indirectamente, reconocerá dichos intereses y hará posible su realización. Desde esta perspectiva, como se dijo, el derecho subjetivo pasa a ser un instrumento de política legislativa y la forma más eficiente de lograr determinados fines. No cabe, entonces, desvincularlos tan abruptamente de los fines sociales, como si hubiere una oposición radical e irreconciliable entre derecho subjetivo e interés social. A la inversa, la naturaleza de aquéllos revela lo contrario. Un derecho subjetivo no puede ser sino expresión de un interés social superior, sea porque ha sido instituido por el legislador, sea porque se han creado por los imperados en el marco de un estatuto que excluye su perversidad.

4. La "solidaridad social" puede ser un fin de la norma jurídica y es conveniente estimularla por los más diversos medios, disponiendo conductas encaminadas a hacerla posible. Pero el derecho es incapaz, por definición, de imponerla en el fuero interno de cada individuo (el derecho es heterónomo). En otros términos, la ley puede alentar el cumplimiento de objetivos y políticas **concretas y específicas** que tiendan a lograr la solidaridad, pero no podrá jamás condicionar el ejercicio de una facultad conferida –reconocida por el derecho objetivo– a la realización in abstracto de dicha solidaridad. El derecho subjetivo está subordinado a un interés particular (que sólo concierne a su titular), no a un interés social o colectivo, sin perjuicio de que la suma de dichos intereses particulares pueda representar un fin social. De no aceptarse esta premisa, sometiendo al derecho subjetivo a un fin social o colectivo difuso, se suscitará un conflicto, debiendo el juez, en definitiva, en cada caso, legitimar o deslegitimar el ejercicio del derecho. Inevitablemente, con ello se incrementará la litigiosidad y, lo que nos parece más grave, se adscribirá al tribunal a un proyecto o ideología política determinada. De aquí que hayamos insistido en que un derecho se tiene o no se tiene, lo cual puede precisarse deslindando los intereses protegidos, todos los cuales podrán realizarse legítimamente cualquiera que sea el daño que con ello se cause.

5. Conceptos tales como "solidaridad social", "humanización de las relaciones jurídicas" o "repudio al individualismo materialista", son tan amplios y huidizos que es posible, en una misma situación, entenderlos de manera diametralmente distinta. ¿Es solidario, por ejemplo, excusar al deudor moroso del cumplimiento de una obligación? La respuesta, a priori, sería positiva. ¿Pero cómo repercute

aquella renuncia en la solvencia del acreedor y el cumplimiento de sus propias obligaciones, muchas de las cuales podrían ser, incluso, asistenciales? ¿Sería solidario transferir todos los bienes de producción al Estado para evitar que los trabajadores pudieran ser explotados por sus empleadores? No faltará quien responda, de inmediato, afirmativamente. ¿Pero no se lesiona con ello la eficiencia productiva, se empobrece a los trabajadores, se alienta el despotismo y se pone en manos de una "clase dorada" la escasa riqueza subsistente? Los ejemplos señalados tienen por objeto demostrar que los conceptos mencionados ("solidaridad social", "humanización de las relaciones jurídicas" o "repudio al individualismo materialista") son esencialmente políticos, entrañan un compromiso de cada individuo con su posición ideológica y no resisten un juicio normativo severo. En nuestro libro sobre el "abuso del derecho", manifestamos, a propósito de esta contradicción, que "la tragedia del derecho, aun cuando ello resulte paradójico, se produce por el debilitamiento de los derechos subjetivos y su pretendida dilución en la atmósfera social, a pretexto de la conquista de la solidaridad y la equidad".

6. Para debilitar los derechos subjetivos se han planteado una serie de concepciones (el abuso del derecho, el dirigismo contractual, las condiciones generales de contratación, la defensa del deudor como parte más débil, el efecto retroactivo de la ley, etcétera). Todas ellas han operado como "caballos de Troya" para invadir el campo de la libertad contractual y la autonomía privada y, en cierta medida, lo han conseguido, en desmedro de los intereses generales. He aquí la gran contradicción...

7. En el día de hoy, todos admiten que los derechos subjetivos están limitados por los derechos esenciales que "emanan de la naturaleza humana" (al decir de nuestra Constitución). Aun cuando nosotros estimamos que ningún derecho "emana de la naturaleza humana", sino de las fuentes formales establecidas en el sistema normativo (pudiendo la "naturaleza humana" ser una fuente material de rango superior, atendido el nivel cultura de nuestra sociedad), es indudable que los llamados derechos esenciales, primordialmente reconocidos por nuestra Carta Política Fundamental, constituyen la salvaguarda más eficiente contra cualquier exceso y disfunción que pueda atribuirse al ejercicio del derecho subjetivo. Al resguardo que representa la determinación del "interés protegido" debe agregarse, aún, la existencia de "intereses superiores", estables y prefijados en la Constitución, que no puede ni siquiera el legislador sobrepasar.

8. El derecho subjetivo constituye un acicate poderoso para el progreso económico y social. Todos los individuos se mueven en función de sus "intereses" (cualesquiera sean éstos, patrimoniales o extrapatrimoniales). Sería absurdo pretender movilizarlos en razón de aquello que se juzga negativo o se repudia o se rechaza. Por lo mismo, para conseguir que el sistema jurídico sea espontáneamente acatado (lo cual constituye uno de los presupuestos del "Estado

de Derecho"), deben el Legislador, la Administración y la Judicatura seleccionar los intereses "jurídicamente protegidos", permitiendo que éstos puedan realizarse en el contexto en que fueron reconocidos. Este procedimiento alienta el progreso y la actividad productiva, incrementa la riqueza y genera mejores relaciones en el plano social. Mucho se ha debatido sobre el "afán de lucro" o deseo de conseguir un provecho patrimonial. No nos cabe duda que éste es el gran motor de la actividad productiva y lo que moviliza a todos quienes intervienen en el proceso económico. Por consiguiente, el derecho debe reforzar esta motivación, sin perjuicio de otras más altruistas y generosas.

9. Nadie podría negar la importancia que para la comunidad tiene el derecho de propiedad. Está empíricamente comprobado que aquellas sociedades en que se desconoce o es abolido el derecho de dominio retroceden considerablemente en todos los planos. El dominio –al igual que los otros derechos reales– es, sin duda, el más amplio en lo tocante a la determinación del sujeto pasivo. Las facultades que ellos otorgan no interfieren el progreso de la sociedad, tanto más habida consideración de los resguardos –a veces excesivos– que se han adoptado para condicionar su ejercicio a los intereses tutelados.

10. Para nosotros, la circunstancia de que los derechos subjetivos puedan ser creados por los particulares en ejercicio de la "autonomía privada", constituye una ventaja apreciable que amplía considerablemente la libertad individual. Es innegable que el derecho es más perfecto en la medida que cada sujeto puede darse, o al menos participar, en la creación del derecho que lo afecta (como se dijo en la primera parte de este trabajo, las "reglas" que singularizan el mandato normativo se elaboran con participación real o virtual del sujeto al cual alcanzan). Este procedimiento –que representa un avance considerable en la concepción y funcionamiento del sistema jurídico– sólo pudo lograrse reconociendo la existencia, importancia y papel que juegan los derechos subjetivos como facultades otorgadas para la realización de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo.

11. Finalmente, digamos que el concepto y alcance de la "seguridad jurídica" gira en torno a los derechos subjetivos. Su reconocimiento y ejercicio es lo que determina, en definitiva, la certeza que una persona puede abrigar de que la norma jurídica se respetará, incluso por medio del poder coercitivo del Estado.

En suma, tras los derechos subjetivos se esconde toda una concepción libertaria que se debilita en la medida que se condicione su ejercicio a factores extrajurídicos.

Parece oportuno destacar un hecho que no se ha considerado con el cuidado que amerita. Los derechos subjetivos consagrados en la ley o creados al amparo

de la "autonomía privada", en su conjunto, describen un cierto **modelo político social** que gravita en todo el ordenamiento jurídico. Tras estas facultades subyace, entonces, una concepción definida, la cual se concreta en la medida que se pone en movimiento "el poder de la voluntad" para alcanzar la realización de determinados intereses. Dicho de otra manera, creemos advertir que la protección que se brinda a determinados intereses (lo que permite que se realicen aun a costa de medios coercitivos) no es un hecho inocuo, sino que se inserta en un proyecto global que está conformado por el ejercicio de los derechos subjetivos. En la sociedad sólo pueden imponerse por medio de la fuerza (coercitivamente) aquellos intereses que se hallen protegidos por el derecho objetivo y todos ellos corresponden o forman parte de un definido modelo social. No es dable imaginar que la protección de los intereses que recoge el derecho genere un proyecto social contradictorio, caótico o desarticulado. Si lo que afirmamos es efectivo, como lo demuestran los hechos, ello implica que el ejercicio de un derecho subjetivo cumple una doble función: protege los intereses del titular de aquella facultad y, simultáneamente, los intereses de la sociedad, toda vez que con ellos se construye el modelo a que aspira el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es falaz afirmar que el derecho subjetivo puede representar un arma destinada a exacerbar un individualismo extremo ajeno a la justicia, la solidaridad y la equidad en las relaciones sociales.

Los señalado en el párrafo anterior está estrechamente relacionado con el contenido axiológico del derecho (los intereses amparados son escogidos por representar "preferencias" que se quieren alcanzar en el orden social). Como es sabido, esta rama de las ciencias jurídicas ha planteado una serie de situaciones, que calificamos de **fenómeno principal**, tales como la "plasticidad axiológica", la "aberración axiológica" y "la subordinación axiológica" del derecho; en tanto otras situaciones, más bien, deberían ser consideradas como **"fenómeno de tensión"**. En esta última categoría se habla de "categorización", "prevalencia", "obsolescencia" y "complementariedad".[15] Aun cuando no corresponda a este trabajo precisar cada uno de estos conceptos, sí que interesa destacar que todos ellos tienden a un mismo fin: encontrar la forma de armonizar el contenido valórico del derecho, de modo que no existan en él contradicciones o antinomias. Si se tiene en consideración que los "intereses jurídicamente protegidos" son definidos en función de los valores que inspiran la tarea de cada potestad, se llegará a la necesaria conclusión de que aquellos intereses no son más que la expresión de la voluntad axiológica del llamado a

[15] Esta materia ha sido tratada en nuestro libro *Sobre el origen, el funcionamiento y contenido valórico del derecho*, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Año 2006. En dicho texto se define cada una de las situaciones que comprende el "fenómeno principal" y cada una de las situaciones que comprende el "fenómeno de tensión". De la forma en que se resuelven estas situaciones depende la coherencia axiológica del sistema jurídico.

generar el derecho objetivo. Este planteamiento reafirma nuestra opinión en el sentido de que tras el ordenamiento jurídico positivo subyace un determinado modelo político social y que en su infraestructura éste se concreta por medio del ejercicio de los derechos subjetivos. De lo manifestado se desprende que los derechos subjetivos tienen una especial significación, no sólo en la construcción del ordenamiento jurídico, sino en su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines superiores.

4. La decadencia del contrato

A. La doctrina jurídica

Alguna doctrina jurídica sostiene que el contrato (en la forma en que se halla regulado en los códigos decimonónicos) representa una estructura tradicional que está en franca decadencia. Fundan esta premisa en el hecho de que las nuevas formas de vinculación contractual, tales como la contratación masiva, los contratos perfeccionados a través de sistemas electrónicos, las condiciones generales de contratación, las nuevas leyes sobre protección del consumidor, la defensa de la libre competencia, la prueba documental, etcétera, han dejado atrás la concepción tradicional consignada en nuestros códigos.[16] El consentimiento, en el día de hoy, se forma sobre supuestos y bases distintos de aquellos que se contienen en las leyes tradicionales (como ocurre con las disposiciones del Código de Comercio Título I Párrafo 1). En este momento imperan, por lo general, otras normas que son propias de un mercado masificado y tecnológico. Desde otro punto de vista, todo hace prever que en el futuro inmediato seguirán evolucionando los principios que informan la contratación, imponiéndose nuevos sistemas que no guardan relación con aquellos que regían en el siglo XX.

Nadie –se afirma– puede negar que la forma de manifestar la voluntad excede largamente las disposiciones de nuestro Código de Comercio, que muchos contratos se perfeccionan mediante dispositivos electrónicos y que los efectos de los mismos (lo más importante) no siguen tampoco los principios tradicionales enunciados en nuestras leyes. Para formarse una idea cabal de lo que señalamos, basta con atender a los "derechos derivados de la contratación masiva" a que se refiere el párrafo sobre "la ley y la conmutatividad" del presente trabajo.

A lo anterior debe agregarse, aún, que han surgido renovadas formas de contratación comercial, que obedecen a las nuevas necesidades de un mercado globalizado, todas la cuales van haciendo desaparecer las otrora cerradas

[16] Sobre esta materia nos parece de especial importancia la obra de Ruperto Pinochet Olave *Derecho Civil y nuevas tecnologías. La formación del consentimiento electrónico*. LexisNexis. Año 2007.

fronteras nacionales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con el "corretaje internacional", "la representación comercial", "la agencia", "la concesión, distribución o *franchising*", el contrato de "suministro", el contrato de "*leasing*", el contrato de "traspaso de tecnología" (licencia o royalty sobre *know how*), el contrato de "apertura de crédito", los contratos de "*underwriting*", "*factoring*", "*forfaiting*", "*engineering*","*outsourcing* informático", etcétera.[17] Todo hace presumir que éstas y otras formas de contratación se incorporarán a nuestras leyes y nuestras prácticas comerciales en la medida que se amplíe el desarrollo informático y consolide el fenómeno de la globalización económica.

Dos cuestiones plantea esta materia: la primera consiste en determinar si los principios incorporados a nuestra legislación cubren estas renovadas formas de contratación; la segunda, a su vez, en definir si se requiere de una nueva "teoría general del contrato" que abarque las actuales tendencias. Para quienes afirman la decadencia del contrato tradicional, los principios incorporados a los códigos decimonónicos son insuficientes, dejando al margen de una adecuada regulación muchas de las modernas manifestaciones contractuales. Asimismo, se haría urgente reformular la "teoría general del contrato" para actualizar sus elementos y sus efectos.

Lo que nadie puede negar, frente a la realidad que estamos viviendo, es la creciente injerencia del derecho anglosajón en las naciones que adoptaron el sistema jurídico romano continental. La mayor parte de las nuevas formas de contratación está ligada a aquella experiencia, lo cual no parece extraño si se considera que la "globalización", en cierta medida, es dominada o, a lo menos, determinantemente influida por los mercados de las grandes potencias económicas del hemisferio norte, sin perjuicio de la creciente participación de las economías asiáticas. En nuestra región se ha debido adaptar el derecho contractual a las exigencias de quienes detentan un mayor grado de poder económico. Esa y no otra es la razón de lo que bien podría considerarse una penetración del derecho anglosajón en el derecho interno de nuestras naciones.

B. Nuestra posición

No creemos nosotros que los principios que informan el derecho contractual se encuentren obsoletos y requieran de una urgente rectificación o sustitución. Es posible que ellos no recojan en detalle la realidad contemporánea y que el escenario en que se desarrolla la actividad contractual y productiva haya cambiado por efecto de la "globalización". Es igualmente posible que los tra-

[17] Acerca de las nuevas formas de contratación comercial y la nuevas operaciones mercantiles, puede consultarse la obra de Álvaro Puelma Accorsi *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1992, y la obra de Ricardo Sandoval López *Nuevas Operaciones Mercantiles*. LexisNexis. Quinta Edición. Año 2004.

tados comerciales, materia en la cual Chile ha sido pionero, hayan incorporado al derecho interno normas diversas de aquellas contenidas en la legislación tradicional. Pero no se observa una contradicción manifiesta entre los viejos principios, contemplados de preferencia en los Códigos Civil y de Comercio, y los nuevos principios enunciados en la legislación internacional, algunas leyes internas especiales o las disposiciones contenidas en los contratos modernos.

Si, como puede demostrarse, no existen contradicciones radicales entre una y otra cosa, sólo cabe formular nuevos principios que contribuyan a enriquecer o complementar aquellos que estimamos tradicionales y que, en cierta medida, han configurado nuestra cultura jurídica. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con el principio *pacta sunt servanda* que motiva este trabajo. Este principio es recepcionado por el derecho anglosajón, aun cuando con excepciones y matices. Lo anterior por efecto del sentido pragmático y la función que cabe al juez en el derecho consuetudinario, lo cual permite, con cierta facilidad, revisar las condiciones de un contrato. El debilitamiento de este principio radica, entonces, en características ancestrales del derecho anglosajón, razón por la cual no puede hablarse con propiedad de "debilitamiento", puesto que ello supone un proceso o cambio progresivo.

No es desdeñable la circunstancia de que el futuro demande un esfuerzo por armonizar los diversos ordenamientos jurídicos, cuestión que, por lo demás, se irá produciendo en forma gradual y sin violentar sus bases de sustentación. Lo que señalamos será inducido por la inevitable presión que genera la "internacionalización" de las relaciones jurídicas (particularmente en el campo comercial), gracias, entre otros factores, al portentoso desarrollo de la tecnología moderna. Este fenómeno ya lo vivió Europa, empeñada, en la actualidad, en una unificación política, que parece ser el paso siguiente a la unificación económica. Su experiencia y los escollos que debió despejar hacen valiosos un examen y una observación cuidadosa de aquel fenómeno.

En síntesis, no advertimos un debilitamiento de los principios que informan nuestro derecho contractual. Todos ellos siguen gravitando, sin perjuicio de la incorporación de otros principios que complementan y enriquecen la normativa tradicional. No advertimos, tampoco, una decadencia del contrato, como se ha sostenido. Por el contrario, principios como el de la buena fe, la intangibilidad, la conmutatividad, el efecto relativo, la consensualidad, la prueba, etcétera, siguen perfectamente vigentes y son admitidos sin resistencia por todas las legislaciones, sin excepción, aun cuando con matices y particularidades. Por ende, mal se puede impugnar el principio *pacta sunt servanda* bajo la premisa de que la noción de contrato está en decadencia. Las correcciones que introducen el "dirigismo contractual" o las "condiciones generales de contratación" o la "defensa de la conmutatividad", no son más que eso, "correcciones" que se

exigen para mantener la intangibilidad del contrato, como consecuencia de la masificación de los mercados y la globalización del comercio mundial.

Un ejemplo puede graficar con precisión nuestra opinión. Si se examina la "Convención de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", especialmente en lo que dice relación con la Parte II sobre "Formación del Contrato" (artículos 14 y siguientes), se llegará a la conclusión de que no existe contradicción alguna entre las normas que informan nuestro Código de Comercio y dicha convención, aun cuando, como es obvio, el instrumento internacional extiende la regulación más acuciosamente a una serie de situaciones no previstas en la ley interna. Pero nadie podría sostener una contradicción insalvable entre ambos instrumentos jurídicos. Es más, podría afirmarse que muchos de los principios que operan en dicha convención internacional corresponden a los que tradicionalmente han informado nuestra legislación. Es posible ejemplificar nuestro aserto con varias otras convenciones y leyes especiales (Por ejemplo, sobre arbitraje internacional y cumplimiento de las sentencias extranjeras en Chile). De lo afirmado se infiere, entonces, que la legislación tradicional no constituye una rémora para la renovación del derecho y que su adaptación a las nuevas exigencias es una tarea que puede y debe realizarse sin mayores tropiezos. Por lo tanto, es exagerado hablar de la decadencia del contrato. Puede hablarse de modernización, actualización o adaptación del contrato al fenómeno de la globalización y las nuevas oportunidades tecnológicas. Pero de manera alguna de una supuesta "decadencia" contractual.

5. Nuevas formas de vinculación jurídica

A. Doctrina jurídica

La doctrina jurídica ha planeado la aparición y extensión de nuevas formas de vinculación jurídica que sobrepasan la relación contractual. Se trata de disposiciones legales que adscriben al sujeto a un sistema jurídico particular, sin que ello tenga origen en el consentimiento (elemento esencial en la relación contractual).

De la manera señalada, por ejemplo, es posible incorporar a un trabajador a un sistema previsional (como sucede en Chile de acuerdo al Decreto Ley N° 3.500, que se analizará más adelante, y que determina la afiliación automática del trabajador al sistema por el solo hecho de incorporarse al proceso productor o realizar las cotizaciones previsionales dispuestas en la ley), sin que sea necesaria la celebración de un contrato o la expresión de voluntad por parte del órgano obligado a administrar los recursos y beneficios subsecuentes. Lo propio puede decirse de las relaciones destinadas a la producción de prestaciones de salud

o de carácter educacional. Tradicionalmente, estas relaciones estaban reguladas desde una perspectiva contractual y se fundaban en el concurso real de voluntades de las personas o entes ligados por la relación. De alguna manera, se ha esquivado el estatuto contractual y se ha establecido una nueva forma de relación jurídica.

Se argumenta que la ventaja de esta nueva forma de vinculación radica en el énfasis social y altruista que inspira la ejecución de las prestaciones a que da lugar el sistema. Podría decirse, sin exagerar, que es este un renovado impulso por hacer realidad la pretensión de Düguit, empeñado en transformar los derechos subjetivos en "deberes sociales". Sus seguidores tienen aquí una buena trinchera desde la cual combatir por sus ideales.

No faltan quienes condenan el "afán de lucro" como la raíz causal de las obligaciones que se asumen. Parte de la doctrina, con un fuerte contenido ideológico, aspira a erradicar este interés, especialmente en lo que dice relación con ciertas actividades y servicios que se consideran esenciales para la conformación de una sociedad justa e igualitaria. No se repara, sin embargo, en que desconocer la fuerza que desencadena el "afán de lucro" conlleva, paralela e irremediablemente, una pérdida de la eficiencia, lo cual se vuelve contra los acreedores de bienes y servicios. El "afán de lucro" nace de lo más profundo de la naturaleza humana. Puede sublimarse, gracias a ideologías o credos religiosos, pero, desgraciadamente, no es lo que más abunda ni puede exigirse coercitivamente su superación. Este parece ser uno de los errores que sufren a menudo nuestros gobernantes cuando se enfrentan a exigencias productivas o la regulación de ciertos servicios o actividades económicas.

No puede negarse que en este "nuevo" tipo de relaciones jurídicas, el principio *pacta sunt servanda* carece de proyección e importancia. La relación es produce automáticamente, de pleno derecho, al cumplirse determinados presupuestos consagrados en la ley; los efectos de la relación están regulados al margen de la voluntad de las partes; su extinción se halla prevista también en la ley; y no cabe a la voluntad del sujeto incorporado a dicha relación intervención significativa, sino en cuestiones muy secundarias que no inciden en las prestaciones principales (así, por ejemplo, el trabajador podrá escoger una Administradora de Fondos de Pensiones, o un determinado fondo de inversión para sus recursos previsionales).

De lo señalado podría deducirse, reafirmando lo sostenido con antelación, que efectivamente el principio de la "autonomía privada", fundamento y sustento último del principio *pacta sunt servanda*, se encuentra en decadencia y que irá siendo sustituido por otro tipo de relaciones jurídicas. Lo anterior cobra mayor importancia si se considera que este tipo de vinculación jurídica se ha concebido para las prestaciones socialmente más relevantes (por ahora previsión social y

salud), lo que sería claramente indicativo de que se trata de dar a las relaciones más importantes una nueva estructura jurídica, en desmedro de la voluntad de los usuarios y de los principios que rigen nuestro derecho contractual. La mayor parte de las reformas programadas, particularmente en el campo laboral y político, tienden a imponer al sujeto ciertas relaciones, aun contra su voluntad. Así ocurre con la pertenencia del trabajador a una organización sindical (hasta hoy voluntaria) y con la incorporación de un ciudadano al padrón electoral (hasta este momento también voluntaria). La tendencia es clara. No se busca el consentimiento, sino que se opta por la imposición.

B. Nuestra posición

Creemos que las afirmaciones que preceden constituyen una falacia o, más precisamente, se basan en un espejismo. Lo que se descubre como una nueva forma de relación jurídica no es más que la manifestación o creación de obligaciones "legales", esto es, dispuestas directamente por el legislador a través de la ley. Existen algunas materias que revisten especial importancia social. Tal sucede con los ejemplos antes invocados (sistemas previsionales, de salud, de educación y vivienda básica). Atendida su naturaleza e importancia y en el entendido de que ellas no podían quedar al solo arbitrio de la voluntad individual, se optó por encuadrarlas en un régimen legal más o menos riguroso. Sin embargo, de estas relaciones nacen "derecho subjetivos", amparados constitucionalmente. Por lo mismo, no puede el prestatario del servicio negarlo arbitrariamente, ni desafiliar al beneficiario, ni introducir modificaciones que afecten derechos adquiridos con efecto retroactivo, etcétera. No hay, entonces, más que una regulación legal que no excluye los principios fundamentales del derecho contractual, pero que se basa en la ley, en resguardo de intereses sociales de especial significación.

Incluso más, en algunos aspectos –secundarios es cierto– prevalece la "autonomía privada", como ocurre con la elección de una Isapre (Institución de Salud Previsional) o una AFP (Administradora de Fondos de Pensiones). Nótese que tampoco son estos sistemas excluyentes, ya que, en ciertos casos, puede libremente escogerse otro alternativo (Fondo Nacional de Salud –Fonasa– o Instituto de Normalización Provisional –INP). Es más, en el ámbito orgánico interno del sistema prevalecen plenamente los principios del contractualismo clásico (contratos con establecimientos médicos, inversiones de fondos en los mercados bursátiles, contratación de seguros de vida, etcétera).

En consecuencia, no nos hallamos ante una nueva modalidad invasiva de relaciones jurídicas, destinada a sustituir la "autonomía privada" y el principio *pacta sunt servanda*, sino ante la imposición de "sistemas jurídicos particulares" relativos a materias de especial sensibilidad social. Pudo haberse optado por el "dirigismo contractual" y el "contrato forzoso", ya reconocido y aplicado en

nuestro Código Civil, pero se prefirió un régimen de incorporación automática al sistema para evitar marginaciones arbitrarias, por prestaciones legales descritas pormenorizadamente en la norma jurídica, y por una regulación legal más estricta de los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados. Es dable sostener, por consiguiente, que en esta modalidad no hay nada diferente, al menos en cuanto a sus principales efectos, de aquellas situaciones que se generan al amparo de tendencias tan tradicionales como el "dirigismo contractual" o el "contrato forzoso".

Descartamos, por las razones indicadas, que haya aparecido una nueva forma de relacionarse jurídicamente, llamada a sustituir la de carácter contractual, y que ello revele una decadencia de los principios contractuales tradicionales. Por el contrario, creemos ver una reafirmación de aquellos principios en la medida que los sistemas aludidos mantienen, tanto en la administración interna de la relación, como en sus efectos, rasgos propios del contractualismo clásico.

Hasta aquí el análisis de las razones invocadas con mayor frecuencia para debilitar el principio *pacta sunt servanda,* que sigue siendo, a juicio nuestro, uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

V. Fortalecimiento del principio *pacta sunt servanda*

Para examinar el fortalecimiento del principio *pacta sunt servanda,* basta con remitirse sumariamente a cinco razones jurídicas que constituyen, por así decirlo, pilares del sistema jurídico chileno. Ninguno de ellos podrá ser removido, sino a través del desconocimiento de normas e instituciones fundamentales. Cada una de estas razones neutraliza, a lo menos, las cinco críticas que se invocan en lo precedente. La fuerza de este principio es tal que, a partir de la Carta Política de 1980, tiene un reconocimiento especial de carácter constitucional, lo cual, sin duda, es la máxima garantía que puede brindar el ordenamiento a una institución jurídica. Asimismo, se asimilan los efectos del contrato, sin perder de vista su carácter relativo, con los efectos de la ley; una serie de correctivos (que se analizarán más adelante) se encargan de velar por la conmutatividad de las relaciones contractuales, excluyendo situaciones que pudieran considerarse injustas; se exige para la celebración y perfeccionamiento del contrato el cumplimiento de requisitos que aseguren su transparencia y validez; finalmente, el principio *pacta sunt servanda* es presupuesto necesario de la seguridad jurídica, sin la cual el "estado de derecho" perdería uno de sus más significativos atributos. No resulta difícil, ante este esquema, comprender de qué manera la intangibilidad del contrato gravita en los rasgos esenciales del derecho contractual.

1. Reconocimiento y protección constitucional de los derechos subjetivos

Sin duda, es la Constitución Política de la República la que brinda mayor protección a los derechos subjetivos. Entre los derechos garantizados en la Carta Política Fundamental se encuentra el "dominio o propiedad" (un derecho subjetivo real). Interesa destacar, muy especialmente, el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la existencia de "derechos sobre derechos", vale decir, el titular de un derecho subjetivo es "propietario" de sus derechos, quedando éste resguardado por la garantía constitucional. Lo que se señala no tiene nada de nuevo, si se considera que el propio Andrés Bello lo reconoce en el artículo 583 del Código Civil, cuando dice que: "Sobre las cosas incorporales (los meros derechos) hay también una especie de propiedad. *Así, el usufructuario (titular del derecho real de usufructo) tiene la propiedad de derecho de usufructo".*

El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980 dispone que *"La Constitución asegura a todas las personas: 24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales".*

Como puede comprobarse, queda resguardado el dominio sobre toda suerte de objetos (muebles e inmuebles) y de derechos (reales y personales). El titular de un derecho subjetivo es "dueño" de su derecho y, como tal, está amparado por el mandato constitucional. Nuestra Carta Política agrega: *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".* Consecuencia de lo anterior es el mandato de que *"nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador".*

Esta garantía constitucional, como todas las otras enumeradas en el artículo 19, debe interpretarse en conformidad al mismo artículo 19 N° 26 (que ha establecido la llamada "garantía de las garantías"). De acuerdo a él, se asegura a todas las personas: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrá afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".* Es evidente el extremo cuidado que puso nuestro constituyente a la hora de limitar las potestades de los poderes colegisladores. Luego de una larga tradición que alentaba el uso de los llamados "resquicios legales", era necesario

poner atajo a aquellos abusos, razón por la cual fue necesario consagrar una garantía excepcional que frenara la burla de los derechos fundamentales con diversos pretextos o ingeniosos recursos. La solución no es sólo útil, sino de la más alta jerarquía jurídica y una forma efectiva de evitar abusos y formalismos empleados con torcidos propósitos.

De la manera indicada, queda establecido el "estatuto constitucional del dominio" y amparada de la misma manera la propiedad sobre las cosas corporales y los meros derechos.

Nuestra jurisprudencia ha sancionado, incluso, la limitación impuesta en la ley a los atributos o facultades esenciales del dominio en cualquier tiempo y circunstancia. A este respecto, cabe observar lo prevenido en el artículo 45 de la Constitución, que, refiriéndose a las restricciones que los "estados de excepción" (de asamblea, de sitio, de catástrofe o de emergencia) imponen al derecho de dominio, prescribe: *"Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño"*. Como es lógico, si estas reparaciones indemnizatorias son procedentes durante el tiempo que cubre un "estado de excepción", que, por su naturaleza, requiere de mayores sacrificios a la población, con mayor razón proceden en tiempos de normalidad constitucional.

Por consiguiente, ninguna ley puede privar a su titular de un derecho subjetivo, ni afectar los atributos y facultades de su titular, ni tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su ejercicio, ni afectar este derecho en su esencia, todo ello por expreso mandato del constituyente.

Como puede observarse, una garantía de esta naturaleza deja a salvo el derecho subjetivo y lo preserva de cualquier atentado, desconocimiento o limitación que pudiere afectarlo, incluso durante los estados de emergencia. Ningún derecho subjetivo puede interpretarse (aplicarse) al margen del mandato constitucional, porque, como se ha reconocido uniformemente, estas disposiciones prevalecen e impregnan todo el sistema jurídico. Lo que se ha dado en llamar "constitucionalización del derecho privado" no es más que el influjo que provoca una correcta hermenéutica jurídica sobre quienes están llamados a aplicar la norma jurídica, lo que se consigue a través del proceso interpretativo. Recordemos que la "interpretación" no es más que un mecanismo instituido en el sistema jurídico para aplicar una norma general y abstracta por medio de una regla particular y concreta.

No cabe, entonces, concebir un mayor resguardo a los derechos subjetivos que aquel que se funda en un mandato constitucional expreso. Cualquier teoría que

se formule, por ingeniosa que sea, chocará frontalmente con esta protección, impidiendo con ello sobrepasar esta protección.

Ahora bien, si los derechos subjetivos están amparados por una garantía constitucional, dicha protección se proyecta a la fuerza obligatoria e intangibilidad del contrato (fuente de derechos subjetivos). De aquí que no podría un contrato legalmente celebrado dejarse sin efecto por la sola disposición de la ley, puesto que con ello se afectarían los derechos subjetivos que de él surgen, ni podría privarse de aquellos derechos a sus titulares, ni alterarse los términos del contrato, ni sus efectos pasados, presentes o futuros. Los derechos de cada contratante se incorporan a sus respectivos patrimonios e instantáneamente quedan resguardados por el mandato constitucional. Nuestro sistema jurídico no admite discusión a este respecto, tanto más si se tiene en consideración que la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, fundada en la protección de los derechos adquiridos, en su artículo 22 establece que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". De este modo, al perfeccionarse el contrato, queda establecido su "estatuto jurídico", el cual no puede alterarse si con ello se desconoce o lesiona un derecho adquirido.

En suma, el principio *pacta sunt servanda* encuentra su máxima protección y reconocimiento en la Constitución Política de la República y, específicamente, en la garantía que esta brinda al dominio o propiedad.

No sería lo suficientemente ilustrativo este comentario si no evocásemos los factores que llevaron a nuestro constituyente a reforzar los derechos subjetivos. En un largo proceso legislativo, iniciado al promediar el siglo pasado, especialmente como consecuencia de lo que se llamó "grandes trasformaciones sociales" (tales como la reforma agraria), se fueron desdibujando los derechos subjetivos y debilitando su ejercicio con diversos pretextos. El desorden que ello provocó, particularmente en el área productiva, motivó una reacción ciudadana que agitó de manera considerable el ambiente político y social, preparando el terreno para una innovación profunda sobre la materia. De aquí que no sea exagerado afirmar que con el deterioro de los derechos subjetivos se desencadena una reacción social rectificadora, que es la fuente material más importante de las innovaciones introducidas a partir de 1974.

2. Fuerza legal del contrato

La segunda protección de los derechos subjetivos dice relación con la "intangibilidad del contrato" y su fuerza de ley. Es cierto que esta garantía se halla limitada a los derechos subjetivos que tienen como fuente el contrato (artículos 1437 y 2284 del Código Civil), quedando excluidos los derechos subjetivos que nacen del delito, el cuasidelito, el cuasicontrato y la ley. Pero no es menos

cierto que la inmensa mayoría de los derechos subjetivos tienen como fuente el contrato.

El artículo 1545 del Código Civil dispone que *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Esta norma constituye una de las bases del derecho contractual y la expresión quizás más categórica del principio *pacta sunt servanda*.

Comencemos por reconocer que nuestro Código Civil alude a los contratos "legalmente celebrados". Ello equivale a decir que los efectos que atribuye esta disposición a la voluntad de las partes suponen el acatamiento de todas las disposiciones que permiten a los particulares darse válidamente una regla de conducta (contrato). Por consiguiente, carecen de intangibilidad los contratos que adolecen de una causal de nulidad. Como se señaló en lo precedente, la "autonomía privada" sólo puede ser reconocida como potestad creadora de derecho cuando se ajusta a la legalidad vigente, puesto que de la ley extrae su poder vinculante (validez). Dicho en otros términos, el contrato es obligatorio porque la ley así lo dispone y, como es natural, ello ocurre sólo cuando el concurso real de voluntades que da nacimiento al contrato respeta todas y cada una de las exigencias y requisitos establecidos.

El legislador asimiló el contrato a la ley, con la salvedad de que la ley tiene efecto *erga omnes* (absoluto), en tanto el contrato tiene efecto "relativo" (sólo alcanza a quienes son parte del mismo y a sus causahabientes). El contrato, entonces, es una ley particular que debe ser cumplida de la misma manera que el mandato legislativo. Si tal no ocurre, el infractor deberá desplegar una "conducta de reemplazo" (sanción) que equivale al cumplimiento íntegro y cabal de la obligación. Lo señalado no importa desconocer el "efecto reflejo" o expansivo del contrato, especialmente reconocido por la jurisprudencia y la dogmática jurídica.

¿Qué alcance tiene la identificación entre contrato y ley?

Desde luego, su **intangibilidad** (no puede dejarse sin efecto ni modificarse sino por voluntad de quienes concurrieron a gestarlo o por causas legales anteriores a su perfeccionamiento), su **continuidad** (el contrato regirá ininterrumpidamente de acuerdo a sus estipulaciones sin que pueda una parte o un tercero suspender su vigencia), su **estabilidad** (no se alteran sus disposiciones por hechos sobrevinientes, por imprevistos e importantes que ellos puedan ser, mientras subsista el deber de cumplimiento), su poder **coercitivo** (el incumplimiento del contrato dará derecho a exigir al deudor el cumplimiento forzoso o el cumplimiento por equivalencia). En síntesis, el contrato, reiteramos, es una ley para los contratantes, que deben acatarlo de acuerdo a los términos en que fue celebrado.

El contrato tiene su propio "estatuto jurídico", el cual queda establecido al momento de perfeccionarse. Para estos efectos, como ya se dijo, el artículo 22 inciso 1° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, establece un principio básico: *"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"*. Por su parte, el artículo 23 de la misma ley agrega: *"Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere"*. Por lo tanto, al momento de perfeccionarse el contrato, queda establecido su estatuto jurídico, el cual no varía en caso de que las leyes vigentes en ese momento se deroguen o modifiquen con posterioridad. (En este último caso opera la llamada "ultractividad de la ley", lo cual implica que una ley derogada sigue, sin embargo, rigiendo, pero sólo respecto de las partes ligadas por el contrato y en relación con él).

No menos importante es el hecho de que el artículo 1545 del Código Civil reconozca sólo dos causas de extinción del contrato: el consentimiento mutuo y las causas legales. Lo primero, como ya se dijo, porque las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen, y si la voluntad de los contratantes fue suficiente para generar esta convención, ella será igualmente suficiente para dejarla sin efecto. Este principio está desarrollado en el artículo 1567 inciso primero del Código Civil, que alude a la resciliación o mutuo disenso en los siguientes términos: "*Toda obligación* (la obligación es el efecto principal del contrato) *puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula"*. Se ha criticado a Bello por haberse remitido a la nulidad. Sin embargo, el sentido de la norma es claro, lo que se quiso decir y se dijo fue que las partes contratantes podían privar al contrato de sus efectos civiles, situación semejante a lo que ocurre en la nulidad.

Tan estricta ha sido la identidad del contrato con la ley que nuestros tribunales, dando una interpretación amplia al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, han declarado que es procedente el recurso de casación en el fondo por infracción a la ley del contrato. Concordamos con esta interpretación por dos razones: porque la letra de la ley no pugna con esta conclusión, y porque, además, el contrato es una "ley particular" cuya infracción puede ser corregida por la Corte Suprema.

Tenemos la impresión de que para nuestro legislador lo óptimo, en lo que dice relación con la regulación de las relaciones jurídicas, está representado por el acuerdo de voluntades, siempre que éste se adopte, como se dijo, respetando las disposiciones que garantizan la legitimidad, rectitud y pureza del acuerdo. A estos fines está orientada la reglamentación de la capacidad (unida a la protección de los incapaces) y su manifestación (que excluye los vicios del

consentimiento), el objeto y la causa (que velan porque los derechos y obligaciones que emanan del contrato no contravengan la ley, el orden público y las buenas costumbres). Esto explica que la mayor parte de las normas legales que reglamentan los contratos sean supletorias de la voluntad de las partes, dejando a éstas un amplio margen para darse la regulación que estimen conveniente a sus intereses. Con esta visión, resulta explicable la asimilación del contrato con la ley, porque de esta manera se fortalece el primero (el contrato) dándole el mismo poder vinculante atribuido a la segunda (la ley). Más claramente, este principio constituye un estímulo para que cada sujeto se dé su propio derecho, o sea, eleve su voluntad a la categoría de potestad legislativa en aquellos actos y situaciones que concierne sólo a él.

El artículo 1545 del Código Civil refuerza el principio de la intangibilidad del contrato y la protección de los derechos subjetivos. Por lo mismo, constituye una piedra angular en el reconocimiento y aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Precisamente por eso, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han rechazado todo intento por introducir entre nosotros la llamada "teoría de la imprevisión". La barrera inamovible ha sido, en forma casi invariable, el sentido y alcance del artículo 1545 del Código Civil. En el último tiempo, ha comenzado a abrirse paso nuestra posición, que, como quedó explicado, concibe la obligación como un "deber de conducta típica", lo cual, junto con afianzar la intangibilidad del contrato, permite aplicarlo sin exceder el nivel de diligencia y cuidado asumido por el deudor.

Con todo, lo expresado en el artículo 1545 del Código Civil, siendo trascendental, no puede presentarse como el único enunciado del principio *pacta sunt servanda*. Este se halla reconocido a lo largo de toda nuestra legislación común, en una serie innumerable de disposiciones a propósito de todo cuanto se refiere a la relación contractual. Pero es en esta disposición en donde se reafirma y define con mayor vigor su vigencia, al fijarse dos efectos paralelos y complementarios: el contrato es ley para las partes contratantes; y no puede dejarse sin efecto sino por causas legales o por mutuo consentimiento. Por otra parte, debe ponerse énfasis en el hecho de que el contrato es esencialmente concurrencia de "voluntades", dotadas por la ley de la capacidad de generar una "regla" (norma particular), que se inserta en el ordenamiento jurídico y pasa a formar parte del mismo. Lo que señalamos queda en evidencia si se tiene en consideración lo que previene el artículo 1560 del Código Civil, de cuyo texto se desprende que es la "intención" de las partes lo que determina el contenido y alcance del contrato. No menos significativa es la circunstancia de que la gran mayoría de las disposiciones legales consagradas en relación a la reglamentación y efecto de los contratos, tienen el carácter de "supletorias o supletivas" de la voluntad de las partes, dejando a ellas (las partes) un amplio margen para fijar el contenido, alcance y regulación de la respectiva situación jurídica intersubjetiva. De lo que señalamos se sigue que el principio *pacta sunt*

servanda es un reconocimiento explícito a la voluntad de los particulares como fuente generadora de derecho, razón por la cual la intangibilidad del contrato constituye una de las bases de un sistema fundado en la autonomía privada.

De cuanto hemos manifestado se infiere que lo prevenido en la Constitución y en el Código Civil conforman un defensa inexpugnable a la intangibilidad del contrato y la estabilidad y seguridad de los derechos subjetivos que surgen del mismo.

3. La ley y la conmutatividad

Desde otra perspectiva, el principio *pacta sunt servanda* se ve fortalecido por la importancia que la ley reconoce a la conmutatividad. De este modo, los derechos subjetivos que emanan de la ley o del contrato tienen un fundamento de justicia y equidad, atendido el cuidado que el legislador pone en la equivalencia de las prestaciones que se deben quienes están ligados por una relación jurídica. Por ende, lo que se ha dado en llamar la "lucha por la conmutatividad" (por medio de la cual se procura preservar siempre el equilibrio de las prestaciones convenidas entre las partes que intervienen en el contrato) no puede invocarse como una debilidad del principio *pacta sunt servanda*, sino que, a la inversa, como una fortaleza, desde el momento en que se busca la manera de mantener el contenido equitativo del contrato para dotarlo de intangibilidad y estabilidad.

De conformidad al artículo 1440 del Código Civil, los contratos pueden ser **gratuitos o de beneficencia** (cuando sólo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen) y **onerosos** (cuando tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro). Por su parte, el artículo 1441 agrega que los contratos onerosos son **conmutativos** (cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que "se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez") y **aleatorios** (cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida).

Nuestras leyes velan por la conmutatividad de las convenciones a través de la imposición de ciertos principios y de ciertas instituciones. Entre los primeros (los principios) cabe mencionar especialmente el "enriquecimiento injusto", la "buena fe", la "teoría de la causa", la "fuerza obligatoria del contrato", la "intención" como elemento rector de la interpretación de los contratos, los "vicios del consentimiento", la "*exceptio non adimpleti contractus*", el alcance del "caso fortuito", el "abuso del derecho" (en el sentido antes comentado), etcétera. A estos principios debería agregarse, aún, como fundamento de varios institutos jurídicos, las llamadas "condiciones objetivas de contratación", basadas en el principio de "subsistencia y preservación de las convenciones".

Existe en nuestra ley un propósito constante por cuidar de la equivalencia de las prestaciones, pero, en lo posible, dejando a salvo la subsistencia del contrato. De aquí que las "condiciones objetivas de contratación" no puedan ser consideradas como "vicios del consentimiento".

Sobre el principio de "subsistencia de las convenciones" cabe observar que muchas leyes modernas consagran su aplicación. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley N° 19.499, que establece "normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades". (Esta ley está destinada a mantener en vigencia las sociedades colectivas mercantiles de responsabilidad limitada, en comandita simples mercantiles, en comanditas por acciones y sociedades anónimas que adolecen de vicios de nulidad). Para estos efectos, como se comprobará en las páginas siguientes, se recurre, incluso, al "rescate de la nulidad", cuestión que fue incorporada en nuestro Código Civil en su texto original y que ha servido de fuente inspiradora a alguna legislación especial en diversas materias.

Analizaremos, a continuación, algunos de los numerosos institutos que velan por la conmutatividad, dando mayor consistencia al principio *pacta sunt servanda*, como quedó explicado en lo precedente.

i. La lesión enorme o lesión grave

Es ésta, sin duda, la más importante de las condiciones objetivas de contratación. Los casos en que ella procede son excepcionales, pero cubren, sin embargo, numerosas situaciones. La lesión enorme tiene cabida en el contrato de compraventa de bienes raíces (artículo 1888 del Código Civil); en el contrato de permuta (artículo 1900); en la aceptación de una asignación hereditaria (artículo 1234 incisos 1° y 3°); en la cláusula penal (artículo 1544); y en las operaciones de crédito por pago de intereses excesivos (artículo 8° de la Ley N° 18.010). En la mayor parte de estos casos, la ley prevé de qué modo puede hacerse subsistir el contrato y el derecho subjetivo en general, por medio del ejercicio de un "derecho de rescate". Se trata, fuerza reconocerlo, de una invasión de la norma jurídica en un contrato legalmente celebrado que cumple con todos los presupuestos de validez, a pretexto de que se ha incurrido en un desequilibrio desproporcionado al estipularse las prestaciones esenciales convenidas en él. Pero, en la casi totalidad de estos casos, es posible salvar el contrato (principio de "conservación de las convenciones"), reajustando las prestaciones y disponiendo la restitución o el pago de los alcances a fin de restaurar una relación equilibrada en que las prestaciones sean equitativas ("derecho de rescate"). De este modo, se atenúan los efectos de la intervención del contrato por la ley.

i.1. Lesión enorme en la compraventa de bienes raíces

El legislador admite una diferencia entre el "justo precio" y el "precio pactado" en el contrato, pero aquélla (la diferencia) no puede ser superior o inferior, en su caso, al 50% del "justo precio", porque en tal caso se produce una lesión enorme. El artículo 1889 describe esta lesión, tanto cuando la sufre el vendedor como cuando la sufre el comprador, en los siguientes términos: "El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato". Como puede observarse, este instituto gira en torno a un concepto matriz –el "justo precio"– de carácter objetivo que debe dilucidarse en el juicio respectivo (cuestión de hecho que no es susceptible de revisarse por medio del recurso de casación). La Corte Suprema, repetidamente, ha declarado que si la sentencia respectiva no establece el "justo precio", ella adolece de nulidad. No podría ser de otra manera, puesto que este factor permite medir la lesión en los términos referidos en la ley.

Para mantener el principio de la "conservación de las convenciones", el artículo 1890 establece una modalidad bien curiosa que sobrepasa, incluso, el instituto de la cosa juzgada, la cual, como es sabido, representa una barrera, casi siempre infranqueable, para alterar una situación ya resuelta por tribunal competente. Una vez pronunciada la nulidad (vale decir, ejecutoriada la sentencia definitiva que acoge la acción de rescisión por causa de lesión enorme), puede el comprador contra quien se pronunció la rescisión, "a su arbitrio, consentir en ella y completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte". Este es el llamado "derecho de rescate" que no tiene otro fundamento que hacer subsistir el contrato a pesar de haberse pronunciado sentencia definitiva ejecutoriada que declara su nulidad. Para comprender esta disposición, es útil recordar que a la fecha de promulgación del Código Civil, la riqueza era de naturaleza inmobiliaria, razón por la cual la compraventa de bienes raíces representaba el contrato económicamente más importante en nuestra sociedad. Las cosas hoy son diferentes, puesto que la riqueza se manifiesta en la propiedad de bienes y derechos mobiliarios, sin que exista un resguardo para operaciones de esta especie.

Dos cosas llaman la atención al tratar de esta materia. La rescisión por causa de lesión enorme sobreviene cuando la diferencia entre el "justo precio" y el "precio convenido" es superior o inferior, en su caso, al 50%. Hasta una diferencia del 49,9%, nada objeta la ley. Sin embargo, pronunciada la rescisión, el legislador sólo admite una diferencia del 10% del "justo precio", a favor o

en contra de cada parte, para dejar subsistir el contrato. Hemos investigado cuál es la razón de este porcentaje (décima parte) y, al parecer, se trata de una materia introducida por el autor del Código sin apoyo de precedente anterior. Por otro lado, la decisión de preservar la convención no se adopta durante el juicio, ni siquiera es necesario formular una reserva o una petición subsidiaria. El "derecho de rescate" surge una vez que la sentencia de nulidad se encuentra ejecutoriada, lo que, a todas luces, es excepcionalísimo. Se visualiza, claramente, la intención de la ley de mantener el contrato, lo cual, a nuestro juicio, es otra manifestación del respeto por el principio *pacta sunt servanda*. No podemos sino convenir en que el este instituto rompe los moldes tradicionales en función del restablecimiento de la conmutatividad afectada. Para los efectos de no generar un ambiente de inseguridad jurídica, la ley se encargó ya sea de extinguir la acción de rescisión por causa de lesión enorme o sustituir su objeto, en el evento de que el inmueble pase a manos de un tercero (ya sea antes del juicio o durante el juicio si el tribunal competente no prohíbe celebrar actos y contratos a su respecto). El artículo 1893 del Código Civil dispone que *"Perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato"*. En el supuesto de que el adquirente hubiere enajenado el inmueble y obtenido por él un precio superior al consignado en el contrato cuya nulidad se solicita, la misma disposición agrega: *"Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella; pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar ese exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte"*. (En otros términos se subroga el objeto de la acción en el exceso del precio recibido). Finalmente, la ley excepciona de esta normativa "las ventas que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia". Como puede comprobarse, prevalece la conmutatividad, incluso por encima de instituciones de tan alto rango jurídico como la "cosa juzgada".

i.2. Permuta de bienes raíces

De acuerdo a lo previsto en el artículo 1900 del Código Civil, se aplican a la permuta los mismos principios que a la compraventa. Esta norma dice que *"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe"*. Por consiguiente, en la regulación de este contrato tiene plena vigencia lo señalado a propósito de la lesión enorme cuando la permuta comprende bienes raíces.

i.3. Partición de bienes

El artículo 1348 del Código Civil señala que *"Las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La*

rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota". El principio, por lo tanto, es el mismo. Para que la lesión sea considerada "enorme" debe el asignatario recibir menos de la mitad de lo que le correspondía. Atendida la circunstancia de que la partición tiene una naturaleza mixta, en parte es una convención y en parte es un proceso judicial, el artículo 1350 consagra el "derecho de rescate" en los siguientes términos: *"Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario"*. Nótese que, en este caso, no cabe deducción alguna (como ocurre en la compraventa y la permuta), debiendo, para atajar la acción por lesión enorme, pagarse al perjudicado el suplemento en efectivo (todo aquello que le falte para enterarle lo que corresponde). Tampoco la ley se ha referido a la oportunidad en que debe ejercerse este derecho, razón por la cual nosotros nos inclinamos por la aplicación analógica de lo prevenido en el artículo 1890, ya que existe una remisión expresa a "la misma regla que los contratos", lo cual implica una alusión directa a la compraventa de bienes raíces. En consecuencia, acogida la acción de rescisión, deberá impetrarse el "derecho de rescate" concedido en la norma mencionada.

i.4. Aceptación de una asignación hereditaria

El artículo 1234 inciso 1° del Código Civil preceptúa que *"La aceptación* (de una asignación), *una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla"*. En el inciso 3° se agrega: *"Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad"*. Cabe observar que la causa de la rescisión es una bien concreta: la existencia de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al momento de aceptación de la asignación. En consecuencia, ella procede sólo tratándose de sucesiones testamentarias. Nótese que el principio es el mismo: una disminución del valor de la asignación que supera el 50%.

En este caso, la ley no admite el "derecho de rescate", ya que sería imposible establecer una asignación distinta de aquella que dispuso el causante.

i.5. Cláusula penal

El artículo 1544 del Código Civil se refiere a la cláusula penal enorme en los siguientes términos: *"Cuando por el acto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él"* (inciso 1°). Se trata de una norma especial,

relativa sólo a las obligaciones dinerarias, cuando la pena convenida excede el doble de la obligación caucionada. Nada de especial tiene, a nuestro juicio, la frase "incluyéndose ésta en él", ya que lo que se quiere significar es que para calcular el exceso debe compararse la pena con el duplo (el doble) de la obligación contraída. La ley advierte que no es aplicable esta norma al contrato de mutuo (hoy operaciones de crédito) ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el mutuo, como se analizará enseguida, se rebaja la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular (inciso 3°). En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, "se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" (inciso 4°). En este último supuesto se incrementan considerablemente las atribuciones del juez, ya que se le faculta en forma expresa para "moderar" (revisar) una prestación convencional. El mismo postulado esgrimen quienes abogan por la "revisión judicial del contrato" cuando en el curso de la ejecución contractual aumentan desmesuradamente las prestaciones por hechos sobrevinientes e imprevistos.

i.6. Operaciones de crédito

Creemos que cabe considerar la situación del pacto sobre intereses excesivos como "lesión grave", no obstante las diferencias y especificidades que ella presenta.

Esta materia está considerada en el día de hoy en la Ley N° 18.010 sobre Operaciones de Crédito. En términos muy generales, esta figura jurídica comprende el mutuo de dinero (contrato real), pero se extiende a otro contrato que se perfecciona consensualmente (cuando una parte se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención). En el día de hoy hay dos tipos de interés: el corriente y el máximo convencional. El artículo 6° inciso 4° de dicha normativa estatuye que *"No puede estipularse un interés que exceda en más del 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional"*.

¿Qué ocurre si se pactan intereses que superan el máximo convencional? El artículo 8° de la citada ley dispone que: *"Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención"*. Se trataría, entonces, de una sanción semejante a la que afecta la cláusula penal enorme, manteniéndose en plena vigencia el respectivo contrato.

Nuestra interpretación del artículo 8° de la Ley N° 18.010 es diferente. Creemos nosotros que esta disposición contiene una "nulidad radical o inexistencia impropia" (ya que por la sola disposición de la ley se "tiene por no escrito"

el pacto de intereses, lo cual equivale a declararlo inexistente). Para preservar el contrato –de acuerdo al principio antes citado– el legislador recurre a otro principio: la *conversión del acto nulo*. De aquí que donde se leía interés superior al máximo convencional, deba leerse interés corriente. En varias otras disposiciones, nuestra ley recurre al principio de la conversión del acto nulo, como sucede por ejemplo en los artículos 1701 inciso 2° del Código Civil (*"Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviera firmado por las partes"*), y 2431 inciso 1°. Creemos que este principio complementa y reafirma el de conservación de los actos y contratos, antes comentado.

Como quiera que se analice esta situación (nos referimos a las condiciones objetivas de contratación), forzoso es reconocer que se trata de la intervención del legislador para "equilibrar" las prestaciones de las partes ligadas por la convención, haciendo imperar la conmutatividad.

i.7. Situación de la hipoteca

En la misma línea de buscar el equilibrio en las relaciones jurídicas, el artículo 2431 inciso 1° del Código Civil señala que *"La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado"*. El inciso 2° agrega que *"El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda"*.

Creemos que esta disposición no afecta de manera alguna a la llamada hipoteca con cláusula de garantía general en favor de los bancos y de uso frecuente en la práctica comercial, mediante la cual el propietario de un inmueble extiende esta caución real a todas las obligaciones que el deudor tenga en el presente o pueda tener en el futuro con la respectiva institución. El artículo antes citado comienza diciendo que *"la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma"* (norma facultativa), de lo cual se sigue que puede también ella (la hipoteca) no estar limitada a suma alguna. Sólo en el caso de que esté limitada –según expresión inequívoca del constituyente– a una suma determinada, no podrá extenderse, en ningún caso, al duplo (doble) del importe conocido o presunto de la obligación principal. Esta disposición (artículo 2431 del Código Civil) está fundada en el interés del constituyente que, como se sabe, puede ser el mismo deudor principal o un tercero que accede a una obligación ajena. Por consiguiente, si la hipoteca se limita a una determinada suma, la caución no puede sobrepasar el doble de la misma y, si tal ocurre, el deudor puede reclamar la reducción de la garantía hipotecaria a dicho importe. Avala esta interpretación

lo que preceptúa el artículo 2432 numeral 4°, que, entre los enunciados de la inscripción de la hipoteca, ordena expresar "la suma determinada a que se extiende la hipoteca en el caso del artículo precedente". Nótese que la exigencia está referida al "artículo precedente", esto es, el artículo 2431, que permite limitar esta caución a una "determinada suma". Por su parte, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en el artículo 81, refiriéndose a estos mismos requisitos, señala en el numeral 4° que la inscripción de hipoteca contendrá: "La suma determinada a que se extienda la hipoteca en caso de haberse limitado a determinada cantidad". Finalmente, debe considerarse el hecho de que la hipoteca puede, incluso, constituirse sobre "bienes futuros", en circunstancias de que este elemento, como es obvio, es esencial para el perfeccionamiento de esta garantía. Si ello es posible, no se divisa qué razón puede existir para impedir que la hipoteca se extienda a una suma indeterminada que, como en la hipoteca con cláusula de garantía general, cubra obligaciones pendientes y futuras del deudor principal. Es indudable que el tráfico jurídico gana en la medida que esta clase de cauciones se hace extensiva con mayor facilidad a las diversas situaciones jurídicas intersubjetivas.

Como puede apreciarse, esta disposición a propósito de la hipoteca, una de las garantías reales más importantes en nuestro derecho, mira la conmutatividad de las prestaciones, al impedir que una hipoteca por cantidad determinada se extienda más allá del duplo de la obligación principal, reforzando con ello el principio *pacta sunt servanda*.

ii. Derechos de resguardo

Denominamos "derechos de resguardo" a una serie de instituciones jurídicas destinadas, precisamente, a amparar los derechos comprometidos en situaciones jurídicas de riesgo. Ello se inserta en la conmutatividad, puesto que, en el fondo, se trata de brindar protección en razón del equilibrio de las prestaciones que se deben las partes ligadas por la relación jurídica. Analizaremos algunos de estos institutos.

ii.1. Obligación de entregar en la compraventa

El artículo 1826 del Código Civil sobrepasa la intangibilidad del contrato de compraventa cuando la insolvencia del comprador pone en grave riesgo los derechos del vendedor. Esta norma reza como sigue: *"El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio preservar en el contrato o desistirse de él, y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las regla generales"*. Hasta aquí no existe sino la aplicación de los principios generales relativos a la

condición resolutoria tácita del artículo 1489 del mismo Código. Los incisos siguientes prescriben: *"Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago".*

Como puede comprobarse, la ley modifica las estipulaciones contractuales, sobrepasando el principio *pacta sunt servanda*, al alterar la forma en que debe cumplirse una de las obligaciones esenciales del contrato de compraventa, en aras de mantener la conmutatividad o evitar el despojo de que puede ser objeto el vendedor. Es evidente, entonces, que la ley sale en auxilio del vendedor que, atendida una circunstancia extraordinaria (disminución considerable de la fortuna del comprador), se ve expuesto a perder el precio estipulado en el contrato.

Conviene anticiparnos y precisar que no podría argüirse una posible inconstitucionalidad de esta norma, atendido el hecho de que trata de una disposición supletoria de la voluntad de las partes (nada impide que se convenga que cualquiera que sea la situación del comprador, el vendedor estará obligado a entregar la cosa objeto del contrato). En consecuencia, en el silencio de los contratantes, debe entenderse que esta norma forma parte del contrato mismo y que se ha consentido voluntariamente en ella. Se armoniza, de esta manera, el contrato con la norma constitucional que ampara el derecho de dominio sobre las cosas incorporales (meros derechos).

ii.2. Caducidad del plazo

Si las partes han estipulado un plazo, la obligación deberá cumplirse extinguido que éste sea. El plazo no afecta la existencia de la obligación, sino su exigibilidad. Ahora bien, la ley establece la llamada caducidad del plazo, caso en el cual puede la obligación hacerse exigible no obstante el hecho de hallarse pendiente el término acordado. Se altera, de este modo, el principio *pacta sunt servanda*, al prescindirse de lo estipulado por las partes e imponerse una situación diversa a aquella acordada por los contratantes.

El artículo 1496 del Código Civil establece, a este respecto, que: *"El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1°. Al deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; 2°. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones".*

Nuevamente el legislador sale en defensa de la conmutatividad, esta vez en provecho del acreedor afectado por un peligro inminente y grave que puede hacerlo perder su crédito. El peligro al que aludimos se manifiesta no sólo por efecto de la quiebra o notoria insolvencia del deudor, sino que se extiende a la desvalorización o extinción de las cauciones, siempre que esto último se haya producido por hecho o culpa del deudor.

ii.3. Situación del fiador

Esta caución personal está definida en el artículo 2335 del Código Civil, según el cual *"La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador"*. Como puede constatarse, se trata de comprometer en el cumplimiento de la obligación no sólo el derecho de prenda general (artículo 2465) del deudor, sino de quienes acceden a la obligación con el carácter de fiadores.

De lo señalado se sigue que el fiador asume el riesgo de la insolvencia del deudor principal. Se trata, por lo mismo, de un deudor subsidiario. De aquí que el fiador goce de tres beneficios especiales: el beneficio de *excusión*, para que se proceda primero contra los bienes del deudor principal (artículo 2357); el beneficio de *división*, cuando son varios los fiadores que acceden a la obligación, entendiéndose dividida la deuda entre todos ellos por partes iguales (artículo 2367); y el beneficio de *subrogación*, cuando el acreedor ha puesto al fiador en caso de no poder subrogarse en las acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores (artículo 2355).

Ahora bien, no obstante lo estipulado entre el deudor principal, los cofiadores y el acreedor, el artículo 2356 del Código Civil, velando por la conmutatividad y para evitar situaciones de inequidad, dispone que *"Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo"*. Se altera, de este modo, lo convenido y se atribuye a la inactividad del acreedor un efecto extintivo de la obligación contraída por el fiador.

ii.4. Situación del comodatario

En el contrato de comodato (préstamo de uso), la restitución de la cosa objeto del mismo debe realizarse en el tiempo convenido. Sólo en el evento de que no se haya estipulado este término, la ley presume que debe hacerse la restitución "después del uso para que ha sido prestada" (artículo 2180 inciso 1°).

Sin embargo, el inciso 2° del mismo artículo 2180 dispone: *"Pero podrá exigirse la restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos: 1°. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse; 2°. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa; 3°. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa".*

Una vez más, la ley prescinde de lo establecido en el contrato, sobrepasando la intangibilidad de las convenciones, en función de la conmutatividad de las prestaciones. Recordemos que el contrato de comodato es real, unilateral y gratuito. Por lo mismo, razones de equidad aconsejan introducir estas excepciones, aun a costa de sacrificar el principio *pacta sunt servanda*. La primera excepción –muerte del comodatario– es consecuencia del carácter *intuitus personae* del contrato. La segunda excepción –necesidad imprevista y urgente de la cosa– se funda en la gratuidad del contrato y los intereses preferentes del comodante. La tercera excepción –fin del servicio o inexistencia del mismo– importa la desaparición de la causa que motivó la celebración del contrato. Se constata, de esta manera, que la trasgresión de lo convenido tiene como base un principio mínimo de equidad.

ii.5. Situación del depositario

El depósito es también un contrato real, unilateral y gratuito por naturaleza. En principio la restitución del depósito debe hacerse a voluntad del depositante (así se encarga de señalarlo el artículos 2215 al definir el depósito propiamente dicho, y lo reitera el artículo 2226). Pueden las partes, sin embargo, estipular un plazo para la restitución. El tal supuesto el inciso 2° del artículo 2226 del Código Civil dispone que *"Si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula será sólo obligatoria para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado; salvo en los casos determinados que la leyes expresan"*. La ley en esta norma limita los efectos de lo convenido contractualmente, dándole una extensión restringida y haciéndola obligatoria para una sola parte (el depositario).

Otro tanto puede decirse de lo prevenido en el artículo 2216, en relación a la restitución. Cualquiera que sea el tiempo estipulado, el depositario puede restituir de inmediato la cosa dada en depósito si ha *"padecido un error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro"*. En relación con lo primero (error en cuanto a la persona del depositante), es necesario observar que se trata de un contrato gratuito, *intuitus personae* (celebrado en consideración a la persona del depositante y cuya causa es la mera liberalidad). En consecuencia, creemos que en este supuesto nos hallamos ante lo que hemos denominado una "nulidad expresa" (porque la ley anticipa el efecto, sin que sea necesaria previamente la declaración judicial de

la nulidad, como podría deducirse del artículo 1455 del Código Civil). El texto de la norma no admite error. Si bien ella no alude a la "nulidad", sí que alude a los efectos de la nulidad, puesto que autoriza al depositario para a "restituir inmediatamente el depósito". En otros términos, la relación contractual, en sus efectos principales, queda modificada por mandato de la ley. En relación a lo segundo (cuando el depositario descubre que la cosa le acarrea un peligro), hay que tener en consideración que se trata de un hecho sobreviniente del que no se tuvo conocimiento al momento de perfeccionarse el depósito, y que el "peligro" que menciona la ley envuelve toda suerte de riesgos, sea éste jurídico (como si se tiene conocimiento que la cosa dada en depósito es robada) o de hecho (como si se descubre que se trata de un explosivo o de material corrosivo o contaminante). En ambos casos, el depositario, así se haya fijado un tiempo para restituir, puede proceder a la devolución inmediata, sobrepasando con ello el contrato y lo convenido en cuanto al tiempo de restitución.

Los que hemos llamado "derechos de resguardo" son numerosísimos. Estos se hallan diseminados en la nuestra ley y tienen por objeto, contrariamente a lo que se podría pensar, fortalecer el principio *pacta sunt servanda*, porque son correctivos de situaciones claramente injustas o inicuas que no pueden ser amparadas por la ley ni por medio del contrato. No hay duda que el legislador debe ocuparse de ellas y desconocer su fuerza vinculante.

Estos "derechos de resguardo" generan dos tipos diversos de protecciones. Las inspiradas en el orden público, por lo mismo irrenunciables y que conforman la excepción; y las inspiradas en el interés privado, que se expresan en leyes supletorias de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el artículo 2180 del Código Civil (ya comentado a propósito del comodato) configura una norma supletoria de la voluntad de las partes que éstas pueden alterar a su arbitrio en virtud de la autonomía privada y la libertad contractual. A la inversa el artículo 2216 inciso 2° del Código Civil (también comentado a propósito del depósito) es de orden público y otorga al depositario un derecho irrenunciable. La cuestión no es pacífica, pero puede deducirse de los principios y valores en juego.

Estimamos nosotros que todas las normas encaminadas a corregir situaciones de extrema injusticia –que generan por lo mismo desequilibrios y la ruptura de la conmutatividad– lejos de debilitar el principio *pacta sunt servanda*, lo fortalecen al impedir que él sirva para consagrar inequidades.

iii. Derechos derivados de la contratación masiva

El principio *pacta sunt servanda*, finalmente, se ve fortalecido por los derechos derivados de la contratación masiva, contemplados en leyes especiales y que mencionaremos en lo que sigue.

iii.1. Protección del consumidor

La Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, contiene disposiciones encaminadas a mantener la conmutatividad de las prestaciones. Así, por vía de ejemplo, el derecho del consumidor de poner término unilateral al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los casos enumerados en la misma disposición (artículo 3° bis), representa un esfuerzo por hacer prevalecer la conmutatividad (especialmente atendido el hecho del desequilibrio de las partes al contratar). Lo propio puede decirse del "derecho de retracto" consagrado en el artículo 3° ter y relativo a la contratación de servicios educacionales de nivel superior, proporcionados por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Otro tanto ocurre tratándose de contratos de adhesión respecto de las estipulaciones consignadas en el artículo 16 de la Ley N° 19.496.

Las numerosas normas sobre protección del consumidor revelan una clara predisposición del legislador de regular de manera distinta lo que se ha dado en llamar la contratación masiva. Una serie de nuevas instituciones, tales como "la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores" (artículos 51 y siguientes de la ley), es una manifestación elocuente de que se aspira a brindar protección y amparo a la parte más débil en el nuevo escenario contractual. Nadie podría negar que las condiciones en que se celebra un contrato –en lo que dice relación con el consumidor de los grandes centros comerciales– han experimentado cambios sustanciales y requieren, por lo mismo, de un tratamiento especial. La Ley sobre "Protección de los Derechos de los Consumidores" es expresión de esta nueva tendencia, que, lejos de debilitar la conmutatividad, la fortalece. Lo propio ocurre con el principio *pacta sunt servanda*, en la medida que se corrigen situaciones extremas que no deben quedar amparadas por la fuerza obligatoria del contrato.

iii.2. Contratos sobre salud previsional

El Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006 establece el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 y de las leyes N° 18.933, N° 18.469 y N° 20.015 sobre Instituciones de Salud Previsional. Dicha normativa obedece a las nuevas necesidades de un mercado masificado de salud. Comentaremos algunas disposiciones que se refieren a la materia que nos interesa destacar.

El artículo 189, con el cual comienza el Párrafo 4° "De las Prestaciones", señala que *"Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato*

de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan. En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidades y condiciones de su otorgamiento". Sin embargo, acto seguido, la misma disposición agrega: *"Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo lo siguiente..."*, enunciándose numerosas prestaciones. Parece obvio que, en esta parte, el legislador optó por el llamado "dirigismo contractual", disponiéndose, mediante una norma imperativa, el contenido mínimo del contrato.

El N° 5 del artículo antes citado (189) dispone que *"El término del convenio entre la Institución de Salud Previsional y el prestador institucional cerrado o preferente, o cualquier modificación que éstos le introduzcan, no afectará el monto que, en virtud del plan contratado, corresponde copagar a los beneficiarios por las atenciones recibidas, hasta el cumplimiento de la respectiva anualidad".* El inciso final agrega: *"Al cumplirse dicha anualidad la Institución de Salud Previsional podrá adecuar el contrato, debiendo informar al cotizante, en la carta respectiva, la circunstancia de haberse puesto término o de haberse modificado el referido convenio. Además, la Institución pondrá en conocimiento del afiliado las adecuaciones propuestas al plan vigente y los planes de salud alternativos de condiciones equivalentes a aquél. Tanto la adecuación del plan como los planes alternativos que la Institución ofrezca al cotizante podrán contemplar el otorgamiento de beneficios por un prestador distinto de aquel identificado en el plan vigente antes de la adecuación".* Como puede comprobarse, la Institución de Salud Previsional es la llamada a poner término, ofrecer planes alternativos o adecuar el contrato en las condiciones antes referidas.

El artículo 190 inciso 2° da derecho al cotizante a desahuciar el contrato: *"El cotizante podrá, una vez transcurrido un año de vigencia de beneficios contractuales, desahuciar el contrato, para lo cual bastará una comunicación escrita a la Institución...".* El inciso 3° del mismo artículo confiere a la Institución el derecho a revisar el contrato, en los siguientes términos: *"Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan...".*

De las disposiciones que hemos trascrito se desprende que, en esta materia, se escogió el "dirigismo contractual" para regular las diversas alternativas que se presentan a los afiliados de las Instituciones de Salud Previsional. De ello no se sigue, necesariamente, un debilitamiento del principio *pacta sunt servanda*, como pudiere aparecer a primera vista. En verdad, ambos principios no chocan, sin perjuicio de que se restringe sustancialmente la libertad contractual en materia tan sensible como la relativa la salud pública. La tendencia en materia

de salud, previsión social, protección del consumidor y educación, pareciera ser la misma. Pero todo ello marca una cierta orientación política bien definida. El contrato, debilitado por los mandatos legales, sigue siendo intangible y fuente privilegiada de derechos subjetivos.

iii.3. Afiliación al sistema de previsión social

Finalmente, dada su importancia, comentaremos algunas disposiciones sobre la afiliación de los trabajadores al sistema de previsión social. En esta materia, indudablemente, se ha dejado de lado todo vestigio de contractualismo, dando a la relación del trabajador con el "Sistema" una regulación de carácter reglamentario, consagrada, sin embargo, por medio de la ley. Probablemente sea este el mejor ejemplo de que la ley, en muchas instituciones del derecho moderno, se ha transformado en un instrumento administrativo, perdiendo sus características propias.

El Decreto Ley N° 3.500 de 1980, que establece un Nuevo Sistema de Pensiones, y las numerosas modificaciones que ha sufrido desde su entrada en vigencia, constituye el arquetipo de una reglamentación administrativa elevada a la categoría legal. De esta manera, ciertamente, se consolidan sus disposiciones y se evitan nuevas innovaciones al margen de las potestades legislativas tradicionales. No obstante, creemos que esta técnica, cada día más utilizada por la autoridad, desvirtúa lo que es esencial en el ámbito jurídico. La ley, en tanto norma jurídica, no puede descender al detalle reglamentario, porque ello, junto con invadir el ámbito de otras potestades, impide su aplicación por quien corresponde a través de la interpretación. No hay duda que la ley, en esta perspectiva, no es sólo expresión de una norma, sino de un reglamento que enclaustra al destinatario, pasando por encima de las potestades llamadas a interpretar y aplicar la ley. Bien poco cabe decir a la potestad reglamentaria y a la potestad jurisdiccional, cuando la ley-reglamento consulta en detalle todas las materias que se regulan.

No puede negarse que esta técnica es fruto de nuevas realidades que probablemente no puedan normarse con el instrumental jurídico tradicional. Faltan, por lo tanto, recursos y medios para darles una correcta y adecuada sustentación. Es probable que entre la norma (mandato general y abstracto) y la regla (mandato particular y concreto) falten categorías jurídicas intermedias y que la realidad que comentamos no sea más que una consecuencia inevitable de aquello. Recordemos que en la Constitución de 1980 se introduce una categorización de las leyes, atendiendo a la materia que ellas regulan y a la necesidad de darles mayor estabilidad en el tiempo para evitar trastornos circunstanciales. De la misma manera, es posible generar nuevos instrumentos en el futuro, capaces de suplir las insuficiencias que destacamos.

Más allá de estas reflexiones, conviene analizar, muy superficialmente, porque excede en mucho los objetivos de este trabajo, algunas normas relativas a la relación entre el trabajador y el Sistema de Previsión Social que opera en Chile desde 1980.

Desde luego, el artículo 2° del Decreto Ley N° 3.500 no establece una vinculación contractual entre el trabajador y el Sistema, sino una afiliación automática, que opera por solo ministerio de la ley. Dicha disposición señala: *"El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los independientes"*. Nótese que se ha excluido una relación contractual y se ha optado por un sistema de vinculación legal automática que opera por el solo hecho de iniciarse las tareas laborales. El inciso 2° del mismo artículo agrega: *"La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización"*. La relación jurídica aludida nace directamente de la ley y no de un contrato. El inciso siguiente señala: *"La afiliación al Sistema es única y permanente. Subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del Sistema"*. Como puede constatarse, se trata de una relación jurídica impuesta y regulada en la ley, en la cual al afiliado se reservan relativamente pocas opciones (seleccionar una Administradora de Fondos de Pensiones, realizar ahorros voluntarios, escoger alguno de los fondos opcionales, etcétera). El artículo 32 del Decreto Ley N° 3.500 reconoce el derecho del afiliado a cambiar de Administradora, pero lo hace sin siquiera invocar el contrato respectivo: *"Todo afiliado podrá transferir el valor de sus cuotas a otra Administradora del Fondos de Pensiones, previo aviso dado a la que se encuentra cotizando y a su empleador, cuando correspondiere, con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que deban enterarse las cotizaciones del mes en que se dé el aviso"*.

La afiliación del trabajador independiente sigue la misma pauta. Tampoco aquí se invoca una relación contractual. El artículo 89 del Decreto Ley N° 3.500 se limita a decir: *"Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerce una actividad mediante la cual obtiene un ingreso, podrá afiliarse al Sistema que establece esta ley. La primera cotización efectuada a una Administradora por un independiente produce su afiliación al Sistema y su adscripción al Fondo por el que éste opte"*. Como puede comprobarse, la afiliación opera por el solo ministerio de la ley, en virtud de un hecho: la cotización efectuada a una Administradora.

En suma, no admite discusión el hecho de que en nuestro sistema de previsión social, el derecho contractual no está presente sino muy remotamente.

Se trata de otro tipo de relación jurídica, en el cual es la ley la encargada de regular reglamentariamente todos los detalles de esta vinculación y en que el principio *pacta sunt servanda* no tiene mayor incidencia ni importancia. Por lo mismo, no podría sostenerse que un área de estas características afecta o debilita este principio o juega un rol importante en lo que hemos llamado la "lucha por la conmutatividad". En el mundo moderno, especialmente en el plano de la prestaciones de salud, previsionales, habitacionales o educacionales, el Estado ha asumido un papel preponderante respecto de grandes sectores largamente marginados. La asistencia estatal toma formas diversas de aquellas consagradas en nuestra legislación tradicional. Nada de excepcional tiene esta política, porque se trata de vínculos jurídicos inspirados y orientados por finalidades muy diversas de aquellas reconocidas y reglamentadas en nuestros Códigos. En otros términos, esta vinculación forma parte de políticas públicas que se desarrollan en función de objetivos sociales y con carácter asistencial. Así y todo, muchos principios contractuales de carácter tradicional informan algunos de estos institutos sin perjuicio de sus especificidades. No puede dejar de destacarse el hecho de que la estabilidad e intangibilidad de los derechos consagrados en las leyes especiales que hemos invocado, sustituyen, en cierta medida, el principio *pacta sunt servanda*. A su respecto es plenamente aplicable la garantía constitucional del dominio, de suerte que no podrían afectarse aquellos derechos por causa sobreviniente. Lo anterior justifica la conclusión de que los derechos subjetivos se hallan fortalecidos, aun en el supuesto de que ellos tengan origen en leyes meramente reglamentarias.

4. Las exigencias de un contrato "legalmente" celebrado

Como se señaló en lo precedente, el artículo 1545 del Código Civil enuncia el principio *pacta sunt servanda*, alude al contrato "legalmente celebrado". Ello implica que éste se haya perfeccionado cumpliendo todos y cada uno de los requisitos instituidos en la ley. Ahora bien, si quien ejerce la llamada "autonomía privada" –potestad regulatoria que faculta al sujeto para celebrar toda suerte de contratos no prohibidos en la ley respetando su regulación jurídica, y fijar las condiciones en que deben realizarse las prestaciones convenidas– asume determinados compromisos, por mandato de la misma ley, debe acatarlos y darles cumplimiento en los términos acordados.

La fuerza obligatoria del contrato radica, entonces, en la voluntad de quien lo celebra y en el mandato del legislador, puesto que se ha reconocido a cada persona el derecho de darse a sí mismo una determinada regla de conducta. La fuente inmediata de esta regulación es la voluntad de quienes contratan, unida al mandato legal que le atribuye a esta última plenos poderes vinculantes.

La ley ha sido exigente a la hora de fijar las condiciones que deben concurrir para que los contratos tengan fuerza obligatoria. Analícense los llamados elementos

de existencia del acto jurídico (el contrato es un acto jurídico bilateral) y los elementos de validez, y se llegará a la conclusión de que los fundamentos del principio *pacta sunt servanda* son muy profundos. El artículo 1445 del Código Civil, señala: *"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1°. que sea legalmente capaz; 2°. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3°. que recaiga sobre un objeto lícito; 4°. que tenga una causa lícita"*. Es la misma ley la que, detalladamente, establece normas sobre la capacidad y las consecuencias que se siguen de los actos celebrados por personas incapaces; la que establece la formación del consentimiento y reglamenta cada uno de los vicios de que éste puede adolecer (error, fuerza y dolo); la que define el objeto y reglamenta los casos en que es ilícito; la que define la causa y determina cuándo ella es ilícita (prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbre o al orden público). En suma, la ley fija un marco exigente, dentro de cuyos límites es dable a los particulares darse una regla de conducta (contrato), creando derechos y obligaciones. Dicho de otro modo, la generación de un contrato (por tanto de derechos subjetivos y de obligaciones), implica el ejercicio de una libertad perfectamente delimitada por el legislador a través de normas de carácter imperativo.

No llega hasta aquí la función de la ley respecto del contrato. Ella se extiende a la ejecución de las obligaciones, a su cumplimiento e incumplimiento, a las circunstancias que acarrean su extinción, a las consecuencias que de ello se siguen, a la interpretación (extensión y sentido del contrato), a la prueba de las obligaciones, etcétera.

Como puede apreciarse, si bien es cierto que la voluntad es el eje principal del contrato (lo cual se expresa en el principio de la "autonomía privada"), es la ley la que consagra, reconoce y dispone los efectos jurídicos que se le atribuyen.

Lo que señalamos tiene, a nuestro juicio, una importancia determinante para los efectos de calificar la importancia del principio *pacta sunt servanda*, ya que se trata de una expresión de voluntad regulada y amparada por la ley, que es, en definitiva, quien le asigna validez (poder para obligar) y la que hace posible, incluso, su ejecución forzosa (por medio del poder coercitivo del Estado).

En síntesis, la sola circunstancia de que sea la ley la que reconozca el poder de la voluntad para la gestación de una regla (norma particular), importa transferir al contrato el mismo alcance que un mandato legal. De aquí que pueda afirmar el artículo 1545 del Código Civil que el contrato es "una ley para los contratantes". Nadie, ante esta realidad, podría negar o desconocer la legitimidad del contrato como norma particular entre las partes y, por lo mismo, sólo susceptible de dejarse sin efecto o modificarse por mutuo consentimiento o causa legal.

5. La seguridad jurídica

Finalmente, sostenemos la plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*, sobre la base de la necesidad de ampliar y profundizar el grado de seguridad que el derecho dispensa a los imperados.

Fue Jorge Millas, el insigne filósofo chileno, quien sostuvo que la "seguridad jurídica" (la íntima convicción de cada sujeto de que las normas se cumplirán, sea espontánea o forzadamente) era el único valor propiamente jurídico, puesto que sólo puede darse en el marco del sistema normativo. Como es obvio, la seguridad jurídica implica el respeto a las normas (mandatos generales y abstractos) y las reglas (mandatos particulares y concretos). Por lo mismo, la seguridad jurídica implica el respeto a la ley y al contrato. Cualquier debilidad a este respecto determinará la pérdida de aquella convicción generalizada que le da sentido al derecho como instrumento de convivencia social. Desde otro punto de vista, debe considerarse que en la medida que los imperados perciban que se da cumplimiento a los diversos mandatos jurídicos, aumentará el "cumplimiento espontáneo del derecho", circunstancia que, como se ha demostrado reiteradamente, constituye uno de los presupuestos del "estado de derecho". Lo anterior como consecuencia de que los órganos sancionadores del Estado están concebidos para castigar infracciones excepcionales y no generalizadas.

No puede omitirse el hecho de que el contrato es el instrumento fundamental y más sensible de las economías libres. Sin él resultaría imposible articular los intereses en juego. De la estabilidad contractual depende, en gran parte, los niveles de inversión y los proyectos de desarrollo. Esta constatación se acentúa en un proceso de "globalización" como el que experimentamos en la actualidad. Los mercados funcionan sobre la base del cumplimiento y el respeto de los contratos. Debilitar el contrato o hacerlo desaparecer por medio de artificios como el "dirigismo contractual" en sustitución de la "autonomía privada", es una forma de amagar la libertad individual e incursionar en una nueva experiencia de "ingeniería social" que tanto daño causó en el pasado reciente.

Como creemos haberlo demostrado en lo que precede, muchas leyes de excepción no atentan contra el principio *pacta sunt servanda* en la medida que evitan ciertas disfunciones de que adolece el mercado como instrumento de asignación de recursos. Tal ocurre con las leyes sobre protección del consumidor (porque corrigen el desequilibrio que puede producirse en el mercado atendido el poder de negociación de los contratantes). Lo propio puede decirse de las normas sobre libre competencia, sobre supervisión y control de la actividad financiera, sobre contratos de salud, previsión social, educación, medio ambiente, etcétera. Todas ellas, en el fondo, son consecuencia de la

"contratación masiva" en una sociedad de consumo. Para que el mercado funcione adecuadamente se requiere transparencia, equilibrio negocial, información compartida, conocimiento de la reglas del juego, etcétera. Si las leyes mencionadas apuntan en esa dirección, lejos de debilitar la intangibilidad del contrato, la fortalecen.

El principio *pacta sunt servanda*, con esta visión y esta perspectiva, se erige en la piedra fundamental de la libertad contractual y la autonomía privada.

Los juristas, en general, enfrentan en el día de hoy un gran desafío, que consiste en adecuar el derecho y sus grandes principios, que han perdurado durante miles de años, a las nuevas realidades de una sociedad masificada, globalizada y en constante innovación tecnológica. Creemos nosotros que no es difícil recurrir a fórmulas imperativas, depositando en la ley la plenitud del poder regulatorio y ahogando la iniciativa y la libertad de los imperados. Muy probablemente, esta estrategia frenaría súbitamente el desarrollo y los avances prodigiosos de la ciencia y de la técnica. Lo que interesa, entonces, es introducir las reformas que exige la realidad actual, pero dando una renovada aplicación a los principios que la humanidad ha ido elaborando en el curso de los siglos. Entre aquellos principios debe considerarse el *pacta sunt servanda*, porque se encuentra arraigado a la libertad, la seguridad y la autodeterminación.

No podríamos cerrar este trabajo sin referirnos, aun cuando sea someramente, a una concepción jurídica de la justicia. Creemos nosotros que no se ha puesto suficiente atención en el hecho de que una de las manifestaciones más elocuentes de la justicia consiste, precisamente, en el cumplimiento de los mandatos jurídicos. En la medida que ellos son anteriores a la conducta que se califica, debidamente conocidos por los imperados, y expresión de los valores predominantes en un momento histórico determinado, su cumplimiento se nos aparece como una condición esencial de la justicia. No puede sino atentarse en contra de la justicia toda vez que se elude el mandato jurídico si éste forma parte del escenario social en que se despliega la conducta. Puede el mandato jurídico no ser expresión de la justicia legal, distributiva o conmutativa, pero si existe como tal, debe ser cumplido porque es la base en que se desenvuelven las relaciones en la comunidad.

Quien celebra un contrato y asume el deber de desplegar una determinada conducta en función de los intereses del otro contratante, no puede desconocer sus compromisos ni alterarlos unilateralmente ni buscar formalismos para esquivar el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley o la voluntad compartida de los interesados podría alterar este compromiso, y la primera (la ley) únicamente si existía como tal antes del contrato, de modo que los derechos y obligaciones que surgieron de él quedaran condicionados en su ejercicio

por el mandato legal. Lo que destacamos excluye toda posibilidad de aplicar una ley que extinga, modifique o altere los efectos de un contrato, afectando derechos adquiridos, con efecto retroactivo.

Así entendemos el principio *pacta sunt servanda,* que, no obstante todas las vicisitudes propias de nuestro tiempo, sigue gravitando poderosamente como eje de las relaciones intersubjetivas en el ámbito contractual.

Nos resulta especialmente oportuno abordar, en este momento, sus debilidades y fortalezas, porque nos hallamos ante cambios muy radicales, en todo orden de cosas, los mismos que el derecho no puede esquivar o desconocer. Aspiramos a que estas reflexiones sean útiles para medir la importancia del desafío.

Introducción a la Economía Política Constitucional

Ernesto Silva Méndez
Facultad de Gobierno
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la escuela de la Economía Política Constitucional, y entender las posibles aplicaciones que esta escuela de pensamiento puede tener para el análisis de los fenómenos jurídicos chilenos. El trabajo se formula en el contexto de profundizar el conocimiento de teorías que analizan los fenómenos jurídicos e institucionales desde la perspectiva de la Economía.

En publicaciones previas de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, y especialmente en el texto sobre Nuevas Tendencias en Derecho Civil, se ha estudiado el campo del Análisis Económico del Derecho. En esta oportunidad se presenta para la Revista *Actualidad Jurídica* una introducción a un campo que comparte la metodología y supuestos básicos del Análisis Económico del Derecho, pero que difiere en el objeto de estudio.

La Economía Política Constitucional surge como programa de investigación impulsado por economistas y liderado por James M. Buchanan, quien fuera reconocido con el Premio Nobel de Economía por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría económica y de los procesos de toma de decisiones políticas.

La contribución de Buchanan fue definir distintos niveles de análisis para los fenómenos económicos y políticos, tal como sucede en el derecho. Así, sugirió la existencia de un nivel constitucional para analizar las variables económicas y los fenómenos políticos, determinando elementos diferentes de los tradicionalmente utilizados para el análisis de las decisiones a nivel micro.

La teoría económica ha sido muy importante para explicar la forma en que los individuos toman decisiones. A través de la simplificación de la realidad, la economía ha construido modelos que demuestran que las personas buscan maximizar sus beneficios en todos los ámbitos de su actuar, siendo posible traducir en valoración económica las decisiones que las personas toman en cada uno de los ámbitos de su vida.

Pero no todas las decisiones se encuentran dentro de la misma esfera o ámbito de acción. En efecto, existen decisiones que se dan dentro de un marco de reglas definidas, mientras que existen otras decisiones acerca de las reglas mismas.
La economía neoclásica se refiere al primer tipo de decisiones. Así, se asume que existe uno o más individuos que deben tomar decisiones dentro de un contexto ya definido por un conjunto de normas. En este caso, los individuos tratarán de tomar la decisión que les reporte mayor bienestar posible, dentro del contexto de reglas definidas. Por ejemplo, un individuo debe elegir entre cumplir o incumplir un contrato que contiene la definición de las sanciones y consecuencias del cumplimiento y del incumplimiento del mismo.

La Economía Política Constitucional, en cambio, se pregunta por las reglas y cómo actúan los individuos al momento de definirlas. Así, por ejemplo, uno o más individuos deben tomar decisiones sobre las reglas de coordinación o interacción, es decir, sobre las bases mismas que el grupo debe utilizar para guiarse en sus decisiones. En este caso los individuos también buscarán obtener el mayor bienestar posible con su decisión, pero en un ámbito de acción diferente. En este tipo de problemas, es evidente que una decisión puede ser más beneficiosa que otra para los individuos. Así, supongamos que existen cinco individuos que deben tomar una decisión que los afecta a todos, por ejemplo, dónde irán de vacaciones, existiendo una definición básica consistente en que deben ir todos juntos y que todos deben respetar el acuerdo.

Este escenario plantea dos tipos de decisiones. La primera de ellas consiste en la definición de la regla de decisión o mecanismo de agregación de preferencias. Sólo cuando se haya tomado esa decisión y acordado la regla de definición, los individuos podrán proceder a votar y actuar sobre el problema específico.

Profundizando en el ejemplo, asumamos que cuatro de los cinco individuos quieren ir al sur del país, mientras que el quinto individuo quiere ir al norte del país. Como fue señalado, existen dos niveles de decisiones. El primero de ellos se refiere a acordar las reglas de decisión del grupo (su Constitución). El segundo es la solución del problema concreto (lugar de vacaciones) dentro del marco definido por la Constitución. En la decisión constitucional, cuatro de los individuos tendrán el incentivo para proponer que las decisiones del grupo se tomen por mayoría simple, mientras que el quinto individuo buscará lograr que las decisiones se tomen por unanimidad. Una vez definida la regla de decisión, en la etapa siguiente cada individuo hará lo posible para obtener un buen resultado.

Lo interesante es que distintos tipos de reglas pueden conducir a distintos resultados, y las personas interactúan muchas veces para definir las reglas del juego.

Para quienes se han formado en lo jurídico, es evidente que las normas existen para producir efectos. No siempre es evidente para los abogados, en cambio, cuál será el efecto concreto que tendrá la norma, o cuál será la reacción de los individuos a las distintas opciones que enfrentan al momento de construir una decisión que afecta a un grupo. Los estudios económicos han desarrollado una vasta literatura sobre estas materias, permitiendo entender, predecir y analizar las consecuencias que distintas alternativas de normas pueden producir en el comportamiento de las personas. Es en este ámbito donde encontramos uno de los principales aportes de la economía al derecho, esto es, entender a las normas como incentivos y conocer cómo las personas responden a ellas.

El trabajo se desarrolla de la siguiente manera. En la siguiente sección se analizan algunos de los principales enfoques de aplicación de la teoría económica a los fenómenos jurídicos e institucionales. Luego, en la tercera sección, se analiza en mayor profundidad la Economía Política Constitucional. En la cuarta sección se comentan posibles ámbitos de acción de la realidad chilena en los que podría tener un ámbito de aplicación esta corriente de pensamiento. La sección final plantea las conclusiones del trabajo.

2. Aplicaciones de la teoría económica al derecho y las instituciones

2.1. Supuestos esenciales de la teoría económica

Para iniciar el análisis de las corrientes de aplicación de la teoría económica al estudio de los fenómenos jurídicos e institucionales, es necesario revisar los principales supuestos de la economía.

Para efectos de este estudio, identificamos como dos los elementos fundamentales, a saber, el individualismo metodológico y el concepto de *homo economicus*.

a. Individualismo metodológico. Uno de los postulados básicos de la ciencia económica consiste en señalar como su unidad de análisis al individuo. Así, la teoría económica estudia las decisiones de los individuos y no de entes colectivos o grupales. Su punto de partida es la decisión individual, la cual puede sumarse a otras decisiones individuales para construir un resultado grupal. En este sentido, la economía difiere de otras disciplinas o ciencias sociales o humanas que consideran como objeto de estudio al grupo o ente colectivo, o a las redes de interacción de individuos. En la teoría económica, como se ha dicho, el eje es la decisión individual, la cual puede agregarse a otras decisiones de individuos para construir una decisión global.

b. *Homo economicus*. Los economistas señalan que los individuos buscan permanentemente maximizar su bienestar. Así, ante cada problema, las personas tomarían la decisión que les reporte mayor beneficio final. Este planteamiento asume que las personas tienen opciones y manifiestan preferencias sobre las distintas opciones a las que acceden. Se asume, además, que los individuos son capaces de ordenar esas preferencias. De igual forma, se asume que las personas toman decisiones de forma consistente con sus preferencias, esto es, optarán por aquella opción que más prefieren y que por lo tanto les reporta mayor beneficio. Por último, se asume que las preferencias de las personas son relativamente estables en el tiempo, existiendo consistencia en las opciones de las personas a lo largo de la vida. Todos estos elementos dan forma al paradigma de la elección racional, elemento fundamental del pensamiento económico y de gran parte de las ciencias sociales.

Como es de esperar, el paradigma de la elección racional ha sido ampliamente criticado. Sin embargo, la evidencia empírica de los estudios económicos aún da fuerza a este supuesto esencial de la teoría económica.

2.2. Corrientes de aplicación de la economía al derecho y las instituciones

Son diversas las formas y visiones para aplicar la teoría económica a los fenómenos jurídicos e institucionales. Cada uno de ellos tiene un foco que lo caracteriza y diferencia de otras corrientes. A continuación se presentan tres corrientes de pensamiento: el Análisis Económico del Derecho, la Nueva Economía Institucional, y la Economía Política Constitucional (EPC).

a). Análisis Económico del Derecho (AED). El AED es una metodología de análisis de los problemas jurídicos que utiliza el instrumental de la economía neoclásica en la búsqueda de alcanzar la eficiencia a través del derecho y de predecir el impacto de las normas en la conducta de las personas. El AED define la eficiencia como valor fundamental, y entiende por ésta la asignación de recursos que maximiza el valor.

Al igual que en la EPC, en el AED existen dos corrientes: positiva y normativa. La corriente positiva del AED busca describir la realidad y entender los efectos que las normas producen en la conducta de las personas. Así, la rama positiva del análisis económico del derecho pretende entender y describir la realidad y los efectos de las normas, sin incluir juicios de valor acerca de cómo debieran ser las normas dado el comportamiento de las personas.

Esto último es lo que hace la corriente normativa del AED. En efecto, la rama normativa del AED analiza un contexto jurídico y recomienda cuál debe ser el contenido del marco normativo para alcanzar la eficiencia. La rama normativa, entonces, incluye juicios de valor que se traducen en recomendaciones concretas de modificar o adecuar el contenido de las normas jurídicas para alcanzar la eficiencia.

El AED ha tenido una amplia aplicación desde su desarrollo a partir de los años sesenta en Estados Unidos. Aplicaciones al Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Penal y Derecho de la Libre Competencia son algunos de sus ámbitos principales.

En materia civil, por ejemplo, el AED ha tenido un fuerte desarrollo para analizar la teoría de contratos, la teoría de la propiedad y las teorías de responsabilidad extracontractual. Para cada uno de los ámbitos, la pregunta central está en la eficiencia y en cómo las normas jurídicas contribuyen u obstruyen tal objetivo. En materia de libre competencia, por su parte, el AED ha estudiado la implicancia que las normas o instituciones legales tienen en el desarrollo de la competencia en un país o mercado.

En la teoría económica de la propiedad, el AED ha tenido desarrollos muy importantes. Tal vez uno de los aportes más importantes del AED ha sido el reconocer la importancia de la correcta asignación de derechos de propiedad. Una sociedad funciona bien en la medida que estén definidos y debidamente resguardados los derechos de propiedad de las personas, objetivo que se logra fundamentalmente a través del derecho.

Sobre este punto, uno de los desarrollos fundamentales ha sido el teorema de Coase, formulación teórica que establece que ante externalidades negativas, la regla legal más eficiente es aquella que genere un marco que permita la negociación directa entre la partes, en la medida que exista una buena definición de derechos de propiedad, un marco de instituciones que funciones y bajos costos de transacción.

El AED es un ámbito fértil también en materia de contratos. En esta materia, el AED ha contribuido en la definición de reglas jurídicas que promuevan el intercambio, que estimulen el cumplimiento o incumplimiento eficientes, y que establezca sanciones adecuadas al incumplimiento para orientar la conducta de los individuos hacia resultados eficientes.

En fin, son muchas las aplicaciones del AED y son muchos más los ámbitos sujetos de estudio. El eje central de esta corriente de pensamiento es buscar la eficiencia a través de las reglas jurídicas, asumiendo que las personas maximizan dentro de un marco institucional dado y existente.

b). Nueva Economía Institucional (NEI). La NEI es una corriente de pensamiento multidisciplinario que combina la economía con el derecho, la sociología, la ciencia política y la teoría organizacional, siendo su eje central la economía. Esta corriente tiene por objeto entender la importancia de las instituciones para el desarrollo económico, jurídico y social.

La teoría económica neoclásica o tradicional entiende que los individuos toman decisiones dentro de un contexto definido por las instituciones. De esta forma, podría decirse que los economistas neoclásicos asumen las instituciones como algo dado y ajeno a su análisis.

Sin embargo, la evidencia demuestra que las instituciones son muy importantes en el funcionamiento social, pues dan un marco de incentivos para el comportamiento de las personas. Así, podría decirse que los comportamientos de los individuos pueden diferir si el marco institucional que enfrentan es diferente. En consideración de lo anterior, los neoinstitucionalistas han decidido poner el foco en las instituciones. Respetando el individualismo metodológico y la racionalidad individual, han decidido centrar su trabajo en el estudio de las instituciones, tanto en su nacimiento como en su evolución y cambio.

Las preguntas de investigación que se hace esta corriente de pensamiento van en la siguiente línea: ¿cómo surgen las instituciones?, ¿cómo evolucionan?, ¿cómo cambian y se adaptan en el tiempo?, ¿es indiferente aplicar una receta o modelo económico en un contexto institucional versus aplicarlo en otro contexto diferente?

Nuestra experiencia en América Latina nos permite entender esta corriente de pensamiento al observar la institucionalidad jurídica y política de los distintos países. Concretamente, si aplicamos un modelo económico en un país e intentamos aplicarlo de igual forma en otro, es probable que identifiquemos barreras o diferencias institucionales importantes que conducen a resultados diferentes. Cuando tradicionalmente se habla de Estado de Derecho, los economistas entenderían que dicho concepto se enmarca dentro de la literatura de la NEI, en la cual la calidad de las instituciones y su capacidad de responder a las necesidades del entorno son fundamentales para el buen desarrollo de las personas.

Se indicaba anteriormente que esta escuela es consistente con el individualismo metodológico y la racionalidad individual. En efecto, junto con estudiar las características de un diseño institucional en particular, esta escuela analiza el comportamiento de los individuos dentro de ese determinado contexto institucional, analizando las consecuencias que tiene para el bienestar social ese diseño. Uno de sus objetos de estudio e investigación está dado, entonces, por analizar cómo sería el comportamiento de los individuos si existiera un diseño institucional alternativo. De esta forma, se logra entender cuáles podrían ser los cambios institucionales o legales a incluir ante un determinado problema. A diferencia de la economía neoclásica y del AED, que privilegian el razonamiento deductivo por sobre la observación de la realidad, la NEI pone énfasis en la observación empírica, puesto que las realidades institucionales y contextos –señalan sus partidarios– dan información más relevante que el razonamiento deductivo y la construcción de conclusiones a partir de simples premisas.

El NEI distingue entre el ambiente institucional y el los arreglos institucionales específicos. El ambiente institucional está definido por el conjunto de reglas formales e informales que definen el marco de comportamiento de los individuos, identificando los principales elementos de interacción entre las personas. El ambiente institucional es lo que podríamos denominar las grandes definiciones constitucionales. Estas grandes definiciones surgen de las creencias, preferencias e historia de las personas y las sociedades que representan.

Este ambiente institucional da el marco para el surgimiento de los arreglos institucionales específicos. Estos arreglos específicos son las formas institucionales concretas que los individuos utilizan para desarrollar sus actividades e interactuar. Al igual que en el ambiente institucional, el derecho y la regulación legal son

fundamentales para los arreglos institucionales específicos. Ejemplos de arreglos específicos son las formas jurídicas de las empresas, la estructura jurídica del sector público, los marcos regulatorios de los contratos, entre otros ejemplos.

Tal vez uno de los ámbitos más destacados de la NEI consiste en reconocer la importancia que la ley, el derecho y las instituciones en general tienen para reducir la incertidumbre. Esta corriente entiende que los intercambios y la interacción entre las personas y las empresas son más dinámicos y fáciles si existe certeza acerca de la forma de proceder y la forma en que se cumplen los acuerdos.

Al terminar la descripción de la NEI como corriente de pensamiento, es necesario referirse a algunas de sus aplicaciones, concretamente, los costos de transacción y el análisis de las asimetrías de información.

El estudio de los costos de transacción es un desarrollo importante de la teoría económica. Se asume que en todo proceso de interacción entre personas y en todo proceso de producción de un bien existen costos de búsqueda, costos de arreglo o negociación y costos de ejecución. Una de las principales tareas que el derecho y la ley tienen es disminuir los costos de transacción, estableciendo normas e instituciones que faciliten el intercambio y el cumplimiento de los acuerdos, definiendo instituciones sólidas y que aporten certeza a las acciones de los individuos.

Otro de los ámbitos generales de estudio de la NEI es la regulación de las asimetrías de información. La teoría económica demuestra que las situaciones de asimetrías de información generan ineficiencias y muchas veces ventajas injustas para alguna de las partes. Nuevamente, el derecho tiene un rol relevante en generar las condiciones que estimulen la existencia de información y acceso a todas las personas, reduciendo con buenos diseños institucionales los problemas que generan la asimetría o disparidad de información en un mercado.

c). Economía Política Constitucional. Esta corriente de pensamiento será estudiada en mayor profundidad en la siguiente sección. Basta en esta sección identificar qué diferencia a esta corriente de las dos anteriores presentadas. A diferencia del Análisis Económico del Derecho, la EPC no asume las reglas como dadas, sino que estudia la creación o definición de las reglas. Como se ha dicho anteriormente, mientras en el AED se estudia la decisión de un individuo dentro de un marco ya dado, la EPC analiza cómo los individuos definen ese marco de acción. En relación a la Nueva Economía Institucional, baste recordar que ésta se centra en estudiar la importancia que las instituciones y el derecho tienen en el desarrollo económico y el comportamiento de los individuos, estudiando también cómo surgen y evolucionan las instituciones. Sin embargo, en este proceso de estudio la NEI no analiza el proceso de construcción de una constitución o regla de ambiente institucional.

3. La economía política constitucional

3.1. Orígenes y ámbito de acción

Si bien el programa de investigación surge en la década de los años sesenta, el término Economía Constitucional surge de una conferencia organizada el año 1982 por la Fundación Heritage en Estados Unidos. A partir de esa fecha toma forma propia un programa de investigación que surge de la economía y que estudia también los fenómenos políticos y jurídicos.

Al denominarse Economía Política Constitucional, esta corriente de pensamiento plantea dos diferencias relevantes respecto de las visiones tradicionales: la primera respecto de la economía tradicional y la segunda respecto de la ciencia política tradicional. En efecto, el concepto de Economía Constitucional da cuenta de un nivel superior o agregado de análisis económico, en contraposición a la economía estándar o normal, que analiza las decisiones cotidianas en materia económica. Por otra parte, el término Economía Constitucional difiere de la Política Constitucional sobre la forma en que las personas interactúan. Mientras la Economía Constitucional asume que las partes interactúan en un proceso de intercambio colaborativo, la Política Constitucional y sus corrientes tradicionales asumen el proceso de interacción política como un proceso de conflicto de intereses contrapuestos.

El eje central de la EPC es entender que existe un nivel de decisión de los individuos dentro de un marco de restricciones, y otro nivel de análisis acerca de la definición de las restricciones ("opción constitucional"). A este ámbito, a la definición de las restricciones que los individuos están dispuestos a aceptar y a obligarse, la literatura denomina como el ámbito constitucional u opción constitucional.

Buchanan y sus seguidores se preguntan por qué las personas están dispuestas a aceptar un acuerdo sobre reglas constitucionales que restrinjan sus capacidades y posibilidades de acción. La respuesta está dada por el hecho de que las personas entienden que en un marco de relaciones de largo plazo, ellas se beneficiarán de contar con un marco de interacción con otros individuos, aun cuando ese marco establezca restricciones que se pueden entender perjudiciales para un individuo concreto. La clave está en entender que las personas aceptarán las reglas del juego aun cuando en algunos casos se produzcan resultados que no las benefician, en la medida que en un período de interacciones repetidas entre individuos exista la certeza que se obtendrán mayores beneficios que costos de la aceptación de dichas reglas. Ese es el efecto que produce el Estado de Derecho.

A partir de esta disponibilidad voluntaria de aceptar restricciones por parte de los individuos, Buchanan recrea un modelo contractualista para entender la constitución, aceptando que ésta surge como una forma de organización colectiva en la cual todos los individuos están dispuestos a suscribir un contrato general que los obliga y que a pesar de los costos que les genera, su existencia les reporta una utilidad mayor que su inexistencia.

Quizás uno de los ámbitos interesantes para entender la decisión de los individuos de aceptar ser parte de un marco constitucional que lo obligue, está dado por la teoría de las restricciones autoimpuestas. Este cuerpo de pensamiento sostiene que no sólo la sociedad define una constitución a la cual todos adhieren, sino que cada individuo define un marco constitucional interno y propio, que le determina qué cosas hacer y qué cosas no hacer. De esta forma, se autoimpone restricciones que está dispuesto a aceptar porque sabe que al hacerlo obtendrá un beneficio mayor en la vida en general.

El ejemplo más recurrente de las autorrestricciones está dado por el comportamiento de Ulyses, cuya representación es hoy el símbolo de la principal revista especializada en materia de EPC. La historia de Ulyses señala que navegando en su barco se encuentra con las sirenas en el mar. Ulyses sabe que si se acerca demasiado a escuchar el canto de las sirenas, obtendrá un beneficio y placer enorme, pero que puede tener costos muy importantes posteriores. Así, Ulyses sabe que si es vencido por la tentación y se acerca demasiado a las sirenas su barco puede dañarse con las rocas y por lo tanto hacer imposible la llegada a destino de su barco. Ante este dilema, Ulyses decide aplicar una restricción sobre sí mismo, sabiendo que el costo de hacerlo puede ser menor que el beneficio a recibir. Instruye a su personal que lo amarre al mástil del barco y que lo mantengan amarrado sin seguir otra instrucción por varias horas. De esta forma Ulyses demostró la utilidad que puede tener para un individuo el aceptar una restricción que aparentemente es costosa o perjudicial en un momento del tiempo, pero que en el contexto global resulta beneficiosa.

Con elementos como las autorrestricciones, que en una primera mirada no benefician a un individuo, surge para la ECP la discusión acerca del concepto de eficiencia. Como fue señalado al referirse al AED, uno de los paradigmas centrales del análisis económico –cualquiera sea su nivel– es la búsqueda de eficiencia. Pero ¿qué es eficiencia? Hemos dicho anteriormente que la eficiencia se logra cuando a través de transacciones e intercambio se alcanza la asignación de recursos que logra mayor valoración. Este ha sido el enfoque tradicional. La EPC difiere de los modelos tradicionales en lo que a concepto de eficiencia se refiere. Si analizamos la decisión de un grupo, tradicionalmente se ha señalado que las personas están dispuestas a cooperar y aceptar un acuerdo que sea eficiente. Sin embargo, los teóricos de la EPC señalan una mirada diferente:

entienden que el consenso no surge de la eficiencia, sino por el contrario señalan que el consenso, cualquiera que este sea, es eficiente en sí mismo. Así, señalan un nuevo concepto de eficiencia, estableciendo por tal aquel acuerdo al cual los integrantes de una sociedad estuvieron dispuestos a someterse y acatar.

Tal vez podría alegarse que la EPC es promotora del consenso como mecanismo para alcanzar una regla constitucional o marco superior de decisión colectiva. De la lectura de Buchanan y otros, se entiende la primacía que estos autores asignan a la unanimidad como criterio de decisión por sobre la regla de mayoría.

3.2. Concepto de Constitución

La literatura en la materia no da un concepto preciso de Constitución. Sin embargo, es necesario explicar que Constitución para efectos de este análisis no está restringido al concepto de Constitución política o marco general que regula la organización del Estado.

Para efectos de este análisis, pueden identificarse dos ideas de Constitución. La primera de ellas es la Constitución de un grupo de individuos. Para estos efectos, entendemos constitución cualquier conjunto de reglas básicas de interacción que los individuos están dispuestos a aceptar como marco de restricciones para sus interacciones. Así, dentro de este concepto de Constitución, cabe tanto la Constitución Política de un Estado como las reglas de un juego definidas y aceptadas por un grupo de niños antes de iniciar su actividad.

Un segundo concepto de constitución para efectos de la EPC es la idea de Constitución interna. Como ha sido señalado anteriormente, todos los individuos –además de adherir a la o las constituciones generales– adhieren a una constitución propia o interna, en la cual definen un conjunto de reglas de comportamiento y de restricciones que gobiernan su actuar y guían sus decisiones, definiendo qué acciones se encuentran dentro de su campo de acción y cuáles quedan fuera de él.

3.3. Metodología y supuestos para el análisis

En términos de supuestos de análisis, la EPC mantiene los principales supuestos de la teoría económica neoclásica, es decir, el individualismo metodológico y la racionalidad individual.

A partir de estos supuestos, se aleja del análisis tradicional definiendo –como se ha dicho antes– otro ámbito u objeto de estudio y definiendo de nueva forma conceptos como eficiencia y restricciones individuales.

La metodología de la EPC es sin duda el análisis comparativo. Así, esta disciplina compara qué efectos o consecuencias podría tener la aplicación de esquemas alternativos de reglas constitucionales para un caso concreto. Estudia por qué los individuos adhieren a un conjunto dado de reglas y no otras, y estudia también las consecuencias que podría tener la aplicación de un conjunto diferente de reglas para un problema.

Desde el punto de vista metodológico, la EPC coincide con la Ciencia Política Comparada en cuanto analiza comparativamente las distintas reglas constitucionales. La diferencia está dada, sin embargo, por el hecho que la EPC utiliza el instrumental y supuestos económicos para elaborar dicho análisis.

Tal vez un ejemplo concreto de aplicación empírica de este enfoque se encuentra en el trabajo de Persson y Tabellini, quienes analizaron los efectos económicos de las constituciones. Para ello, los autores seleccionaron una base de datos de decenas de países y examinaron su desempeño económico en el tiempo, comparando las principales reglas constitucionales de los países, a fin de determinar si existía una relación entre desarrollo y ciertas reglas constitucionales.

En concreto, los autores compararon sistemas presidenciales con sistemas parlamentarios, reglas electorales proporcionales con reglas electorales mayoritarias, entre otras materias. Las conclusiones de este estudio han sido muy discutidas y han generado un amplio debate, toda vez que han ofrecido respuestas desde la economía para problemas que el derecho y la ciencia política han analizado por años sin obtener resultados concluyentes.

Así como el ejemplo de Persson y Tabellini, son muchas las aplicaciones que la EPC puede desarrollar y que ha desarrollado. Antes de discutir posibles aplicaciones de esta disciplina a la realidad chilena, es necesario precisar la distinción entre análisis positivo y análisis normativo a nivel de EPC.

3.4. Economía Política Constitucional Positiva y Economía Política Constitucional Normativa

Al igual que en otros ámbitos de la ciencia económica, es posible –y necesario– distinguir entre el ámbito positivo y el ámbito normativo de la EPC. La EPC positiva analiza las consecuencias que pueden tener distintas reglas o instituciones y analiza también cómo reaccionan los individuos en el proceso de construcción o modificación de las reglas. Por su parte, la EPC normativa emite juicios de valor recomendando un conjunto de reglas por sobre otro, dando opinión sobre las alternativas disponibles.

a). EPC Positiva. Es tal vez en el ámbito del análisis positivo donde se encuentra la mayor contribución de la EPC, toda vez que el estudio de los posibles efectos de distintas opciones de reglas y el comportamiento de los individuos en dicho proceso habían estado fuera del análisis tradicional de la economía. Y esto es mucho decir, porque todas las decisiones y todas las acciones de las personas se desarrollan dentro de un marco o conjunto de reglas, por lo que estudiar su surgimiento y el accionar de las personas en ese proceso es de vital importancia y pertinencia.

El análisis positivo a nivel constitucional puede generar contribuciones muy importantes para entender cómo operan las decisiones de las personas y los resultados del actuar social. Como se ha señalado repetidamente en este trabajo, muchas veces el foco ha estado en analizar el comportamiento de los individuos dentro de un marco dado, intentando entender por qué los individuos se comportan de esa forma y no de otra forma diferente. El problema está muchas veces en el marco constitucional. Es en ese nivel donde se requiere identificar los problemas para –en un posterior análisis normativo– recomendar modificaciones a las reglas vigentes que afectan el comportamiento de las personas.

Se ha señalado que la corriente positiva tiene dos ámbitos de estudio: el análisis de los efectos y consecuencias de distintas reglas que gobiernan la conducta de un grupo de personas, y el estudio de las respuestas de las personas en los procesos de cambio y debate del marco constitucional. A continuación se comentan estos mismos ámbitos, pero desde el enfoque normativo.

b). EPC Normativa. El estudio normativo de la EPC requiere –para ser un verdadero aporte– de un estudio positivo previo, que sea capaz de describir la realidad precisamente aportando elementos para un juicio de valor. Estos juicios de valor caracterizan el análisis normativo a nivel constitucional, traduciéndose en primer término en recomendaciones sobre conjuntos de reglas específicas a implementar por sobre otras reglas que se sugiere descartar. Así, por ejemplo, encontramos autores que sugieren en nuestro país la instalación de un régimen parlamentario en desmedro de nuestro actual modelo presidencialista. De igual forma, califica como análisis normativo la recomendación de un sistema electoral específico por sobre otro, como podría ser la inclusión de un sistema proporcional o mecanismos proporcionales para complementar el modelo mayoritario que caracteriza el sistema binominal chileno para elegir parlamentarios.

Para los abogados, que tradicionalmente ejercen su actividad a través de la defensa de una parte en un pleito, es difícil no tomar parte en un asunto y no fijar posición normativa sobre el mismo. La dificultad suele estar –en cambio– en ser capaces de efectuar un análisis positivo, sin carga valórica y que permita una descripción fiel de la realidad.

Para terminar esta sección sobre la EPC, es de interés preguntarse cómo puede aplicarse esta corriente de pensamiento a situaciones concretas. A continuación presentamos un esquema de posibles aplicaciones de la EPC a materias que están actualmente en debate y análisis en Chile.

4. Posibles aplicaciones de la EPC a la realidad chilena

Nuestro país se ha caracterizado por contar con diseños constitucionales estables que han destacado dentro del contexto latinoamericano. A pesar de esta reconocida estabilidad, la institucionalidad chilena se encuentra en permanente revisión y cambio. Así, por ejemplo, es conocido que la Constitución de 1980 ha sufrido en su corta existencia diversas modificaciones e intentos de modificaciones que no han prosperado. En este permanente debate se ha discutido en diversas oportunidades las características que un determinado arreglo constitucional presenta respecto de otro modelo aplicable al caso. Desde ese punto de vista, podría decirse que ya existen aplicaciones intuitivas de la EPC a la realidad chilena.

Sin embargo, no existen análisis sistemáticos que expliquen por qué ciertos acuerdos sí se han producido mientras que otros no han tenido lugar para incorporarse al marco constitucional.

Son muchas las materias de la realidad chilena que podrían analizarse en profundidad desde la perspectiva de la Economía Política Constitucional. Hago presente que se trata de materias que se encuentran dentro del ámbito de estudio de la disciplina y son objeto de su estudio, sin ello implicar una sugerencia de introducir modificaciones en estos ámbitos. A continuación se mencionan algunas de ellas:

- sistema electoral parlamentario;

- sistema de gobierno, contrastando el fuerte presidencialismo existente con arreglos alternativos que puedan dar más poder al Parlamento;

- forma de Estado, contrastando el sistema unitario con alternativas federalistas;

- estructura y organización del Banco Central, entre otras materias.

5. Conclusiones

El presente trabajo pretende ser una introducción al estudio de la Economía Política Constitucional. La EPC es una de las manifestaciones del análisis de fenómenos jurídicos e institucionales desde la perspectiva económica, junto al Análisis Económico del Derecho y la Nueva Economía Institucional, entre otras corrientes. La EPC tiene por objeto entender las características y propiedades de distintas reglas o marcos constitucionales, analizando el comportamiento de los individuos al momento de construir un marco constitucional que los regule.

La EPC surge principalmente del pensamiento del economista James M. Buchanan, quien identifica el ámbito constitucional en el estudio económico. Tradicionalmente la economía ha estudiado el comportamiento de los individuos dentro de un marco institucional dado. Buchanan identificó la existencia de distintos niveles de decisión, a saber, un primer nivel de decisión en el cual los individuos intentan maximizar su bienestar dentro de un conjunto de reglas existentes; y un segundo nivel en el cual los individuos interactúan para definir las reglas mismas de interacción.

Entre los ámbitos de estudio de la EPC se encuentran la definición de forma de gobierno, estructura del Estado, sistema electoral, entre otras materias.

La EPC se aleja en parte de la corriente económica tradicional al expresar un concepto diferente de eficiencia, señalando que esta última está dada por un alto nivel de acuerdo y consenso de los individuos respecto de las reglas que los obligan. Así, asigna a la unanimidad o consenso un valor esencial en el ordenamiento jurídico y social, privilegiando esta unanimidad por sobre otros valores. Podría decirse que la EPC prefiere la unanimidad por sobre la regla de mayoría como mecanismo de definición de reglas constitucionales o grupales.

Este cuerpo teórico puede ser de gran utilidad para el estudio de los fenómenos que están teniendo lugar en Chile, donde se discuten las reglas electorales, el sistema presidencial, los quórum para modificar las instituciones, etc.

6. Bibliografía

- Cooter, Robert D. (2002). *The Strategic Constitution*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Buchanan, James M. (1990). "The domain of Constitutional Economics". *Constitutional Political Economy*, Vol. 1: 1-18.
- Buchanan, James M. (1986). "The relevance of Constitutional Strategy". *Cato Journal*, Vol. 6, Número 2.
- Buchanan, James M., y Gordon Tullock (1962). "The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy". Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Persson, T. y G. Tabellini (2003). *The Economic Effects of Constitutions*. Cambridge, MA: MIT Press.
- An den Hauwe, Ludwig (2000). En Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, "The History and Methodology of Law and Economics".
- Voigt, Stefan (1999). *Explaining Constitutional Change. A Positive Economics Approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Inc.

El matrimonio entre personas del mismo sexo

Rubén Celis Rodriguez
Profesor Titular de la Universidad de Chile
Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A mediados del siglo XIX, asegura Jean Nicolás que empezaron a usarse los términos "homosexual" y "homosexualidad" para referirse a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, y luego se precisaron estas expresiones en las palabras gay y lesbiana, según dichas prácticas tuviesen como actores a los hombres o a las mujeres.[1]

La palabra lesbiana evoca a la isla griega de Lesbos, donde en el siglo VII la poetisa Safo no ocultó su amor por las mujeres y su abierta inclinación a mantener relaciones íntimas sólo con ellas.

Respecto al término gay, es una palabra de origen anglosajón que puede ser traducida textualmente como "alegre". Su uso se remonta a mediados del siglo XX y, al parecer, originalmente se sabría de una especie de código, utilizado por hombres y mujeres homosexuales, con el objeto de comunicar su preferencia sexual y referirse a ella de manera recatada, sin despertar sospechas en una comunidad que por aquel entonces tenía una opinión muy negativa del fenómeno homosexual.

En la actualidad el término gay es usado indistintamente para referirse a hombres y mujeres homosexuales que han tomado conciencia y asumido su condición sexual en la sociedad.

En la mayoría de la literatura especializada se usa generalmente para referirse al hombre homosexual y distinguirlo de la mujer homosexual, a quien se le llama "lesbiana".[2]

[1] Nicolás Jean. *La cuestión homosexual*. Edit. Fontanava. México, 1989, pág. 43. Citado por Raquel Allende T. y Jeannette López M. en su Memoria de Prueba titulada "La filiación en Chile. Visión médica y jurídica de las técnicas de reproducción asistida en relación a la homosexualidad". Universidad Central. Facultad de Derecho, año 2006. Profesor Guía Rubén Celis Rodríguez.

[2] Memoria de Prueba citada. Págs. 146-7.

La unión de hecho homosexual, que también, como veremos, se califica en uniones civiles, presenta varias características: la homosexualidad de la relación, la imposibilidad de engendrar hijos comunes y la incapacidad de asumir los roles paterno y materno en el cuidado, formación y educación de los hijos que puedan tener.

"Esto ha llevado a que numerosos sectores se opongan a la posibilidad de otorgarles el derecho a los homosexuales de adoptar o criar a un niño, incluso pese a que estos mismos sectores puedan no ver con malos ojos el derecho de los homosexuales a casarse o a formar una unión de hecho con amplitud de beneficios jurídicos. El motivo se encuentra fundamentalmente en la protección del interés superior del menor, para evitar un daño moral o síquico condicionando al menor hacia la homosexualidad, pudiendo ser condenado a sufrir el estigma social de vivir en una situación que para la mayoría no es natural, más allá de si la homosexualidad en sí cuenta o no con la aceptación de la sociedad".[3]

Más grave sería, en mi opinión, que se aceptara que una lesbiana pudiera engendrar un hijo mediante cualquier sistema de reproducción médica asistida.

Entre la unión de hecho homosexual y el concubinato hay algunas particularidades que les son comunes.

En ambas uniones debe existir la cohabitación, en opinión de las profesoras María Dora Martinic y Graciela Weinstein. Esta unión, para mis dos queridas amigas que se han distinguido en el campo del Derecho Civil, debe ser libremente consentida y presentar cierta permanencia y estabilidad.

Recuerdan en un trabajo inédito que titularon "Concubinato y Uniones de Hecho", y que hace años me regalaron, el dicho de don Fernando Fueyo Laneri, que exigía la concurrencia de tres elementos que debían configurar una "comunidad de lecho, mesa y techo ostensible y duradera".

Quedan excluidas de los conceptos en examen "aquellas relaciones accidentales o esporádicas en las que no se llega a constituir una pareja ni dan lugar a formar alguna convivencia. Estas por lo regular no producen efecto jurídico alguno".

"Tampoco dan lugar a una unión conyugal de hecho aquellas uniones sexuales impuestas o no consentidas, las que generalmente constituyen una figura de carácter penal".[4]

[3] Obra citada, pág. 150.
[4] M. D. Martinic, G. Weinstein. Obra inédita citada. Págs. 2 y 3.

A estos requisitos pensamos que deben agregarse otros: la notoriedad. El concubinato es un matrimonio aparente, y, por ende, no puede tratarse de una unión secreta o clandestina.

Además, tiene que ser monogámica o, lo que es igual, la unión debe ser entre un hombre con una sola mujer y viceversa.

Entre nosotros el concubinato no tiene, prácticamente, ninguna regulación jurídica. La ley no prohíbe la relación entre parejas heterosexuales, sea porque ambas partes o sólo una de ellas está afectada por un impedimento que le impide contraer matrimonio. Puede la pareja en cualquier momento separarse.

Si han pactado una sociedad, pueden liquidarla y si han adquirido bienes con el aporte de dineros o que son el producto de su trabajo, pondrán término a la comunidad de acuerdo con las reglas generales.

En nuestra legislación sólo dos artículos se refieren expresa y directamente al concubinato.

La Ley N° 14.908, de 30 de mayo de 2000, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, dispone en su artículo 18 que "serán solidariamente responsables del pago de la pensión alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante".

La otra disposición es el artículo 210 del Código Civil, que contiene una base de presunción de paternidad, cuando dice que "el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad".

Mirado desde el punto de vista de los hijos concebidos o nacidos durante el concubinato, puede servir de presunción para que sean declarados no matrimoniales.

Si los efectos jurídicos del concubinato son mínimos, las uniones de hecho de los homosexuales en Chile no producen ninguno.

De ahí nuestro interés para citar el Proyecto de Ley que con fecha 10 de julio de 2003 ingresó al Congreso, con el patrocinio de 10 diputados y cuyo título es "Proyecto de ley de fomento de la no discriminacion y de contrato de unión civil entre personas del mismo sexo".

Los diputados patrocinantes de este Proyecto son los señores Enrique Accorsi, Patricio Hales, Fulvio Rossi, Gabriel Ascencio, Antonio Leal, Víctor Barrueto y

Osvaldo Palma y las señoras María Antonieta Saa, Ximena Vidal y Carolina Tohá.

En la fundamentación del Proyecto, los diputados afirman que "al igual que en diversos países del mundo, las minorías sexuales son en Chile uno de los grupos más discriminados y estigmatizados en diversos niveles, que pasan de lo cultural a lo económico, político y jurídico".

En apoyo de lo afirmado se recuerda que en una encuesta efectuada entre septiembre y diciembre de 2000 por la fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social (IDEAS) a la población adulta de la Región Metropolitana los resultados fueron los siguientes: el 57,3% estimó que "los médicos deberían investigar más las causas de la homosexualidad para evitar que sigan naciendo gays", en tanto que un 31,6% fue de opinión que la "homosexualidad debe ser prohibida, pues va contra la naturaleza humana".

Entre nosotros se ha creado el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) para buscar fórmulas que permitan moderar el trato que reciben los homosexuales y lesbianas, que se traduce en desamparo o desapego de la familia, despidos arbitrarios en sus lugares de trabajo, en detenciones, golpizas y allanamientos policiales en sus lugares de reunión.

Los diputados que patrocinan el Proyecto de Ley en análisis aseguran que "el MOVILH ha recibido desde 1991 diversas denuncias de uno de los miembros de la pareja homosexual tras el fallecimiento de su compañero/a. El caso más típico se refiere a la apropiación, por parte de la familia del fallecido, de todos los bienes que la pareja homosexual adquirió durante sus años de convivencia.

Dicha realidad, comentan, alcanza su punto más dramático en aquellos casos en que la familia del fallecido lo margina de su seno sólo por su orientación homosexual, y no asisten ni al velorio ni a los funerales del afectado. Un primer avance en materia científica se logró en el año 1973, cuando la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos quitó a la homosexualidad de su lista de desórdenes mentales, declarando que esa orientación sexual "no implica el deterioro del juicio, estabilidad, fiabilidad o, en general, las capacidades sociales o profesionales".

Más tarde, en el año 1992, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó a la homosexualidad de su Clasificación Internacional de Enfermedades". Y ya en el año anterior la Academia de Pediatría de Estados Unidos aclaró que los niños con padres homosexuales "gozan de las mismas ventajas y las mismas expectativas de salud, ajuste emocional y crecimiento que los niños cuyos padres son heterosexuales", criterio que fue compartido por la Academia de Psiquiatría del Niño y del Adolescente y la Asociación Americana de Psicología.

Paralelamente a estos avances se ha ido generando una disminución de la homofobia. Así, una investigación que se desarrolló en noviembre de 2002 por el Instituto de Estudios Públicos y la Universidad Andrés Bello dio como resultados que un 57,1% de los encuestados es contrario a que los homosexuales hagan pública su orientación, pero entre los 18 y 29 años un 52,2% y entre los 30 y los 44 años, un 42,5% opinaron lo contrario. A contar de los 45 años, en cambio, el 75,2% se inclinó por mantener la reserva de la homosexualidad. También en el año 2002 la Fundación Ideas y la Universidad de Chile dieron a conocer un estudio que revela que el 35% de los chilenos está de acuerdo con el matrimonio homosexual. Y entre los rangos de edad que van entre los 18 y 29 años el resultado fue sorprendente, porque el guarismo superó el 35% elevándose al 50,9%.

Los diputados que patrocinan el Proyecto de Ley que más adelante transcribiremos, citan un impresionable número de tratados, pactos y acuerdos que no sólo reiteran la discriminación en términos generales, sino que concretamente se refieren al respeto a la orientación sexual, al rechazo a la xenofobia y a la elaboración de un nuevo concepto de lo que debe entenderse por familia.

Me referiré a algunos de estos documentos.

La Declaración Universal de los Derecho Humanos precisa que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas con esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (artículo 2). Y "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación de tal discriminación" (artículo 7).

Este documento y varios otros se refieren "a todas las personas" y "sin distinción alguna", por lo que cabe concluir que entre aquéllas están las que tienen una orientación homosexual.

Pero otros documentos se refieren específicamente a las personas que nos preocupan.

La Unión Europea, por ejemplo, en su tratado del año 1999 deja en claro en el artículo 13 que todo el documento se funda en el "principio de la no discriminación" y al efecto precisa que "tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual".

El Pacto Andino en su carta para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela reafirmaron "su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial" (artículo 10).

Actualmente en los Congresos de Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay se discuten proyectos de ley que garantizan a nivel constitucional la no discriminación por orientación sexual.

En Chile existe el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) que ha realizado una intensa y exitosa actividad en diversas áreas (derechos humanos, salud, educación). En 1999 fue despenalizada la sodomía entre adultos mediante una modificación al artículo 365 del Código Penal. Al respecto el MOVILH fue el único organismo de la sociedad civil que trabajó continua y sistemáticamente por esta modificación, efectuando acciones nacionales e internacionales.

De igual manera participó en la elaboración y redacción del Proyecto de Ley que vamos a transcribir, y que, como sabemos, se pronuncia por la no discriminación en la orientación sexual y regula el contrato de unión civil entre personas del mismo sexo.

En la actualidad se encuentra trabajando en una iniciativa que regula el Pacto de Unión Civil, que también beneficia a las parejas heterosexuales.

Desde el año 1997 el MOVILH trabaja por la aprobación de una ley que sancione y prohíba la discriminación, que actualmente se discute en el Senado.

También participó en la elaboración de un proyecto de ley para incorporar al Código Penal, como delito, la homofobia. El texto ya fue aprobado por la Cámara de Diputados. En esta materia, el MOVILH, tras un fuerte y continuo proceso de sensibilización ante nuestra Cancillería, logró que el Gobierno votara, en el año 2004, en la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, a favor de una resolución que condena la homofobia.

En el mismo año también consiguió que el gobierno chileno aprobara una resolución contra la discriminación por orientación sexual que debía votarse en la Comisión Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aunque ese trámite, en definitiva, se postergó.

Finalmente, recordamos que el relator especial de Educación ante las Naciones Unidas consideró la discriminación que padecen las minorías sexuales en un informe que presentó en la 62ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, celebrada el 2006, teniendo entre sus principales fuentes de denuncias al MOVILH.

Retomo la afirmación hecha en orden a que una de las causas que ha influido en el reconocimiento de que las minorías sexuales no pueden ser discriminadas responde a una nueva concepción de la familia que apunta directamente a beneficiar las igualdades sociales.

Aun cuando el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, redactada en el año 1948, sostiene que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", ese principio se ha ampliado como lo demuestra la concepción que de ella tiene la Organización de las Naciones Unidas, que la define como "cualquier combinación de dos o más personas que están unidas por lazos de mutuo consentimiento, nacimiento y/o adopción o colocación y quienes, juntos, asumen responsabilidad para, entre otras cosas, el cuidado y mantenimiento de los miembros del grupo, la adición de nuevos miembros a través de la procreación o adopción, la socialización de los niños y el control social de los miembros".

La ONU explica que esa es "una definición amplia y no excluyente, y se incluye en ella a cualquier forma de familia cuyas funciones y valores se ajusten a la definición anterior".

Más aún, la ONU precisó en la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo, celebrada en 1994, que la "división tradicional, basada en el género, de funciones procreativas y reproductivas dentro de la familia, con frecuencia no refleja las realidades y aspiraciones actuales".

De otra parte, el Parlamento Europeo, en febrero de 2003, se pronunció a favor de aplicar el término "familia" en sentido general, incluidas las parejas homosexuales, para todas las cuestiones relacionadas con derechos de residencia en el territorio de sus Estados miembros.

De manera, pues, que la familia fue considerada por el Parlamento Europeo como "independiente del sexo" o como "una relación duradera, sin (la necesidad de) que exista matrimonio".[5]

[5] Todas las citas de este trabajo, salvo expresa mención de un texto o de su autor, deben entenderse tomadas de la Fundamentación del "Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo".

A continuación transcribimos el Proyecto de Ley sobre la materia en estudio y que los diputados patrocinantes reconocen que su texto "fue elaborado por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), y que preside el señor Rolando Jiménez.

En mérito a lo antes expuesto, se propone al H. Congreso Nacional el siguiente:

ARTICULO 1° apruébese el siguiente Proyecto de Ley:

Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y de Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo

TÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°

La presente ley protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución.

Cada vez que en lo sucesivo la presente ley se refiera a "pareja", "contrato de unión civil" o sus miembros, deberá entenderse lo contemplado en el inciso anterior.

Salvo los casos expresamente exceptuados, la presente ley no habilita a la pareja ni a sus miembros individualmente considerados a acceder a derechos y beneficios que las leyes civiles contemplan para las personas unidas por vínculo matrimonial, ni faculta para asimilar este régimen con el de matrimonio.

Artículo 2°

La orientación sexual de una persona no podrá ser considerada en ningún caso como elemento en contra para el discernimiento de guardas, regulación del régimen de visitas, ejercicio del derecho preferente de educación de los hijos, y en general cualquier derecho donde la orientación sexual pueda invocarse como elemento restrictivo para el ejercicio de tales derechos.

Artículo 3°

No podrán contraer el vínculo señalado en el artículo primero:

1.° Los menores de edad;
2.° Los que se hallaren ligados entre sí por vínculo de parentesco en la línea recta en todos sus grados, y en la colateral hasta el tercer grado. Se incluirá en esta disposición al adoptado; y
3.° Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, o por otro contrato de unión civil que no haya sido disuelto.

TÍTULO SEGUNDO
DE LA CELEBRACIÓN DEL ACTO DE UNIÓN

Artículo 4°

La voluntad de las partes se expresará por escrito o verbalmente ante el notario competente del domicilio o residencia de cualquiera de ellos y donde se explicitará:

1.° El nombre y apellido paterno y materno, lugar de nacimiento, y domicilio o residencia de las partes;
2.° El nombre y apellido del cónyuge o de la parte anterior cuando alguno de los miembros de la pareja hubiera estado unido por matrimonio o por otro contrato de unión civil;
3.° El nombre y apellido paterno y materno, lugar de nacimiento, y domicilio de los testigos;
4.° Declaración jurada de que ninguna de las partes se encuentra afecta a prohibición alguna; y
5°. Si las partes lo desean, de conformidad al artículo 9°, especificar el régimen patrimonial al cual se acogen.

En el momento de celebrarse el contrato, las partes rendirán información de dos testigos por lo menos, parientes o extraños, quienes depondrán respecto de no hallarse los contrayentes afectos a prohibición alguna.

Artículo 5°

No podrán ser testigos:

1°. Los menores de dieciocho años;
2°. Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia;
3°. Los que actualmente se encontraren privados de la razón;
4°. Los extranjeros no domiciliados en Chile, ni las personas que no entiendan el idioma español.

Podrán ser testigos las personas con discapacidad auditiva o fonética, visual, siempre y cuando manifiesten su voluntad en forma expresa e inequívoca.

Artículo 6°

De lo actuado se otorgará escritura pública que se insertará en un registro especial que llevará el notario. Se proporcionarán copias de la escritura a las partes y al Registro Civil en el plazo de noventa días desde el otorgamiento.

Artículo 7°

El contrato de unión civil celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio nacional. Por su parte, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero no producirá en Chile otros efectos que los establecidos en esta ley.

Si un chileno o chilena contrajere esta unión en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en el artículo 3°, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile.

La unión regida por la presente ley no conferirá derecho preferente para optar a la nacionalidad chilena.

TÍTULO TERCERO
DE LA POSESIÓN NOTORIA

Artículo 8°

Podrán acogerse a la presente ley las partes que convivieron en forma continua por un período no inferior a dos años y que se hubieran tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, siendo recibidos con ese carácter por los deudos, amigos y el vecindario de su domicilio en general.

En tal caso, podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba.

TÍTULO CUARTO
DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES

Artículo 9°

Durante la vigencia y disolución del contrato de unión civil sus miembros podrán optar acogerse al régimen de comunidad establecido en el Código Civil para la sociedad, al régimen que ellos pacten en la escritura pública de celebración del contrato o en otro posterior.

Salvo disposición en contrario, la que deberá constar por escritura pública u otro instrumento indubitable, se presumirán adquiridos en forma conjunta los bienes de valor apreciable, entendiéndose por tales todos aquellos que ameriten facción de inventario.

Artículo 10

Las partes del contrato de unión civil estarán obligadas a otorgarse mutuamente socorro y asistencia.

Si uno de los miembros de la pareja es abandonado sin causa justificada y se encontrare en situación de necesidad o enfermedad tendrá derecho a solicitar alimentos según lo señalado en el título XVIII del Libro I del Código Civil, en las normas que sean pertinentes.

Artículo 11

Será plenamente aplicable a la pareja la Ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia familiar.

Artículo 12

Se considerará circunstancia agravante en las conductas penales tipificadas en el Código Penal o leyes especiales que la autoridad competente deniegue, dificulte, o bien entorpezca de cualquier modo la aplicación de la presente ley, incurra en cualquier conducta discriminatoria o aduzca cualquier otro motivo en tal sentido.

Cuando la conducta sancionada constituya un delito especialmente penado por la ley, se aplicará el artículo 63 del Código Penal.

Artículo 13

En el supuesto que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, o se hallare ausente, y sin perjuicio de lo que señale el testamento del sujeto a guarda, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para el discernimiento de la misma, la cual tendrá el carácter de legítima.

Sólo procederá la guarda dativa en caso que el otro miembro de la pareja no pueda asumir el cargo, caso en el cual se preferirá a los parientes consanguíneos más cercanos. En tal caso, en el discernimiento el juez señalará expresamente que el pariente designado no incurre en la causal de indignidad del N° 3° del artículo 968.

TÍTULO QUINTO
DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE UNIÓN CIVIL

Artículo 14

El contrato de unión civil terminará:

1.° Por declaración expresa de las partes, la cual se subinscribirá al margen de la escritura pública. No podrá solicitarse la disolución del contrato dentro del plazo de un año contado desde su celebración.
2.° Por resolución judicial en el caso contemplado en el artículo 11, la cual deberá hacer expresa mención al respecto;
4.° Con la muerte natural de uno de los contrayentes;
5.° Con la declaración de muerte presunta de uno de los contrayentes;
6.° Con la separación de hecho superior a un año, la cual se acreditará por dos testigos o instrumentos públicos ante el notario ante el cual se otorgó la escritura; sin embargo, la obligación de pagar pensión de alimentos subsistirá por dicho periodo; y
7.° Por matrimonio subsiguiente.

La autoridad competente, en los casos procedentes, deberá remitir copia dentro del plazo de noventa días de la resolución pertinente, y que deberá subinscribirse al margen de la escritura principal.

Los bienes comunes, en los casos que sea procedentes, se liquidarán en la forma y modo establecidos en la escritura pública de celebración de unión civil o en aquel que se señala en el artículo 9°. En subsidio, se aplicarán las normas de la partición de bienes.

Artículo 15

Si uno de los miembros de la pareja fallece estando vigente el contrato de unión civil, el sobreviviente tendrá la condición de heredero, el cual concurrirá personalmente o representado, en iguales términos que los hijos, si los hubiere y, en caso contrario, preferirá su derecho a cualquier otro pariente.

El sobreviviente tendrá carácter de legitimario para todos los efectos legales.

TITULO SEXTO
DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE UNION CIVIL

Artículo 16

El miembro sobreviviente del contrato que regula la presente ley tendrá los

mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil.

El miembro sobreviviente será llamado a suceder con los mismos derechos y obligaciones que las personas enunciadas en el artículo 983 del Código Civil. El miembro sobreviviente, en consecuencia, debe ser considerado como asignatario forzoso según la regla tercera del articulo 1167 del Código Civil; debe ser considerado como legitimario según lo dispone el artículo 1182 del Código Civil.

La pareja podrá ser considerada como asignatario en la cuarta libre de mejoras y en la cuarta libre de disposición del causante según lo previsto en los artículos 1195 y 1184 inciso final del Código Civil.

Artículo 17

Para los efectos previstos en la Ley 16.744 y en el D.L. 3.500 la pareja del contrato de unión civil regulado en esta ley, tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge.

Artículo 18

Para los efectos previstos en la Ley 18.469 la pareja del contrato de unión civil regulado en esta ley podrá ser incorporado como beneficiario de los contratos a que se refiere el artículo 29 de dicho cuerpo legal.

Artículo 19

Cualquiera de los miembros del contrato que se regula en la presente ley se entenderá como personalmente afectado en los derechos del otro cuando estos sean agraviados, considerándose para tales efectos circunstancia suficiente de legitimación procesal activa la existencia del presente vínculo.

En el mismo orden de cosas, podrá ejercer la acción penal privada; la acción que persigue la responsabilidad civil por los hechos previstos y relacionados con el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

TÍTULO SÉPTIMO
DEL REGISTRO DE UNIONES CIVILES

Artículo 20

Los contratos celebrados de conformidad con la presente ley se inscribirán ante el Servicio de Registro Civil e Identificación en un Registro Especial, debiendo

dictarse un reglamento dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de la presente ley.

OTRAS NORMAS

ARTÍCULO 2°. Modifíquese el número 3° del artículo 968 del Código Civil, de manera que quede del siguiente modo: "El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia, destitución, discriminación, u otro que haya motivado abandono de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo".

ARTÍCULO 3°. Para los efectos de la Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, el sobreviviente se entenderá heredero de pleno derecho.

Tendrán derecho preferente para la delación de las herencias vacantes aquellas personas que acrediten se hayan encontrado en la situación del artículo 8° al momento del fallecimiento de la pareja.

ARTÍCULO 4°. Esta ley entrará en vigencia seis meses después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español
(un análisis desde el entorno hispanoamericano)

Eduardo Andrades Rivas
Profesor Titular de Historia del Derecho
y Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. La Constitución como objeto de protección

El sistema de Control de la Constitucionalidad de la ley tiene un significado globalizador, porque garantiza, engloba y protege la Constitución, de su éxito depende la fortuna de cualquier sistema constitucional.

Recordemos que el objeto sobre el que recae el Derecho Constitucional es complejo: histórico, temático, comparado, etc. Pero en este trabajo debemos analizar al menos el bloque constitucional que, como decía Rousseau, figura admirada por los constituyentes de 1978, transforma la fuerza en derecho y la obediencia en deber.[1] Si no podemos remontarnos más allá de la formación del Estado Moderno, es porque los constitucionalistas europeos de raigambre kantiana estiman que solo a partir de ahí quienes gobiernan no lo harán por la fuerza sino por el derecho. Esta es una cuestión de orden filosófico-jurídico que resulta controvertible, pero lamentablemente la doctrina constitucional española no ha logrado liberarse hasta hoy de su lastre ideológico positivista.[2] La Constitución es un proyecto político de futuro que el pueblo se da para organizarse.

[1] Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Editorial Temea, Bogotá, 1957, p. 46.
[2] Efectivamente, la afirmación que criticamos resulta excesiva desde el punto de vista histórico, si tenemos presente la estructura jurídica de los Estados tradicionales, de los cuales la monarquía hispá-

Para llevar a la práctica el principio de igualdad en los modernos Estados sociales y democráticos, es necesario establecer un sistema de defensa frente a los abusos del poder.

En este ensayo entenderemos que el control de la Constitución es garantía de un auténtico sistema de convivencia política ordenada. Por eso a lo largo del mismo se abordarán las siguientes ideas que configuran nuestra hipótesis de trabajo:[3]

1) Quienes gobiernan;
2) Por qué lo hacen;
3) Si de verdad cumplen la Constitución, y
4) Qué control hay para exigir su responsabilidad.

Para responder estas y otras interrogantes debemos partir por una anterior, que nos recuerda a la obra de Lasalle: ¿Qué es la Constitución? Enclave de garantía del Estado de Derecho, es un sistema de protección de las libertades de la ciudadanía en donde se opta por la defensa de la libertad frente al poder.

El lugar máximo donde encuentran su espacio natural las libertades públicas y de la ciudadanía es el marco constitucional, el principio que las gobierna es asegurar la libertad personal.

La Constitución se considera la norma suprema del ordenamiento jurídico en cualquier parte en donde se adopte. Afirmación que no resulta baladí, pues tanto los poderes públicos como los ciudadanos deben respetar los contenidos constitucionales.[4] Porque ella es producto del poder constituyente, que se ejercita al aprobar la Constitución (por eso la necesidad de referéndum para proceder a su adopción en la forma más amplia posible, como ocurrió en la carta española de 1978 en comento y la chilena de 1980). Al fin, el poder constituyente del pueblo se retira y no habrá poder soberano más que la

nica anterior a 1700 es un excelente ejemplo de Estado de Derecho. Cfr. ELLIOT, John, *La España Imperial*, Barcelona, Vicens Vives, 1997, 415 pp.

[3] Hemos seguido la obra clásica de Hans Kelsen para elaborar estas reflexiones, a la luz del constitucionalismo español, mismo que se basa en la obra del jurista vienés, no obstante criticaremos sus conclusiones, desde la perspectiva de nuestra tradición constitucional iberoamericana. En esta obra el maestro vienés "desarrolla el tema en varios puntos, entre ellos: el problema jurídico de la regularidad, dentro del cual considera a la justicia constitucional como un elemento del sistema de los medios técnicos cuyo objeto es asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, mismas que tienen un caracter jurídico; la noción de la Constitución; las garantías de la regularidad; las garantías de la constitucionalidad y la significación jurídica y política de la justicia constitucional". Cfr. KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, 345 pp.

[4] Ver CEA, José Luis, *El sistema constitucional de Chile, síntesis crítica*, Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, p. 67.

Constitución y todos los poderes públicos pasan a ser limitados, constituidos, estructurados y definidos bajo el imperio de la misma.

Cualquier acto del poder público más allá de este límite violaría el principio y debería ser objeto de control.[5]

Pero la Constitución es suprema antes que todo por reconocer y consagrar los derechos fundamentales y los principios político-jurídicos básicos que deben informar la acción de los órganos (especialmente los jurisdiccionales) públicos.

En un sentido complementario, las Constituciones deben ser breves, porque los órganos del poder público constituido deben tener suficiente espacio de acción para desarrollar sus funciones político-jurídicas prefijadas por el constituyente a través de la modulación que brinda la ley.

En la doctrina constitucional clásica el poder constituyente soberano se organiza mediante la doctrina del pacto social, tan discutible desde el punto de vista filosófico, como afortunada desde el punto de vista material, que deviene luego en un pacto jurídico, como señalará Burke en Inglaterra. Este es el origen del acuerdo en el que se funda el "texto soberano" (como por ejemplo la Carta de Filadelfia de 1787 que usa la conocida fórmula "Nosotros el pueblo soberano"...). Esta Constitución contiene los poderes públicos, los derechos, garantías, el sistema de las fuentes del derecho, ella fija, al decir de Kelsen, como norma de cierre el sistema de elaboración y normativización del derecho. De ahí la importancia de que, como diría Loewenstein, la Constitución logre transformarse en normativa, pues de lo contrario todo el sistema político que ella contiene amenazará con el colapso.[6]

Sin embargo, este concepto pleno de Constitución no ha imperado siempre a lo largo de la evolución del constitucionalismo clásico.

A fines del siglo XVIII las dos grandes revoluciones marcan la orientación de los Estados: la de Estados Unidos de 1776, y la francesa de 1789. Solo la primera de las dos será expresión del movimiento constitucionalista.

La Revolución Americana, que inspirará en importante medida el movimiento secesionista de la América hispánica de inicios del siglo XIX, produce un Estado que surge ex-novo, como sociedad política que comienza desde cero.

---

[5] Ver SOTO, Eduardo, *"La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833"*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, N° 15, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1991-1992, p. 333.

[6] Ver LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4ª, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1986, pp. 217 y ss.

En Europa en cambio, el fracaso de la Revolución Francesa, que se hunde junto con Napoleón, nos conduce al Congreso de Viena, que presencia el resurgimiento de las ideas del antiguo régimen, mediante la adopción de los principios de equilibrio y legitimidad, por lo que solo a partir de la Segunda Guerra Mundial será posible hablar de Constitucionalismo en su vertiente de sistema gobernado por una norma suprema en la manera que lo entendemos en América y en Chile, en particular desde 1833.

De aquí surgen, para Europa en general y España en particular, las siguientes consecuencias:

1) En la Europa de las monarquías absolutas, desde el siglo XVII en adelante (y para España desde el siglo XVIII)[7], se hablaba de "Constitución" pero con un significado muy distinto. La Constitución era en Europa, hasta la Revolución Industrial, una norma que solo fijaba las normas límites del gobierno.

2) Desde la mitad del siglo XVIII y hasta la Primera Guerra Mundial, la Constitución se transformó en una norma que recogía el derecho político; instrumento de gobierno con la consagración de unos pocos derechos, pero en verdad no es norma jurídica, es simplemente una norma programática, que requiere de ley para aplicarse, la cúpula queda en el texto, pero sin derecho que lo acompañe. Encontramos aquí una profunda diferencia con lo que sucede en América, al menos en Estados Unidos y Chile, en donde la Constitución es norma directamente aplicable y fundamento del Estado de Derecho. Evidentemente ello demuestra que el movimiento constitucionalista en Europa carece de la tradición y profundidad que registra para nuestro país y para los Estados Unidos.

3) Finalmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, por influencia de la experiencia constitucional americana, específicamente la estadounidense, se considera a la Constitución como norma fundamental. Con la excepción de la antigua Constitución consuetudinaria de las Islas Británicas, las primeras cartas que lo conciben así en el medio europeo son las Constituciones de las potencias que perdieron la guerra: Alemania, Italia y Austria. Es ahí cuando la Constitución pasa a ser la cúpula de un edificio completo: el derecho constitucional adquiere su verdadera importancia frente a las disciplinas privadas. Los ciudadanos ven su vida afectada por la Constitución, en cuanto obra del poder llamado soberano que invade las distintas esferas de la vida social.

Para conseguir que ella sea siempre norma suprema, es necesario que se le reconozca un carácter de superley, tanto material como formal. En Europa esto

[7] Con el advenimiento de Felipe V de Borbón en 1700.

ha sido discutido, pues hasta principios del siglo XX la supremacía de la ley era indisputada, porque se le consideraba el producto del parlamento elegido por el pueblo.[8] El mundo de la Constitución les era ajeno, porque la concebían como norma meramente política, los jueces no la aplicaban entonces salvo que la ley la desarrollara. Este cambio de mentalidad fue costoso. El Parlamento fue desplazado como primer actor normativo como resultado de un complejo proceso de transformación:

1) Desde el punto de vista formal: **La reforma de la Constitución**. El proceso de reforma agravada respecto de la ley facilitó el transformar a las Cartas Fundamentales en normas supralegales, al impedir que mayorías circunstanciales pudieran hacer cambios constitucionales en forma superflua.

2) Desde el punto de vista material: Los órganos llamados **Cortes** o **Tribunales Constitucionales**. Sistemas de jurisdicción constitucional en general, protegieron el contenido de la Constitución frente a las violaciones provenientes de los poderes públicos y privados.

Gracias a estos dos mecanismos o procesos especiales la Constitución dejó de ser un mero documento declarativo frente a los poderes sociales.

II. Medios de defensa para proteger las Constituciones

Pueden considerarse dos vías de protección de la Constitución frente a posibles desbordes legislativos.

1) La ordinaria es la que continuamente está presente en la Constitución, porque debe actuar frente a los problemas comunes. Ésta le compete a:

a. Los tribunales constitucionales y

b. Al procedimiento de reforma establecido.

2) Sin embargo, en casos excepcionales, la Constitución debe tener una protección extraordinaria. Si estas circunstancias no están previstas se generan graves problemas para el sistema político. Es lo que nuestra propia carta constitucional hace en el capítulo destinado al gobierno del Presidente de la República, pero no es tan frecuente encontrar normas equivalentes en los sistemas constitucionales europeos, carentes de verdadera tradición en la materia.

[8] Es el principio de soberanía del Parlamento, que vemos tan arraigado en la mente de los hombres públicos del siglo XIX, desde Santa María en Chile y hasta Canovas del Castillo en España.

Esta protección extraordinaria consiste en:

a. Los estados excepcionales y

b. La suspensión de garantías o derechos.

La defensa ordinaria se manifiesta comúnmente en la vida de los Estados, pero para esa defensa ordinaria los distintos sistemas no adoptan un modelo único. No existen dos Constituciones idénticas en materia de justicia constitucional. Sí coinciden en el objetivo perseguido, todos ellos persiguen garantizar la Constitución. En la práctica decimonónica el poder legislativo pretendía erigirse en el custodio de la Carta Constitucional, pero la experiencia práctica de los Estados occidentales enseñó que los principales ataques a su integridad provenían precisamente de los órganos legislativos.

Desde el punto de vista doctrinal, en los orígenes, los constitucionalistas se referían al modelo americano y el europeo. Hoy sólo hablamos de modelos mixtos.[9]

En efecto, hoy por hoy, ya no existen modelos puros, el modelo americano o difuso o el modelo concentrado de Kelsen o austriaco se han ido combinando una y otra vez de tal manera que ya no es posible distinguirlos con la nitidez de antaño.

En Europa se han estudiado los órganos encargados de la defensa según su naturaleza, por ello se habla de modelos jurisdiccionales, o modelos de naturaleza política, por ejemplo en Francia, se trata del Consejo Constitucional[10] que era el defensor de la Constitución, pues en dicho país la soberanía del Parlamento es un legado de la Revolución y la ley era casi intocable, de ahí que el control era sólo previo, no existía un control represivo y los jueces no eran tales, sino funcionarios del gobierno, reminiscencia del antiguo régimen monárquico absoluto.

En la actualidad, en la Constitución de la V República, se les han conferido a éstos funciones similares a las de los órganos constitucionales jurisdiccionales comparados, con control represivo y competencias específicas para la protección de derechos.[11]

[9] En relación con el modelo americano, fue seguido en gran medida por ordenamientos constitucionales del hemisferio occidental, el caso de Chile es indiciario: se trataba de una acción constitucional que confiada a la Corte Suprema de Justicia, perseguía la declaración de inaplicabilidad por vicios de inconstitucionalidad de una ley vigente, pero solo con efectos relativos, reservados a las partes y sin que se produjera la derogación expresa de la ley.

[10] Hoy el Consejo de Estado.

[11] Cfr. FAVOREU, L., *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, 160 pp.

En el caso del modelo americano, debemos recordar que desde 1803, con la dictación de la sentencia de Marbury vs. Madison (con 6 o 7 precedentes anteriores a la misma) se desarrolla el modelo difuso.[12]

Otra razón para que todos los modelos sean mixtos es la búsqueda de su operatividad. La diferencia histórica de modelos se explica porque la Constitución en Estados Unidos se consideraba la norma suprema, pero no en Europa, allí era sólo la ley (frente a la monarquía absoluta). Europa ha conseguido un control frente a innumerables problemas motivados de su historia política convulsa, en donde la democracia ha tardado mucho en consolidarse, mientras que en Estados Unidos se produjo un sistema configurado como camino directo hacia el Estado de Derecho, sin ataduras con el pasado. Similar fenómeno se observa en Chile, que consolida su propio Estado de Derecho desde 1833.

Mientras, Europa consideraba a la monarquía y las cámaras nobiliarias como ajenas al Estado de Derecho, el único logro de la Revolución Francesa, fue el Parlamento, de elección popular, aunque no necesariamente democrático, que le quitó el poder absoluto al monarca, el Ejecutivo y los jueces. Precisamente la causa de la Primera Guerra Mundial se debió, según Kelsen, a que las reglas del juego (la Constitución) no eran respetadas por los gobernantes. Esta explicación resulta históricamente muy feble, pero no deja de resultar interesante constatar que los constitucionalistas europeos tienden a concordar con ella.

Kelsen pensaba que debería haber un árbitro que controlara que ninguno de los tres poderes constitucionales clásicos (o más bien las funciones) vulnerara sus marcos constitucionales. Pensando cual sería el medio ideal de protección, rechaza el sistema americano, porque su concepción jurídica es positivista y entiende que el principio de división de poderes hace que un poder (en el caso del sistema americano, el Judicial) esté por sobre los otros 2. Por eso busca su árbitro fuera de los 3 poderes. Piensa entonces en que fuera independiente de los 3, sostiene que sería un órgano jurisdiccional aunque no fuera judicial, tendría como misión especial controlar el sistema de fuentes de derecho. Ese órgano estaría encargado de custodiar la pirámide normativa que Kelsen concebía. Pero además resolvería conflictos entre los Estados de la federación. **La protección de garantías y derechos no estaba en su concepto**. Esta última constatación resulta de interés, pues hoy en día los tribunales constitucionales en Europa, especialmente los más influidos por la doctrina de Kelsen, se han vuelto órganos de tutela de los derechos fundamentales.

[12] Cfr. SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IX, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, Consejo de Seguridad Nacional, Banco Central, 2ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 56 y ss. En el mismo sentido ver CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 627 y ss.

Las ideas de Kelsen quedaron plasmadas en la carta austriaca de 1920. En esta época se empezaron a reunir los profesores de Derecho Público a nivel europeo, lo que le permitió a Kelsen difundir su pensamiento en los medios académicos de Europa.

Su discusión sobre el sistema de control constitucional con Karl Schmitt es famosa,[13] porque el último no participaba de sus teorías. Aunque la historia reciente ha sido severa con Schmitt, no podemos olvidar su gran aportación al estudio del tema en comento. Éste sostenía que era impensable que se introdujese un cuarto poder, aunque no fuese ninguno de los otros 3, para defender la Constitución. Según Schmitt el mejor defensor de la Constitución sería el Presidente de la República, lo que sostiene basándose en la obra del francés Benjamín Constant, del poder moderador del rey, pues el pueblo elabora la Constitución, pero el único elegido directamente por él, no perteneciente al Parlamento, es el Presidente, que puede ser el árbitro que subsana los excesos. El art. 48 de la carta de Weimar consagraba esta idea de Schmitt, el presidente del Reich podría asumir plenitud de poderes. Sólo sería controlable por el pueblo en la siguiente elección. Lamentablemente en esta norma se encuentra el origen de los poderes absolutos de Adolfo Hitler tras su asunción al poder en 1933.[14]

No deja de ser interesante recordar el gran argumento de Schmitt, pues preguntaba a Kelsen: ¿Quién controla al controlador? Kelsen respondía que el órgano debería saber usar bien de su poder, sin abusar del mismo. Pero en estricto rigor no tenía respuesta frente al desafío del jurista alemán. Con posterioridad se han intentado explicaciones como las que sostienen que el órgano de control no puede tener ambiciones políticas, ni sus jueces actuar si no se les llama, *motu proprio,* sino por justicia rogada.

Esto lo confirma la práctica comparada de todos los países modernos, los tribunales constitucionales no suelen actuar de oficio, salvo muy calificadas excepciones.[15]

En el sistema difuso, en cambio, la Corte Suprema sí está sujeta a control. El origen del sistema difuso es la sentencia Marbury vs Madison de 1803, a la que ya hemos aludido. El juez Marshall sólo se limitó a aplicar la Constitución y dejó de aplicar la ley en una casación de cuestión federal.[16] Es lo que, por

[13] Cfr. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?,* Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
[14] La acción de Hitler tiene antecedentes en la utilización del mismo mecanismo por el Presidente Paul von Hindenburg en los tumultuosos días de la Gran Depresión.
[15] Un estado de la cuestión en el ámbito chileno se encuentra en CEA, José Luis, *El sistema constitucional de Chile, síntesis crítica,* Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, 480 pp.
[16] Ver PEREIRA, A., *Teoría Constitucional,* Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998, 592 pp.

lo demás, ocurría en Chile con la Corte Suprema, mientras ésta tuvo en sus manos la administración del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley.[17]

Creemos, siguiendo la tesis de la doctora Ángela Figueruelo,[18] que en la práctica constitucional se ha presentado una evolución de las tesis de Kelsen sin que nadie teorice al respecto. En general las Cortes o Tribunales Constitucionales que se crean están situados fuera del Poder Judicial, porque es muy difícil ser juez y parte. Efectivamente cuando el órgano jurisdiccional constitucional tuviera que juzgar fallos del poder judicial, sería complejo que fuera imparcial. Las fricciones que ya existen entre los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas[19] ya serían intolerables con el sistema administrado por el mismo órgano.

Finalmente hemos de consignar una evolución interesante: pese a lo que Kelsen creía, sobre la Constitución como un texto básicamente orgánico, pero no de garantías fundamentales, ella ha ido transformándose a partir de la Segunda Guerra Mundial, precisamente, en un instrumento de defensa y promoción de los derechos fundamentales.

III. El sistema español de control de la constitucionalidad

Algunas constituciones adoptaron el pensamiento de Kelsen y otras el de Schmitt. En definitiva fue el sistema de Kelsen el que perduró en la mayor parte de los Estados europeos, especialmente aquellos con una historia más breve de Estado de Derecho democrático, como la Constitución española de 1931.[20] Este texto constitucional, tan controvertido hasta nuestros días, es un perfecto ejemplo de un cuerpo normativo adoptado sin considerar la realidad de la sociedad a la que estaba destinado a regir.[21]

La Carta de 1931 careció de la legitimidad necesaria para poder implementarse, al haber sido impuesta por un sector minoritario de la sociedad española contra

[17] Ver CEA, José Luis, *El sistema constitucional de Chile, síntesis crítica*, op. cit., p. 182.

[18] VER FIGUERUELO, Ángela, *El recurso de amparo, estado de la cuestión*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2001, 128 pp.

[19] Una interesante valoración de las alternativas que pueden ofrecerse a la experiencia constitucional española se contiene en el estudio del profesor De la Oliva Santos, que denomina "Tensión entre el tribunal constitucional y la jurisdicción ordinaria, vías de solución". Cfr. DE LA OLIVA, A., y DÍEZ-PICAZO, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 54 y ss.

[20] Ver VV.AA. El libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, Comunidad de Madrid, 1999, 1060 pp.

[21] En nuestro hemisferio podemos citar un caso análogo en la Constitución peruana de 1979, que cayó hecha pedazos en 1992 por obra del Presidente Fujimori, quien dictó en 1993 la actual Constitución de Perú.

el mayoritario, para que hubiese sido operativa debería haber coincidido con la Constitución real (la sociedad real).

Para algunos constitucionalistas españoles, las Constituciones más importantes de España han sido las de 1812, 1869 y 1931. Por la riqueza de sus debates constituyentes, sus Parlamentos son considerados modelo de juristas. Sin embargo, otro sector de la doctrina niega toda validez a estas afirmaciones. Se trata de normas que fracasaron por sus graves defectos histórico-políticos. En verdad, las Constituciones más exitosas de la historia política española fueron la de 1837, la de 1876 y las leyes "fundamentales del Reino" de 1938. Aunque esta afirmación resultaría incómoda para los defensores del Estado liberal y democrático en España, pues ellas son ejemplo de textos inspirados en la monarquía pactada o limitada y en la particular experiencia franquista, no deja por ello de resultar precisa en términos de su aplicación histórica y desarrollo político.

En definitiva, parece ser que el constitucionalismo democrático hispano, dejando al margen a la actual Constitución de 1978, no ha sido particularmente exitoso en consolidar modelos normativos, al decir de Loewenstein.

El sistema constitucional español de 1931 fracasó asimismo porque no fue respetado por sus actores: El Tribunal Constitucional invalidó una norma autonómica catalana, y la Generalidad al día siguiente dictó una norma idéntica a la invalidada.[22]

Cuando finaliza el régimen de Franco en 1975, al abrirse el proceso político a partir de 1977 por iniciativa del rey, lo primero que los constituyentes españoles hacen es mirar a Europa occidental como modelo de organización constitucional: En Portugal ya existía un Tribunal Constitucional, en Grecia otro tanto (por influencia de Estados Unidos). Italia y Alemania fueron los modelos principales que los constituyentes españoles tuvieron presentes en 1978. Ambos ordenamientos constitucionales consagraron un amplio articulado de derechos fundamentales.

De los anteriores, sería el modelo alemán el más utilizado por los constituyentes de 1978. A la hora de fijar un órgano de control constitucional no hubo duda de optar por el modelo kelseniano perfeccionado, en lo que a las funciones del tribunal se refiere: se adoptó parte del sistema difuso y parte del concentrado europeo. Es entonces un modelo mixto,[23] por encontrar elementos proceden-

[22] Además el Tribunal Constitucional de dicha Constitución tenía muchas funciones diversas, protegía garantías individuales (cosa única en el mundo), era muy numeroso y no fue operativo.

[23] Como el chileno de la Carta de 1980, en vigencia, en su concepción original.

tes del difuso (americano) y concentrados (europeo) sin olvidar la protección constitucional de la libertad (de los derechos fundamentales).

El sistema de control está recogido en el título noveno de la Constitución: Tribunal Constitucional, y en el capítulo X: Reforma de la Constitución.

Se le encomendó a una ley orgánica constitucional que fijara la estructura, composición, funcionamiento del Tribunal Constitucional y todos sus procedimientos. Ésta fue dictada en 1979. Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional español son de fines del año 80 y comenzó a funcionar sin todos sus integrantes oficiales. Además el propio Tribunal Constitucional español tiene reconocida la capacidad reglamentaria interna.

Se observa que las ideas de Kelsen se recogen muy fielmente:

1) El Tribunal Constitucional español debe estar situado fuera del Poder Judicial, es un órgano constitucional de naturaleza independiente. García Pelayo nos recuerda que éstos son los que nacen de la Constitución y que de ella toman todas sus competencias, luego el Tribunal Constitucional español no es ni legislativo, ni ejecutivo ni judicial. Fija su presupuesto, el que se aprueba en los presupuestos generales.
2) No debe ser muy numeroso: Porque como debe funcionar colegiadamente es difícil que se pongan de acuerdo si sus miembros son demasiados, el Tribunal Constitucional español es un órgano promedio a nivel europeo, lo componen 12 magistrados.
3) Los miembros deben tener una extracción homogénea, todos formados de manera similar: "juristas de reconocida competencia" según la Constitución española. Kelsen recomendaba que prevalecieran los especialistas de derecho público. El mundo académico aporta muchos miembros o jueces o magistrados de la carrera ordinaria, funcionarios públicos juristas y abogados en ejercicio o litigantes. Necesitan 15 años de ejercicio profesional y duran sólo 9 años, para evitar que sean vitalicios. Se renuevan cada 3 años por tercios. Sus labores son solo compatibles con las funciones docentes de alto nivel (como seminarios, conferencias, etc.).
4) Los nombra el rey, pero sólo desde el punto de vista formal, lo que importa es quién selecciona a los nominados, según Kelsen debían participar todas las personas u órganos afectados por las decisiones del Tribunal: 4 los selecciona el Congreso de Diputados, 4 el Senado y ambas cámaras requieren 3/5 de sus miembros, es decir, se desea que participe la minoría. Lamentablemente la norma conduce indefectiblemente a criterios inspirados en simples cuoteos político partidistas. No tienen prohibida la afiliación a partidos, sólo el ejercer en los mismos como directivos, lo que se presta para evidentes confusiones. Es una muestra de la deficiente técnica estructural de los constituyentes de 1978.

5) El gobierno propone otros 2 miembros y el Consejo General del Poder Judicial (órgano político que ejerce el control sobre los jueces en España) los 2 últimos.
6) Aparte de esos Magistrados, el Tribunal Constitucional español posee un conglomerado de funcionarios que lo asesoran y hacen funcionar. El Tribunal funciona de tres maneras diversas: En **pleno**, con sus 12 miembros, en 2 **salas**, integradas por 6 miembros cada una y en **secciones** de 3 miembros por cada sesión. A estos asesores "letrados" se les contrata por 2 o 3 años y son los verdaderos especialistas, son ellos los que preparan todas las causas.

IV. Competencias del Tribunal Constitucional español según la Constitución de 1978 y la ley orgánica

Podemos encontrar 4 grupos o bloques de funciones:

1) Aquellos recursos o funciones destinadas a controlar la Constitución como norma suprema: La inconstitucionalidad de las normas con rango de ley.
2) Aquellas tareas encaminadas a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.
3) Aquellas que realiza como árbitro para resolver conflictos entre las altas instituciones estatales.
4) Funciones residuales: control de responsabilidad de los propios magistrados, verificación de habilidad o aptitud, etc.

La preocupación más importante fue tratar de despolitizar en la medida de lo posible la decisión de los asuntos sometidos a él. En la práctica, sin embargo, esta preocupación ha sido satisfecha muy deficientemente.

Ahora bien, los tribunales constitucionales resuelven conflictos políticos en forma jurídica de sentencias. Ello en virtud de la naturaleza jurídica y política de la Constitución.

Se le encomienda al tribunal constitucional el resguardo de la supremacía constitucional: Mediante dos vías de acceso principal:

a) Un control abstracto de inconstitucionalidad de normas (modelo austriaco)
b) Un sistema concreto de inconstitucionalidad de normas (modelo americano)

a) El primero se denomina **"Recurso de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley"**. Los peticionarios se dirigen al pleno del tribunal formu-

lando sus dudas sobre el texto completo o parte de una ley. Hay ausencia de un supuesto de hecho que motive la intervención del Tribunal, de este control están excluidos los reglamentos, su ilegalidad es competencia de los tribunales ordinarios (del contencioso administrativo). Abarca sí a todo tipo de normas con rango legal.

Legitimados activos: Se encuentran muy restringidos por ser un sistema de control político: 50 diputados o 50 senadores, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Gobierno, el Ministerio Fiscal o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.[24]

Plazo: 3 meses a partir del momento en que la ley ha entrado en vigor. Esto tiene por objetivo evitar la inseguridad jurídica. Y porque la impugnación de una norma no importa su suspensión. No se contempla la acción popular[25] como sí existe en nuestro sistema de control chileno.[26]

Pero cuando el recurso abstracto se formula (el Tribunal Constitucional español no funciona de oficio), debe indicar cuáles son las normas impugnadas y cuáles son los preceptos que la ley viola. El Tribunal tiene las manos atadas: no puede extenderse a más de lo pedido. Sin embargo el Tribunal, como la Constitución es entendida como un todo, puede ampliar sus argumentaciones al resto del texto, pero no puede extender su decisión a otra normativa que a la impugnada. Este tipo de recursos no han sido muy abundantes en España.

A la norma se la declara inconstitucional, pero el sistema reconoce validez a todos los casos regidos por la ley invalidada antes de la sentencia, salvo que en virtud de la sentencia se derive una reducción de una pena o una extensión de beneficios para los interesados.[27] El origen de este modelo se encuentra en el derecho canónico, mientras la ley esté en los Códigos hay que aplicarla.

b) Este procedimiento se contempla en el artículo 163 de la Constitución española, institución que mezcla el modelo americano con el europeo: los sistemas español, italiano y portugués permiten que los jueces ordinarios coadyuven con el Tribunal Constitucional español a la hora de depurar el ordenamiento jurídico. Los jueces no pueden dejar de lado una norma vigente, pero sí deben ejercer justicia; si deben aplicar una ley que provoque dudas sobre su constitucionalidad, pueden plantear la **cuestión concreta de constitucionalidad de**

[24] Artículo 162.1 de la Constitución española.
[25] MONTORO, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales T. 1 Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad,* Madrid, Editorial Colex, 1991, 370 pp.
[26] Artículo 93, N° 7 en relación con el inciso 12° del mismo artículo de la Constitución Política de la República.
[27] Aplicación del clásico principio de la retroactividad de la ley penal más favorable.

normas y esta es la vía principal de depuración del ordenamiento jurídico. Al no tener la seguridad, el juez eleva la cuestión en consulta al Tribunal Constitucional español. Debe aclararse que las partes no lo pueden obligar a ello, él es el legitimado. En esta petición debe formular un **"juicio de relevancia"**, no debe ser una norma accidental, sino substancial para el caso que se discute ante su estrado. Al dictarse la sentencia con efectos *erga homnes* obliga igual al juez ordinario y a todos los demás. Estas cuestiones son cada vez más numerosas.[28] Este medio de control ha sido un supletorio enorme del anteriormente citado.

Se trata de un medio para poner a la legislación en armonía con las necesidades sociales. No puede pedirse a estas leyes anteriores que cumplan con la nueva Constitución y esta es una vía excelente para acomodar los casos dudosos, porque no podemos tampoco sostener que todas sean inconstitucionales, pues hay normas que el Tribunal Constitucional español ha validado pese a tener más de 100 años.[29]

El sistema manifiesta o acusa una influencia americana, porque cualquier juez puede iniciar el recurso, y europea, porque el único que resuelve con efectos generales es el Tribunal Constitucional español.

El Tribunal Constitucional español puede dictar incluso sentencias interpretativas en estos casos. Muchas veces estas sentencias podrán variar más adelante, en este sentido tienen importancia los votos disidentes, pues tienden a ser más completos que los votos de mayoría.[30]

Estimamos, eso sí, que en el uso de sus facultades el Tribunal Constitucional español debe tener mucho cuidado para evitar el suplantar al legislador. Esto debe hacerse con delicadeza porque entre defender la Constitución y quebrantarla hay una línea muy tenue. Por eso el Tribunal Constitucional no puede funcionar de oficio y sus competencias están tasadas.

Uno de los temas más polémicos en este instante es: "El de los límites de la justicia constitucional". Creemos que permitir la actuación de oficio del Tribu-

[28] No puede dejar de anotarse la curiosa similitud con la varias veces milenaria institución del referimiento al legislador.

[29] Ver LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPS, P., SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional, el ordenamiento constitucional, derecho y deberes de los ciudadanos*, tomo 2, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 262 y ss.

[30] Un interesante caso, en que un sector de la doctrina alude a un cierto "progresismo" de los votos de minoría, es el de la sentencia del Tribunal Constitucional que permitió el aborto legal en España. (STC 53/85). Un polémico fallo de minoría del juez presidente señor Manuel García Pelayo, se pronunció por la aceptación plena de esta práctica criminal, por lo que difícilmente puede calificarse de progresista este tipo de argumentaciones.

nal Constitucional español importa olvidar el sistema de Kelsen, aunque en la práctica ello podría evitar algunos de los grandes males que afectan al sistema español.[31]

No obstante las prevenciones doctrinales relativas a la teoría kelseniana, actualmente el mismo juez en el juicio de relevancia permite actuación de oficio del Tribunal (por mandato de la Constitución, eso sí).

Pérez Royo nos dice que los Tribunales Constitucionales además de ser órganos extraños a la división de poderes, existen o nacen en Europa en aquellos países que para transitar a la democracia han sufrido conflictos civiles, pues los Estados que transitaron de forma pacífica del Estado liberal al social no han establecido Tribunales Constitucionales: es el caso de Inglaterra y las monarquías nórdicas. En cambio los países que pasaron por dictaduras se preocupan del control de la Constitución.[32]

En el sistema español existe otra cuestión que la doctrina denomina: Autocuestión de inconstitucionalidad, o según el Tribunal Constitucional español "Cuestión interna de constitucionalidad", que no ha sido muy desarrollada por su jurisprudencia, hasta hoy.

Las leyes orgánicas regulan las instituciones más importantes de la Constitución. Con un sistema de elaboración agravado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español nos indica que cualquier legitimado que llegue ante el Tribunal y plantee un recurso de amparo, contra un acto del poder público que viola un derecho fundamental, debido a la aplicación de una ley de la que se tiene dudas que sea constitucional., puede dar origen a la autocuestión. Es requisito *sine qua non* que la violación proceda de un acto que sea dictado en aplicación de esta ley. El Tribunal Constitucional español no puede mezclar procesos, por lo que dicta una sentencia de amparo *Inter Partes*. En esa sentencia de amparo prevé que el acto tiene causa en una ley inconstitucional y así lo declara.

A continuación el propio tribunal constitucional eleva al Pleno la autocuestión de inconstitucionalidad. Cabe entender que la sentencia que va a dictar el Tribunal Constitucional español no solo interesará al fallo del juez de la instancia, sentencia en la cual el Tribunal Constitucional razona por qué la ley es inconstitucional. Se dice que en esta sentencia el Tribunal "arroja a la ley" fuera del ordenamiento jurídico. No hay acción directa de inconstitucionalidad, pero

[31] Nuestro sistema permite hoy la actuación de oficio del Tribunal Constitucional chileno en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, artículo 93, inciso 12°.

[32] PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 5ª, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., 1998, 864 pp.

esta es una forma en que la ciudadanía podría obtenerla. La segunda acción tiene efectos *erga homnes*.

Incluso se contempla la posibilidad de que sea el Pleno el que retenga el conocimiento del amparo y dicte las dos sentencias.

La existencia de estos mecanismos se deben al deseo de los constituyentes de 1978 de que su sistema fuera completo, pero hubo defectos graves. En la ley orgánica se introdujo un recurso previo de inconstitucionalidad, que estaba previsto sólo para leyes orgánicas, estatutos de autonomía y los tratados internacionales.[33]

Sin embargo en la doctrina española, este recurso generó problemas, pues no se estimaba natural en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada. Pues cuando un Tribunal Constitucional controla algún precepto legal antes que el Parlamento haya terminado de trabajar, cabe preguntarse si ¿está actuando como legislador o tribunal? La conclusión para la doctrina española es que actúa como legislador, igual que en Chile.

La crítica puede ser válida a nivel doctrinal, aunque tenemos serias dudas,[34] pero el caso chileno demuestra que no provoca conflictos, antes bien es un recurso muy positivo. La sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la aceptación legal del aborto fue motivada precisamente en un recurso previo de inconstitucionalidad.

En España se adoptó el sistema porque se quería evitar las consecuencias negativas de una ley o estatuto que pudiera ser contrario a la Constitución. Sin embargo este recurso previo fue más tarde derogado y pese a haberse impugnado en su momento por la misma vía, el propio Tribunal Constitucional español declaró que la ley derogatoria era constitucional, porque el control previo se estimaba contrario al sistema de control concentrado, por lo que se mantuvo solo para los tratados internacionales.

Estimamos muy lamentable el que se haya producido esta derogación. El efecto de aceptar la vigencia de una ley que contraría los derechos fundamentales o el orden constitucional general puede ser muy dañino y pernicioso para el mismo sistema constitucional. En esto se corrobora la deficiente experiencia

[33] Con ello se seguía el modelo hispanoamericano y chileno que tan larga y feliz jurisprudencia ha dado a nuestro ordenamiento. Cfr. ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, 814 pp.

[34] Cfr. SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IX, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la república, Fuerzas Armadas y de Orden y seguridad pública, Consejo de Seguridad Nacional, Banco Central*, op.cit., pp. 28 y ss.

democrática y de Estado de Derecho que aqueja a la Constitución española, lo que resulta a todas luces inconveniente. No se comprende que la intervención del Tribunal Constitucional debe, por su propia naturaleza, imponerse a los desbordes legislativos, con independencia del momento en que se produzcan. En nada se afecta al sistema constitucional cuando se promueve la acción de este órgano jurisdiccional de control. Antes bien, se defiende el Estado de Derecho. Es deseable que en el futuro, con una más avanzada concepción sobre el Estado de Derecho democrático, la doctrina constitucional española imperante caiga en la cuenta de su conservadora y arcaica concepción.

V. Conclusiones

1) La experiencia constitucional española ha recogido en su sistema jurisdiccional constitucional las más características acciones e instrumentos vigentes en el derecho comparado, para constituir un sistema prácticamente pleno de control de la constitucionalidad. Para ello se ha recurrido a un modelo mixto de variada influencia, aunque la del Tribunal Constitucional alemán es la más distintiva.
2) Se trata de un muy importante esfuerzo del constituyente, que ha querido contemplar un Tribunal Constitucional verdaderamente rector de la actividad de los órganos políticos que se encuentran bajo su custodia.
3) Con todo, la enorme competencia que el Tribunal Constitucional español invist le ha obligado a actuar con cuidado y no han sido pocos los casos en que se han producido ácidas polémicas sobre los alcances de sus sentencias.
4) Asimismo, se manifiesta un claro agotamiento de los recursos humanos con los que cuenta el Tribunal Constitucional español, debido a lo cual se ha planteado en numerosas oportunidades la necesidad de dotarle de mayores medios, a fin de evitar un retardo a todas luces inconveniente en el despacho de los asuntos sometidos a su jurisdicción.
5) Si tenemos presente que lo que se busca con un órgano como el Tribunal Constitucional español es mantener el carácter supremo de la Constitución, ésta debe prevalecer frente a todo tipo de normas. Por ejemplo, si un país ratifica un tratado que contradice la Constitución, y en virtud del principio *pacta sunt servanda* ha de cumplirlo, debe antes reformarse la Constitución en aquellos aspectos que contradicen el tratado.
6) A todas luces resulta perjudicial haber eliminado del sistema de control el llamado "recurso previo de inconstitucionalidad". El sistema ha quedado lamentablemente mutilado y los efectos de una ley manifiestamente inconstitucional que hoy sea dictada por el Parlamento no podrán ser impugnados sino una vez que se estén produciendo. Al respecto, podría ser de utilidad, el tener presente la experiencia más antigua y dilatada de nuestro ordenamiento constitucional, que demuestra los benéficos efectos del recurso previo.

VII. Bibliografía general

FUENTES IMPRESAS

LEYES:

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, en, *Las Constituciones de España*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 371 y ss.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 11ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 116 p.

OBRAS MONOGRÁFICAS:

1. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 608 pp.
2. J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, análisis de la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 856 pp.
3. J. L. CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomos I y II, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2002 y 2004, 408 y 736 pp.
4. J. L. CEA EGAÑA, *El sistema constitucional de Chile, síntesis crítica*, Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, 480 pp.
5. J. L. CEA EGAÑA, *Tratado de la Constitución de 1980, características generales, garantías constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, 402 p.
6. J. DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 428 pp.
7. A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, 226 pp.
8. S. DÍEZ URZÚA, *Personas y Valores, su protección constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, 412 pp.
9. M. DUVERGUER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984, 664 pp.
10. E. ESPÍN TEMPLADO, *El Tribunal Constitucional Español como garante del equilibrio de los poderes del Estado*, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha (Toledo), 1992, 14 pp.
11. L. FAVOREU, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, 160 pp.
12. C. S. FAYT, *La Supremacía constitucional y la independencia de los jueces*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1994, 254 pp.
13. A. FIGUERUELO, *El recurso de amparo, estado de la cuestión*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2001, 128 pp.
14. H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, 345 pp.

15. H. KELSEN, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
16. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 4ª, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1986, 624 pp.
17. L. LÓPEZ GUERRA, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 644 pp.
18. L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN T., J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPS, M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional, el ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, tomo 1, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 496 pp.
19. L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN T., J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPS, M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional, los poderes del Estado, la organización territorial del Estado*, tomo 2, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 400 pp.
20. M. MONTORO PUERTO, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales T.1 Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad*, Madrid, Editorial Colex, 1991, 370 pp.
21. A. C. PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998, 592 pp.
22. J. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 5ª, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., 1998, 864 pp.
23. M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución Española, con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2ª, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1996, 2142 pp.
24. K. SCHMITT, Teoría de la Constitución, 1ª reimpresión, Salamanca, Alianza Universidad Textos, 1992, 384 pp.
25. A. SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IX, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden y seguridad pública, Consejo de Seguridad Nacional, Banco Central*, 2ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 416 pp.
26. A. SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, derecho a la vida e integridad de la persona, igualdad ante la ley y en la protección de los derechos, derecho a la honra y a la vida privada, libertad de conciencia y religión*, 2ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 316 pp.
27. E SOTO KLOSS, *El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, 584 pp.
28. E. SOTO KLOSS, *La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, N° 15, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1992, p. 333.
29. L. TACORA, *Control Constitucional y Derechos Humanos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, 296 pp.
30. M. VERDUGO MARINKOVIC, E. PFEFFER URQUIAGA y H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 370 pp.

31. VV.AA. *El libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Comunidad de Madrid, 1999, 1060 pp.
32. VV.AA. *Fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998, Oviedo, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998, 560 pp.
33. VV.AA. *Legislación Constitucional Básica*, 2ª edición, Valladolid, Editorial LEX NOVA S.A., 2000, 720 pp.
34. F. ZÚÑIGA URBINA, *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 814 pp.

REVISTAS:

1. IUS PUBLICUM, Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago.
2. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
3. REVISTA DE ESTUDIOS PÚBLICOS, del Centro de Estudios Públicos, Santiago.

FUENTES ELECTRÓNICAS

1. http://www.bcn.cl/
2. http://www.boe.es/g/es/
3. http://www.tribunalconstitucional.es/
4. http://www.tribunalconstitucional.cl/

Un desastre procesal (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 - 348 bis C.P.C.)

Héctor Oberg Yáñez
Profesor Titular de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Una vez más nuestro ancestral Código de Procedimiento Civil sufre ciertas modificaciones, y en esta oportunidad lo hace la Ley N° 20.217, de 12 de noviembre de 2007, que refiriéndose al documento electrónico incorpora un nuevo numerando al art. 342 y agrega el art. 348 bis, ambos del código de enjuiciamiento civil. Según el mensaje presidencial que inició el respectivo proyecto de ley "mediante él se pretende facilitar la presentación de los documentos electrónicos en juicio, de modo (sic) que ésta sea hecha de un modo (sic) más efectivo y eficiente, y brindando la seguridad tecnológica y jurídica que demanda el sistema de administración de justicia. De este modo (sic), se pretende estimular la aplicación del documento y la firma electrónica". Y se añade, que "para estos efectos, es necesario resolver ciertos aspectos poco claros en la actual legislación procesal y sustantiva en la materia, fundamentalmente relativos a la incorporación, producción, objeción y valoración de los mismos en juicio". ¿Empero, estos deseos o anhelos presidenciales se han cumplido con la vigencia de este texto legal?. Respondiendo a tal interrogante nuestro parecer es negativo, pues más que aclarar los aspectos mencionados sólo ha introducido confusión en la materia, como lo demuestran las consideraciones que a continuación se exponen.

Según lo prescribe el art. 1699 inc. 1° del C. Civil "instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario", y cumpliendo con esta normativa el art. 3 de la ley sobre documentos electrónicos (N° 19.799) indica que "los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel...", agregándose que para que estos documentos electrónicos "tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada" (art. 4 ley citada). Entendiendo por tal "aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de

manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría". De esta forma, entonces, necesariamente hay que concluir que el documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada "es un instrumento público" que tiene el valor de "plena prueba de acuerdo con las reglas generales" (art. 5 N° 1). El problema que puede surgir es determinar si se está en presencia del "original" o de una "copia", pues según se acepte una u otra posibilidad, la norma a aplicar sería diferente –art. 342 N° 1 o N° 2 C.P.C.. Con todo, tratándose de documentos electrónicos no tiene sentido distinguir entre originales y copias. Lo que realmente importa es que él tenga la virtud de asegurar autoría e integridad, lo que está establecido fehacientemente en la ley sobre documentos electrónicos. Considerando lo anotado, el agregar un numerando al art. 342 del C. Procedimiento Civil para contemplar al documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada, como instrumento público en juicio, ha sido inoficioso. Era y es suficiente el texto de la ley mencionada (Ley N° 19.799) para cumplir tales fines. Al haber incorporado dicho documento al código procesal civil es desmerecer su naturaleza jurídica de instrumento público, ya que el art. 342 C.P.C. inicia su redacción expresando que **"serán considerados como instrumentos públicos"**. En otras palabras, a este instrumento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada se le da el carácter de instrumento público por equivalencia, semejanza o igualdad, toda vez que el legislador está utilizando el adverbio de modo "como", que denota las características indicadas y no se toma en cuenta que dicho documento tiene tal naturaleza per se, al ser autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, ciñéndose a lo que prescribe la ley que lo regula. Demás, entonces repetimos, su incorporación al Código de Enjuiciamiento Civil. La forma de acompañarlo a juicio será, por consiguiente, de acuerdo a las reglas generales, vale decir, con citación. Y dentro del término de ésta se podrá impugnar por nulidad o por falsedad, no así por falta de autenticidad, dado que como lo hemos manifestado, la ley de documentos electrónicos impide que se desconozca la integridad del documento y su autoría (art. 2 letra g)

Igual predicamento opera tratándose de un instrumento electrónico privado suscrito con firma electrónica avanzada en cuanto a su valor probatorio, pero con la salvedad que no hará fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado (Art. 5 N° 2 Ley 19.799). Y se entiende por fecha electrónica al "conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medios para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados" (Art. 2 letra i) Ley 19.799).

Excluidos los dos tipos de documentos electrónicos mencionados precedentemente, sólo resta el documento electrónico privado suscrito con firma electrónica simple y aquel otro que carece de firma. A ellos, entonces, se aplica lo dispuesto en el art. 348 bis del C. Procedimiento Civil. No obstante el tenor literal de este artículo, no basta con que la parte presente el documento electrónico, sino que es preciso que el tribunal dicte una resolución teniéndolo por presentado, y, al mismo tiempo, en forma conjunta citará a todas las partes para el sexto día a una audiencia de percepción documental, la que tendrá por finalidad exclusiva pronunciarse sobre la autenticidad del documento, y dejando las otras posibles causales de impugnación para ser conocidas conforme a las reglas generales. Si el documento en referencia es objetado el tribunal puede disponer una prueba complementaria de autenticidad, la que se llevará a efecto por peritos que en su cometido deberán ajustarse a lo dispuesto en los arts. 417 a 423 del Código de Enjuiciamiento Civil. En lo que atañe al nombramiento de los peritos –la norma utiliza el plural, razón por la cual deberán nombrarse a lo menos dos expertos– hay que estarse a las reglas del art. 414 del citado código. Se da en este inciso tercero de la norma en cuestión, un aspecto que no deja de ser curioso para el campo probatorio. Efectivamente, allí se establece que el resultado de la prueba complementaria de autenticidad –insisto, sólo este aspecto– es suficiente "para tener por reconocido o por objetado el instrumento, según corresponda". En otras palabras, el resultado de la pericia es vinculante y determinante para el juez. No se necesita ningún tipo de resolución judicial que se pronuncie sobre el peritaje, las partes no podrán objetarlo ni discutir su eficacia, pues extremando las cosas ni siquiera es necesario que se ponga en noticia de éstas para que esta pericia de autenticidad tenga pleno valor; y así, en consecuencia, el juez en su momento deberá ponderar su valor probatorio, aceptando o rechazando el instrumento electrónico privado en lo que atañe a su autenticidad. Al existir esta norma –art. 348 bis– que tiene un carácter particular y específico, no rige lo prescrito en el art. 355 del código procesal civil, que es de índole general, que permite "en el incidente sobre autenticidad de un instrumento..." utilizar el cotejo de letras, así como aquellos "que las leyes autoricen para la prueba del fraude".

Por primera vez en el campo probatorio civil, se admite que la opinión de un tercero extraño a la litis prevalezca sobre la del juez, la cual a la postre puede ser determinante en la decisión del juzgador. No se aplica, por consiguiente, la norma que establece que "los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica" (art. 425 CPC). Naturalmente lo anotado opera solamente para el caso en que se discuta sobre la autenticidad del instrumento electrónico privado, como ya se ha dicho, y tal es así que el propio art. 348 bis en su inciso final indica que para los fines del art. 346 N° 3 se entiende que ese documento se pone en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción documental. Así, entonces, la

parte afectada podrá alegar su falsedad o falta de integridad, al margen de la falta de autenticidad a la que pudieron llegar los peritos, tramitando el incidente pertinente y aplicando, ahora, el art. 355 CPC. Empero, si la experticia concluyó que el documento es auténtico, las posibilidades de impugnación quedan reducidas a la alegación de falsedad o a las "suplantaciones hechas en él", y su valor probatorio será aquel que le asignan las reglas generales al instrumento electrónico privado suscrito con firma electrónica simple.[1] Por ende, el instrumento electrónico privado carente de firma, siguiendo las reglas generales sobre la materia, en principio no tiene mérito probatorio, y para llegar a tenerlo será preciso que se acompañe en la forma prevenida en el art. 346 N° 3 Código Procedimiento Civil, y en el incidente respectivo operará el art. 355 del mismo Código. Así las cosas, no se llevará a cabo la diligencia de percepción documental, toda vez que se trata de un documento electrónico privado que se ha emitido sin ninguna formalidad de las requeridas en la ley de documentos electrónicos y que precise ser autenticada. Tal documento, por cierto, hace imposible verificar la identidad del titular de él, y no será obstáculo para desconocer su integridad y su autoría siguiendo las reglas generales.

No obstante que el mensaje con que el Ejecutivo acompañó este proyecto de ley manifiesta que "es necesario resolver ciertos aspectos poco claros en la actual legislación procesal y sustantiva en la materia, fundamentalmente relativos a la incorporación, producción, objeción y valoración de los mismos en juicio", es lo cierto que a la postre no se logró tal claridad en el texto definitivo de la ley. Efectivamente, nada se dice en el art. 348 bis acerca de la forma en que deberá desarrollarse la audiencia de percepción documental, y sólo se alude a "los medios electrónicos necesarios" para tener una adecuada percepción del documento electrónico que se presenta, y que si el tribunal carece de ellos deberá apercibir a la parte que lo presentó de tenerlo por no presentado "de no concurrir a la audiencia con dichos medios". Frente a esta ausencia, este vacío procesal, hay que integrarlo recurriendo a lo que sobre el particular expresan el Código de Procedimiento Penal o el Código Procesal Penal en sus artículos 333 y 113 bis respectivamente.

Particularmente este último es más explícito en este aspecto, al indicar que será el juez el llamado a establecer cómo se deberá dejar constancia de este tipo de prueba en el proceso, si es que se requieren de operaciones técnicas especiales para su producción, pudiendo incluso designar un asesor técnico que desarrolle y explique la prueba, y si ello no es necesario procederá a realizar la prueba por si mismo. Agrega esta norma, que después de verificada la operación se certificará el día y la hora en que se realizó, el nombre y dirección de los que

[1] Se entiende que esta clase de firma "permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor".

intervinieron en ella, y el lugar, la persona, cosa, suceso o fenómeno que se reproduce o explica.

Hay que tener presente que esta audiencia de percepción documental nunca equivaldrá a una prueba en sí misma, independiente de la documental que la origina. La prueba sigue teniendo naturaleza documental, aún cuando sea percibida por el juez y las partes en una audiencia dentro o fuera del tribunal. Sólo así el juzgador podrá formarse una debida convicción probatoria respecto de ella.

Como si fueran poco los problemas que genera este nuevo artículo, surgen otros que, como fluye de los antecedentes que originaron su creación, ni siquiera fueron imaginados por sus autores y legisladores. Al decir del art. 348 CPC "los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia"; agregándose por el art. 255 CPC que "los documentos acompañados a la demanda deberán impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza". Lo anotado se regula para el juicio ordinario, sin perjuicio de poder aplicarlo "en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza" (art. 3 CPC). Luego, es perfectamente posible presentar un instrumento electrónico privado suscrito con firma simple con la demanda, y frente a esta situación el tribunal conferirá el traslado en la demanda y acatando lo prescrito en el art. 348 bis, deberá citar a las partes a una audiencia de percepción documental para el 6° día, oportunidad en la cual la parte demandada podrá objetar su autenticidad, o simplemente no decir nada sobre tal aspecto, y reservar su alegación de falsedad o falta de integridad, para hacerla valer en el término de emplazamiento.[2] De esta forma, este juicio ordinario está dando lugar a una audiencia en la que puede decretarse una prueba complementaria de autenticidad del documento acompañado, en pleno período de discusión de este procedimiento, instrumento que podrá tenerse por reconocido o por objetado. Esta situación altera la sustanciación regular del juicio ordinario, y eventualmente puede importar – si el documento es reconocido – que el juicio finalice antes de lo esperado si dicho documento se estima de tal trascendencia que haga innecesaria la producción de otras probanzas. Por lo demás, esta situación tan anómala no impide que el demandado oponga excepciones dilatorias a la demanda, dado que está corriendo

[2] Por cierto, se produce una desarmonía entre el art. 255 y este art. 348 bis, pues el primero ordena que tales documentos "deberán impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza", y el segundo prescribe, por su lado, que debe citarse a una audiencia de percepción documental para el 6° día. A nuestro parecer debe primar el art. 255, que es de especial aplicación para el acompañamiento de documentos conjuntamente con la demanda, dejando el art. 348 bis para aquellas situaciones inespecíficas, de carácter general.

el término de emplazamiento para ello y no se ha contestado la demanda. Y podría, entonces, darse el absurdo de tener un instrumento electrónico privado suscrito con firma simple por reconocido, y por otro lado acogerse una dilatoria, que si tiene efectos permanentes, impedirá la prosecución del pleito. Todo lo cual está muy lejos de lo querido por el Ejecutivo en cuanto esta ley "pretende facilitar la presentación de los documentos electrónicos en juicio, de modo que ésta sea hecha de un modo más efectivo y eficiente, y brindando la seguridad tecnológica y jurídica que demanda el sistema de administración de justicia". Nada más lejos de estos deseos es lo que se desprende de la aplicación de esta regulación.

Continuando con estas observaciones, y suponiendo que el juicio ordinario sigue su curso normal, se puede presentar el documento electrónico en cuestión hasta el vencimiento del probatorio. Será entonces, el instante para que el juez cite a la audiencia de percepción documental, trámite que se verificará cuando ya se ha iniciado la etapa de observaciones a la prueba, y si se decreta la prueba complementaria de autenticidad, la parte afectada carecerá de oportunidad para emitir sus observaciones a la misma.

Más aún, si tal prueba se extiende más allá de los diez días que contempla el art. 430 CPC, el tribunal vencido este término citará para oír sentencia, "se hayan o no presentado escritos y existan o no diligencias pendientes" (art. 432 CPC), y "no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género" (art. 433 CPC).

Hasta aquí hemos narrado lo que puede acontecer en primera instancia. Con todo, teniendo presente lo dispuesto en el art. 348 inc. 1° CPC los instrumentos pueden presentarse también en segunda instancia hasta la vista de la causa, y su agregación no la suspenderá en ningún caso, pero el tribunal no podrá fallar la causa sino vencido el término de citación, si hay lugar a ella. Pues bien, lo establecido en este artículo no podrá aplicarse si el instrumento que se acompaña a la instancia es un instrumento electrónico privado suscrito con firma simple, ya que deberá citarse a la audiencia de percepción documental, en la cual se le reconocerá o se objetará su autenticidad, pudiéndose, además, disponer de una prueba complementaria de autenticidad. Todo lo cual lleva a que la causa pierda su estado de relación y salga de la tabla inter se lleva a cabo la tramitación aludida, que se verificará ante uno de los integrantes de la sala que está conociendo del asunto, y que ella misma designe. Otra vez se altera el normal desarrollo de un procedimiento, esta vez el de segunda instancia relacionado con la vista de la causa.

Otra anomalía procedimental se presentará en el juicio sumario con la aplicación del art. 348 bis CPC. En efecto, deducida la demanda citará el tribunal a la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación; pues bien

si a esta demanda se acompaña un documento electrónico privado suscrito con firma electrónica simple, también se deberá citar para el 6° día a las partes para una audiencia de percepción documental, para los fines ya examinados precedentemente, con lo cual se desnaturaliza totalmente la estructura del procedimiento sumario, ya que requerirá la práctica de un nuevo comparendo al día siguiente de la celebración del primitivo, apartándose así de la idea central que rige en el juicio sumario de que toda alegación, incidentes, reconvención –si es del caso -, conciliación, etc., deba ventilarse en esa oportunidad. Tratar de demostrar las dificultades o problemas que pueden originarse en la práctica con la vigencia del mentado art. 348 bis CPC, va más allá de lo que pueda imaginar este escribidor, y será la prosaica realidad la que se encargará de demostrar, en su momento, a aquellos que someramente se dejan esbozados.

Por otra parte, no se piense que este mentado artículo tiene su campo de aplicación limitado a los procedimientos a que hemos aludido. No, toda vez que por el carácter supletorio que posee el procedimiento ordinario, a falta de disposición especial, afectará a todos los procedimientos civiles, contenciosos o no contenciosos.

A modo de conclusión de estos comentarios, es posible expresar que las alteraciones introducidas a nuestro Código de Procedimiento Civil en forma tan anodina en estos dos artículos (342 N° 6 y 348 bis) importan un verdadero desastre procesal y podríamos, entonces, decir con toda razón, que los cuidados del sacristán mataron al señor cura.

La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos[1]

Sergio Verdugo Ramírez
Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Profesor del Taller de Debates
Universidad del Desarrollo

I. Introducción

La Ley de Reforma Constitucional, N° 20.050, de 2005, otorgó al Tribunal Constitucional la facultad inédita en nuestro sistema de eliminar con efectos generales aquellos preceptos legales vigentes que fueren contrarios a la Constitución, siempre que dichos preceptos hubieren sido declarados inaplicables por el propio Tribunal en una sentencia anterior. Ello significó privar a la Corte Suprema de la facultad que el primitivo Art. 80, de la Carta Fundamental, disponía al efecto.

La reforma constitucional observó el principio de concentración de la Justicia Constitucional reuniendo en un órgano estatal la facultad de velar porque los preceptos legales respeten la Constitución, sin perjuicio de los demás mecanismos no concentrados que establece nuestro sistema constitucional. La concentración tiende a evitar la disparidad de criterios en la interpretación de la Carta Fundamental, fortaleciendo con ello la igualdad jurídica en la aplicación de los preceptos constitucionales, el principio de supremacía constitucional, la certeza jurídica, y la especialización judicial en materia constitucional.

[1] Este artículo es producto de la tesis que realicé para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, la que se encuentra disponible desde abril de 2008 en la biblioteca de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago. En este artículo fueron excluidas ciertas materias que son objeto de estudio en la tesis de grado que dio origen a este trabajo. Así, no se analizan las siguientes materias: la declaración de inaplicabilidad previa como requisito de la declaración de inconstitucionalidad y las diferencias entre el control concreto y el control abstracto; las críticas a la mayoría exigida para dictar la sentencia derogatoria; algunos comentarios relativos a la ley orgánica constitucional que se encuentra en plena tramitación; las diferencias existentes entre la nulidad de los actos administrativos, la nulidad procesal, y la nulidad de la ley; la procedencia de la sentencia por vicios tanto en la forma como en el fondo; la discusión acerca de la procedencia o improcedencia de un recurso que impugne la sentencia derogatoria ante la Corte Interamericana de Justicia; la discusión existente en cuanto a la presunción de constitucionalidad de la ley; los efectos especiales de la sentencia derogatoria en materia penal; la discusión acerca de si la sentencia derogatoria procede o no en contra de un tratado internacional.

Hoy, el Tribunal Constitucional no se limita a controlar la constitucionalidad de las leyes de forma preventiva -antes de que sean promulgados-, sino que también lo hace de manera represiva, esto es, una vez que éstas pasan a formar parte del sistema jurídico legal. Así, el Tribunal goza tanto de facultades preventivas (o "a priori", o "ex-ante") como de atribuciones de control represivas (o "a posteriori", o "ex-post"). Estas últimas, pueden ser "en concreto", mediante el procedimiento incidental de inaplicabilidad, o "en abstracto", mediante la sentencia derogatoria del precepto impugnado, la que procede con efectos generales.

El primero de los casos constituye una inconstitucionalidad en "la aplicación" de la ley (Art. 93, N° 6, de la Carta), mientras que el segundo se refiere a una contradicción abstracta entre la norma legal y la constitucional (Art. 93, N° 7, de la Constitución). Así, el control en abstracto culmina con la expulsión del precepto impugnado del sistema de Estado de Derecho que nuestra Carta Fundamental establece.[2]

Esta atribución es propia del clásico modelo kelseniano. Con ella se da lugar al tradicional concepto de "legislador negativo" introducido por el propio Hans Kelsen al redactar la Constitución Austríaca. Lo anterior se traduce en aquella función encargada de expulsar las normas legales que el "legislador positivo" (Congreso Nacional y Presidente de la República, en nuestro sistema) ha insertado al ordenamiento jurídico contrariando la supremacía de la Constitución.[3] De esta manera, existen en nuestro sistema de Derecho dos formas de derogar una ley vigente: a través de un acto legislativo de manera tácita o expresa, o a través de un acto jurisdiccional de forma siempre expresa. Con ello, la sentencia del "legislador negativo" constituye una excepción al efecto relativo de los actos de jurisdicción (Art. 3, del Código Civil), convirtiéndose en una

[2] Juan Colombo Campbell, Ministro del Tribunal Constitucional, ha señalado que "hemos llegado a la conclusión de que si el legislador distinguió entre la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad y su inconstitucionalidad pura, es porque hay un control concreto en el caso de la inaplicabilidad y un control abstracto en el caso de la inconstitucionalidad". COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4.

[3] Véase KELSEN, Hans, "Quién debe ser el defensor de la Constitución", Ed. Tecnos, 2ª ed. 1999, Madrid. Por otra parte, debe recordarse que no porque el autor citado haya denominado al Tribunal Constitucional como un "legislador negativo", resulta válido asumir que éste goza de potestad legislativa. Ello es un error de lenguaje importante de distinguir. En efecto, lo anterior responde a una tesis relativa a la naturaleza política-jurídica de los Tribunales Constitucionales, la que confunde los conceptos de nulidad con derogación. En efecto, Kelsen señala que "Anular la ley significa poner una norma general, ya que tal anulación (por sus efectos erga omnes) tiene el mismo carácter de generalidad que la producción de la ley, siendo, por así decirlo, una producción de signo negativo, y por tanto una función legislativa. Es un tribunal que tiene poder de anular las leyes y, en consecuencia, órgano del poder legislativo". KELSEN, Hans (1981 b), "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)", publicado originalmente en francés en 1928, en *Rev. Dr. Publ. Et. Sc. Pol.*, p. 172-173. Citado por PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006) p. 228. Véase, además, p. 227, y 229-231, del mismo libro.

verdadera fuente formal y directa del Derecho. Es un precedente obligatorio con verdadera fuerza de ley.

Antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el sistema de control de constitucionalidad sólo contenía un mecanismo de control concreto, por lo que se impedía la eliminación definitiva de las normas legales inconstitucionales. De esta manera, el primitivo sistema permitía la perpetuación de preceptos legales contrarios a la Carta Fundamental, lo que resultaba una situación jurídica y política inaceptable para un Estado de Derecho.[4] El único facultado para privar de efectos a dichas normas con efectos absolutos era el propio legislador.

Como se verá, y no obstante la desaparición definitiva del precepto inconstitucional, la sentencia derogatoria reconoce que la norma expulsada tuvo una validez provisoria dentro del sistema de Derecho. Las normas inconstitucionales nacen con un vicio que corresponde declarar sólo al Tribunal Constitucional y mientras la sentencia derogatoria no sea publicada en el Diario Oficial, la norma viciosa gozará de una verdadera presunción de constitucionalidad.

La idea de establecer en nuestro sistema constitucional un control represivo de la ley con efectos generales no es nueva. En efecto, la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 discutió la posibilidad de introducir una suerte de inaplicabilidad con efectos absolutos, lo que fue rechazado por la Junta de Gobierno.[5] Las mociones que originaron la reforma constitucional de la Ley 20.050, traspasaron el recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional y dispusieron que luego de tres fallos uniformes que declararan la inaplicabilidad de un mismo precepto legal, se podría declarar la inconstitucionalidad con efectos generales.[6]

[4] Como advierte Gastón Gómez, "el modelo de jurisdicción constitucional vigente hasta esta reforma preveía que un precepto o ley inconstitucional estaría vigente hasta que quien lo dictó –el poder legislativo- lo derogara. Incluso, podría dudarse que la frase 'ley inconstitucional' tuviera en nuestro sistema algún sentido, que no sea académico". GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005) p. 680.

[5] La Subcomisión de Justicia había propuesto que "Después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales." Citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) p. 65. Luego, se propuso radicar el control represivo con efectos generales en el Tribunal Constitucional, el que debía declarar la inconstitucionalidad de una ley luego de que la Corte Suprema le requiera el pronunciamiento cuando haya declarado inaplicable por tres fallos uniformes un mismo precepto legal. El Consejo de Estado modificó dicha atribución y la radicó en la Corte Suprema la facultad para declarar la inconstitucionalidad luego de tres fallos. Finalmente, la Junta de Gobierno decidió eliminar dicha atribución, dejando sólo el control concreto (p. 66).

[6] I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. Es importante hacer presente la existencia de otras mociones anteriores que introducían reformas similares al Tribunal Constitucional, las que hoy pierden toda vigencia. Entre ellas, las del senador ERRÁZURIZ TALAVERA, Francisco Javier (1994): moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre atribuciones del Tribunal Constitucional, boletín N° 1454-07; y la moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre la derogación de preceptos legales declarados inaplicables por la Corte Suprema, boletín N° 1455-07. Ambas disponibles en www.senado.cl.

Luego, la Cámara de Diputados –en segundo trámite constitucional- eliminó el requisito de los tres fallos previos de inaplicabilidad y se dispuso que bastaba sólo uno, siendo esta última la idea que primó finalmente.[7]

El nuevo sistema de control represivo no ha estado exento de críticas. En efecto, muchas discusiones han tenido lugar y otras aparecerán en el futuro debido a la falta de una completa precisión constitucional, especialmente en la regulación de las consecuencias jurídicas del ejercicio del control constitucional en abstracto, y a la ausencia de comunicación existente entre el nuevo mecanismo de control y los procesos que se llevan a cabo en los tribunales de justicia. Además, y pese a que será objeto de análisis en este trabajo, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional aun no entra en vigencia.

Con el objeto de dar respuesta a dichos conflictos resulta necesario aclarar la verdadera naturaleza jurídica de la atribución en estudio, para desde allí elaborar una teoría relativa a sus efectos. A mi modo de ver, la sentencia derogatoria es un mecanismo de nulidad de derecho público con efectos atenuados. Sobre esta premisa, demostraré que existe la posibilidad de solucionar dichos problemas sin la necesidad de que se realicen nuevas reformas a la Carta Fundamental.

II. Naturaleza jurídica de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto

El inc. 3°, del Art. 94, de la Constitución, dispone que el precepto legal inconstitucional "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo",[8] por lo que debe analizarse si la sentencia derogatoria es, en realidad, una derogación. Fácil resultaría sostener que esta norma constitucional asimila la derogación como acto legislativo a la sentencia derogatoria como acto jurisdiccional. De esta manera podría incluso llegar a afirmarse que ambas gozan de la misma fuerza jurídica, siendo actos idénticos al menos en sus efectos. Así, del tenor

[7] Véase NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) p. 67-68. Por otra parte, la profesora Luz Bulnes rechaza la primera propuesta parlamentaria. Véanse sus argumentos en BULNES ALDUNATE, Luz (2004) p. 186. En el mismo sentido se pronuncia VIERA GALLO, José Antonio (1998) p. 342-343.

[8] Como se estudiará en su oportunidad, el precepto en estudio constituye lo que la doctrina constitucional denomina como "efecto ex nunc", por el cual la sentencia sólo produce consecuencias jurídicas para lo futuro. "Produce efectos desde el pronunciamiento y notificación o publicación del fallo hacia el futuro, no afectando las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma". Se opone a este tipo de efecto, el "efecto ex tunc", por el cual se elimina la norma "con efecto retroactivo, considerando que el mismo nunca ha existido; ello es consecuencia de la supremacía constitucional y los efectos de la nulidad de derecho público que es originaria e insalvable". NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 437 y 438.

literal de la norma citada podría llegar a decirse que la sentencia derogatoria es una derogación, siendo esta su verdadera naturaleza.

A mi juicio, la afirmación anterior es errónea.

Nuestro ordenamiento constitucional no trata la derogación de las leyes dentro del articulado de la Carta Fundamental. Lo hace el Código Civil en sus Arts. 52 y 53. Para Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, la derogación es "la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras".[9] Asimismo el Profesor Carlos Ducci Claro entiende por derogación a aquella "supresión de la fuerza obligatoria de una disposición legal, ya sea por su reemplazo por otra o por su simple eliminación. La derogación de la ley corresponde al legislador. Quien tiene la facultad para dictar las leyes tiene también la facultad de dejarlas sin efecto, no así los otros poderes del Estado".[10] Como elemento común de todos los conceptos citados y de la norma mencionada del Código Civil, puede decirse que la derogación consiste en un acto legislativo que tiene por objeto directo o indirecto producir la privación de la vigencia de un precepto legal anterior, ya sea de manera tácita o expresa, ya sea de manera parcial o total.

Aunque pueda resultar algo paradojal, la sentencia derogatoria no constituye un caso de derogación de las leyes, por las razones que siguen:

a) De acuerdo a los conceptos citados la derogación es, en esencia, un acto legislativo. Ello se encuentra ratificado por el Art. 52, del Código Civil el que, al hacer referencia a la "ley nueva" y la "ley anterior", no reconoce otra forma de derogación que no sea la legislativa.[11] Por consiguiente, si se afirmara que el Tribunal Constitucional tiene la facultad para derogar los preceptos legales, entonces se estaría dando a entender que éste forma parte de la Función Legislativa del Estado, en conjunto con el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Ello es del todo absurdo. El Tribunal Constitucional no forma parte de la Función Legislativa ya que ella corresponde exclusivamente a los

[9] ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 190.

[10] DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 65. En la misma línea de los autores citados, para Antonio Vodanovic la derogación es "la cesación de la existencia de la ley toda o de una parte de ella por mandato expreso o tácito de otra posterior. La ley derogada puede ser o no reemplazada por otra". VODANOVIC H., Antonio (2004) p. 124.

[11] En esta misma línea, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva nos enseñan que "Lo que caracteriza esencialmente a la derogación expresa es la mención que hace el legislador de las leyes que deroga (...). La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera."ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 191-192.

órganos señalados por la Constitución. Una interpretación distinta llevaría a romper el principio de distribución de las funciones estatales de acuerdo al antiguo y elemental criterio de separación de los órganos públicos elaborado por Montesquieu en "El Espíritu de las Leyes". El principio citado, pilar en las democracias constitucionales modernas, tiene por objeto garantizar los derechos de las personas frente a la autoridad evitando el abuso o desviación del poder mediante la distribución de las funciones en instituciones diferentes. Este fundamental principio es reconocido por nuestra Constitución Política y por el propio Tribunal Constitucional.[12]

b) Sostener que el Tribunal Constitucional es un ente legislativo, implica vulnerar el Art. 7, de la Constitución, por el cual ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad que los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución y la ley. Pues bien, las competencias del legislador se encuentran establecidas en el Art. 63, de la Carta Fundamental, y las competencias del Tribunal Constitucional están señaladas en el Art. 93.[13]

c) Por otra parte, el Art. 94, de la Carta Fundamental, dispone que el precepto legal impugnado de inconstitucional "se entenderá derogado". En consecuencia, no se trata de una derogación propiamente tal, sino más bien de una sentencia que produce efectos derogatorios. Si el constituyente hubiese querido otorgarle a la sentencia una naturaleza derogatoria habría señalado derechamente que el precepto inconstitucional "quedará derogado", fórmula que no utilizó.

d) Por todo lo señalado -y como indica el concepto del Profesor Ducci- se aplica el principio de que en Derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen. Así, el legislador puede derogar su ley, el Constituyente derivado puede modificar la Constitución, y los contratantes pueden dejar sin efecto la convención, pero los Tribunales no pueden derogar las leyes, modificar la Constitución, o dejar sin efecto los contratos válidamente celebrados, ya que se estarían excediendo de sus competencias. Si la ley es un acto del legislador entonces la derogación es también un acto legislativo. En consecuencia, la sentencia de inconstitucionalidad es un acto judicial con consecuencias derogatorias.

e) La atribución del Art. 93, N° 7, de la Constitución, le permite al Tribunal Constitucional eliminar un precepto legal por adolecer de un vicio de incons-

[12] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 7°.

[13] El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional por esencia y, por consiguiente, no puede desempeñar funciones legislativas. Así, la Constitución determina quiénes son los órganos legislativos del Estado en sus Arts. 32, N° 1, y 46, y nada dice respecto del Tribunal.

titucionalidad originario para dicho precepto. Luego, la causa que permite la declaración de inconstitucionalidad es anterior a la sentencia derogatoria, en circunstancias que la derogación tiene su causa en el acto legislativo posterior.[14]

f) El acto legislativo es un acto espontáneo del legislador que sigue el procedimiento de formación de la ley. Así, la iniciativa de la derogación recae en el Presidente de la República o en los parlamentarios. Por el contrario, la sentencia derogatoria no es un acto espontáneo, sino el ejercicio de una atribución jurisdiccional que se ejerce debido a una acción pública que la pone en movimiento, o a raíz de un procedimiento seguido por el propio Tribunal Constitucional de oficio. Si la intervención del Tribunal Constitucional fue requerida en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico, y lo solicitado se encuentra dentro de su competencia, entonces el Tribunal tiene la obligación de ejercer su jurisdicción en conformidad con el principio de inexcusabilidad, dispuesto en el inc. 2°, del Art. 3, de la Ley Orgánica Constitucional del propio Tribunal.

g) La derogación de una ley puede ser tácita o expresa, mientras que la sentencia derogatoria sólo puede ser expresa. El Tribunal Constitucional debe señalar con exactitud cuál el precepto legal que declara inconstitucional.

h) Uno de los efectos de la derogación radica en que la norma derogada puede volver a insertarse en el ordenamiento jurídico mediante un acto legislativo expreso. Por otra parte, el precepto legal declarado inconstitucional no puede volver a insertarse al ordenamiento jurídico ni siquiera a través de una nueva ley, salvo que se modifique la Carta Fundamental. La sentencia derogatoria da certeza jurídica de una inconstitucionalidad insanable.

Resulta evidente que -a raíz de lo expuesto- la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad no es la de ser una derogación de las leyes. En realidad, la sentencia derogatoria es un acto de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos.

[14] Resulta ilustrativo recordar la diferencia entre la nulidad de derecho privado con la resciliación. En la primera, el acto queda privado de sus efectos debido a una declaración judicial que reconoce los vicios de que adolece dicho acto, en conformidad con los Arts. 1681 y ss. del Código Civil. En cambio, en la resciliación son los propios contratantes o autores los que deciden dejar sin efecto el acto por causa de una convención posterior, en virtud de lo dispuesto en el inc. 1°, del Art. 1567, del mismo cuerpo legal. En el caso de la resciliación, no obstante que la ley señala que las partes interesadas "consienten en darla por nula", hay acuerdo entre los autores del Derecho Civil a que es un acto diferente a la nulidad ya que se trata de una convención que elimina un acto anterior válido. La nulidad, por el contrario, expulsa del ordenamiento jurídico a un acto que nació inválido, con un vicio que le otorgaba una validez sólo provisoria, susceptible de ser eliminado por la judicatura. Ambas instituciones jurídicas pueden operar como modo de extinguir las obligaciones.

¿Puede la ley ser declarada nula de conformidad a lo dispuesto en el Art. 7, inc. 3, de la Carta Fundamental? Se trata de determinar la sanción de una ley contraria a los preceptos constitucionales, ya que ésta es un acto contrario al principio de juridicidad y, por consiguiente, debe ser expulsada del mismo.

La nulidad de Derecho Público es una sanción constitucional relativa a aquella consecuencia jurídica producida por la vulneración de los presupuestos de validez de los actos estatales (Art. 7, de la Constitución), la que se traduce en la abolición de dicho acto y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico con efectos generalmente retroactivos. En materia de actos administrativos, se discute la posibilidad de que dicha nulidad opere de pleno derecho. Constituyendo una excepción a la regla general, la Nulidad de la ley no opera de pleno derecho, ni tampoco puede operar con efecto retroactivo, sin perjuicio de que el vicio sea insanable y su acción imprescriptible, como se verá.

El Art. 7 regula las condiciones que prescribe la propia Carta Fundamental para que los actos estatales se inserten válidamente al ordenamiento jurídico.[15] El precepto en cuestión no distingue a qué órganos del Estado se aplica esta norma por lo que no cabe excluir al Poder Legislativo del mismo. Así, se aplica el conocido aforismo jurídico por el cual donde no distingue el Constituyente, tampoco corresponde distinguir al intérprete. Una interpretación contraria importaría restringir de manera caprichosa y arbitraria el texto de la norma constitucional y dejarla como una norma programática incumplida, a lo menos parcialmente. A mayor abundamiento, cabe señalar el hecho de que dicho precepto se encuentre ubicado en el Capítulo I de la Constitución, relativo a las Bases de la Institucionalidad, por lo que el mismo tiene una aplicación general, no correspondiendo al intérprete restringirla. El inc. 3°, de la citada disposición, establece que "Todo acto en contravención a este artículo es nulo (...)". Por consiguiente, si el Poder Legislativo dicta un acto estatal (ley) contraviniendo los presupuestos de validez que establece el inc. 1°, entonces dicha ley es nula de nulidad de Derecho Público.

El legislador contraviene los requisitos del Art. 7, en los siguientes casos: 1. Si dicta una ley sin estar investido regularmente; 2 Si actúa fuera de su esfera expresa de atribuciones (no respetando su competencia);[16] y, 3. Si infringe las

[15] También es importante precisar lo que dispone el Art. 6, especialmente si inc. 1°, de la Constitución, el que expresa que: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)". Por consiguiente, si las normas no han sido dictadas en conformidad con la Constitución, entonces los órganos del Estado no deben someter su acción a ellas. Asimismo, el inc. 2°, dispone que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Lo anterior, por supuesto, no excluye al Legislador, quien resulta obligado por los preceptos de la Constitución.

[16] En materia del Poder Legislativo, las competencias están determinadas mediante el dominio máximo legal. Las materias de ley se encuentran enumeradas en el Art. 63, de la Constitución Política, el que se remite a muchas otras disposiciones expresamente establecidas.

disposiciones relativas al proceso de formación de la ley, las que se encuentran reguladas en la propia Constitución.

El legislador se ha excedido de la órbita de competencias que la propia Carta Fundamental le otorga, dictando una norma legal contraria a la Constitución que escapa al campo legislativo determinado constitucionalmente. Dicho precepto legal inconstitucional está ilícitamente destinado a modificar la Carta Fundamental o a excepcionarse. En ambos casos, el único camino correcto desde una perspectiva legislativa, es el de reformar la Constitución y no el de atribuirse competencias que no se le han atribuido.[17]

En un sentido contrario, Jorge Reyes Riveros argumenta (en relación al primitivo Art. 80, de la Constitución, que consagraba la declaración de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema) que la ley no puede ser declarada nula de Derecho Público debido a que existe un mecanismo constitucional para declarar su inaplicabilidad. La nulidad tiene como principal efecto hacer desaparecer la norma declarada nula, en circunstancias que la declaración de inaplicabilidad deja subsistente la norma contraria a la Carta Fundamental.[18]

Bajo el sistema de control constitucional actual, sostener lo anterior es un profundo error. La nulidad de Derecho Público se encuentra establecida para cualquier acto estatal sin distinciones de ningún tipo. La discusión sólo puede incidir en la manera en que dicha nulidad debe ser declarada. Estoy conteste en el sentido de que la inaplicabilidad no es una forma de nulidad debido a sus efectos particulares, lo que no obsta a la nulidad de efectos generales. Si Jorge

[17] Esta tesis no es nueva en la doctrina. Aunque sin mayor profundidad y antes de que entrara en vigencia la reforma constitucional correspondiente, la posibilidad de que la ley fuera nula de nulidad de Derecho Público ya había sido sostenida por SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 179; y por MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2003). Aunque de manera algo tímida, esta tesis también ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que "La norma constitucional es la de mayor rango y jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico; ninguna otra norma jurídica puede disponer algo que la contravenga; cualquier transgresión a este principio vicia de nulidad a la norma que contenga la infracción". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996) Sentencia rol N° 231-1996. Por otra parte, Alejandro Silva Bascuñán reconocía antes de la reforma de la Ley 20.050, una forma parcelada de nulidad: "Desde luego, en el campo del Poder Legislativo, la Constitución señala minuciosamente el régimen que condiciona el ejercicio de esa función (...). En la hipótesis de la ocurrencia de una irregularidad formal en el proceso de gestación de la ley, la nulidad de derecho público, dispuesta en el art. 7°, alcanza su plena aplicación (...). Dichos tribunales podrán establecer la existencia o inexistencia de irregularidades y, por lo tanto, acoger o desechar la acción deducida (se refiere a la acción de Nulidad de Derecho Público). Promulgada y publicada una ley, ahora en la hipótesis de que contenga su sustancia un precepto incompatible con la Ley Fundamental, desde 1925 en nuestro país únicamente la Corte Suprema tiene la atribución –reconocida según el art. 80 de la actual Carta- (lo que hoy corresponde al Tribunal Constitucional) de declarar, exclusivamente para la gestión de que se trate, que un determinado precepto con jerarquía de ley es inaplicable." SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 155-156.

[18] REYES RIVEROS, Jorge (1998), p. 29. En este mismo sentido véase PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 2-4. Los autores citados sustentan su posición en los efectos futuros de la declaración de inconstitucionalidad.

Reyes estuviera en lo cierto, entonces el Art. 7, de la Constitución, sería una norma programática incumplida -a lo menos parcialmente- ya que su aplicación no podría ser total, lo que repugna con el Art. 6, de la Constitución.

En realidad, la nulidad de Derecho Público de la ley existe y puede ser declarada. El mecanismo para ello se encuentra establecido en el Art. 93, N° 7, de la Constitución. La propia historia de la reforma constitucional de la Ley 20.050, dispone aquello.[19]

Existen, por consiguiente, tres clases de nulidad de Derecho Público (cada una referida a una función estatal diferente), y todas encuentran su fuente en el Art. 7, de la Constitución. En primer lugar encontramos la nulidad de los actos administrativos, sanción jurídica que no obstante no estar regulada con detalle por nuestro ordenamiento jurídico, ha sido ampliamente desarrollada por los autores y por la jurisprudencia. En segundo lugar encontramos la nulidad de las resoluciones judiciales. Esta materia ha sido ampliamente discutida por la doctrina. La jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que la nulidad genérica del Art. 7, de la Constitución, no tiene aplicación debido a la existencia de medios de impugnación de las resoluciones establecidos por la ley procesal. De lo contrario se estaría vulnerando el principio de no avocabilidad, del Art. 76, inc. 1°, de la Constitución, abriendo la puerta a revivir procesos fenecidos y atentando en contra de la cosa juzgada.[20] No obstante ello, la nulidad de Derecho Público sí tiene aplicación. Lo que sucede es que sus efectos y los mecanismos para declararla se encuentran establecidos por la ley procesal a través de los recursos de impugnación que tienen por objeto corregir una resolución de acuerdo a Derecho. Es la propia Carta Fundamental la que permite que la nulidad sea complementada mediante la ley en sus Arts. 6, inc. final, 7, inc. final., 63, N° 3 y N° 20, y el Art. 82, todos de la Constitución. En consecuencia, los efectos de la declaración de nulidad de Derecho Público de las resoluciones judiciales se encuentran establecidos en la ley y, en muchas ocasiones, son alterados por esta legislación.[21] Por lo anterior, si bien

[19] En efecto, el profesor Otero expresó que: "De no existir este control y la facultad de declarar la nulidad de la norma contraria a la Constitución, sería imposible mantener la vigencia del Estado de Derecho, por cuanto el Congreso Nacional y el Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad legislativa, podrían ignorar y modificar la Carta Fundamental. (...) El organismo encargado de este control es el Tribunal Constitucional (...). Si lo declara así, la norma legal o reglamentaria adolece de nulidad de derecho público en razón de lo establecido en los citados artículos 6° y 7° de la Constitución. (...) quien considere que se lesiona o puede lesionarse un derecho que le corresponde, pueda impetrar la revisión constitucional oportunamente, dando así certeza jurídica a la validez o a la nulidad de la norma impugnada. (...)." Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 260-261.

[20] Sobre esta materia véase, entre otros, a DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo (2007).

[21] En este sentido, se pronuncia SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 156.

encuentra una misma raíz con la nulidad de los actos administrativos, resulta ser absolutamente diferente en su aplicación.

En tercer término, encontramos la nulidad de Derecho Público aplicada a los actos del legislador. Esta nulidad también se encuentra regulada normativamente, pero a nivel constitucional. La precisión con que se regulan sus efectos no es tan acabado, por lo que pueden resultar útiles las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han hecho respecto de la nulidad de los actos administrativos, siempre que se respeten las elementales diferencias existentes entre una y otra. En efecto, la nulidad de la ley no produce efectos retroactivos, mientras que la nulidad de los actos jurídicos de la Administración sí. Por ello, la construcción de una teoría acerca de la nulidad de la ley debe considerar las particularidades de la misma.

La nulidad de Derecho Público del Art. 7, de la Constitución, es el género, y la declaración de inconstitucionalidad del Art. 93, N° 7, es la especie (sólo aplicable al caso de la ley inconstitucional). Por ello, los efectos de la misma se ven alterados. Así, la primera es una norma de carácter general, mientras que la segunda una norma de carácter especial. Los efectos de la sentencia derogatoria son -en principio, y aunque sea obvio- derogatorios. Sin perjuicio de ello, en lo no regulado por la norma especial (Art. 94), corresponde aplicar lo establecido en la norma general (Art. 7).[22] Lo anterior corresponde a la aplicación armónica y coherente que exige la interpretación del texto de la Constitución, donde no cabe considerar a cada precepto aisladamente, sino como un cuerpo que se interrelaciona.[23] Debido a lo anterior, la nulidad de Derecho Público tiene una aplicación general mientras no exista una sanción específica para el caso en contravención, subsistiendo su aplicación si no hubiere oposición en todos los aspectos.[24]

[22] Lo especial prevalece por sobre lo general si existe oposición entre las normas. Si no existe oposición entre las unas y las otras, corresponde que se apliquen ambas. Es un principio general de Derecho recogido por el Código Civil (Art. 13).

[23] El principio de Unidad en la interpretación de la Carta Fundamental es aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase las sentencias de fecha 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 40; 2 de diciembre de 1996, Rol N° 246, considerando 31; 26 de abril de 1997, Rol N° 254, considerando 11; 26 de junio de 2001, Rol N° 325, considerando 10. Todas las sentencias citadas por NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006) p. 95-115. A mayor abundamiento, este principio se encuentra recogido por nuestro Código Civil en sus Arts. 22 y 1564.

[24] Por otra parte, resulta útil citar el Art. 10, del Código Civil, pese a que trata la nulidad de Derecho Privado (no puede aplicarse a la nulidad de Derecho Público, pero su texto resulta ilustrativo para el objeto que trato), el que dispone que "Los actos que prohíbe la ley don nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Para el profesor Silva Bascuñán, el precepto citado "ha sido llevado con carácter general a la letra de la Carta de 1980. Siendo nulo e ineficaz el acto que omite los requisitos a que se condiciona su validez, no merece obediencia." SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 153.

III. Exclusividad de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley

Aun cuando la propia Carta Fundamental no lo establece de manera literal, resulta evidente que la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal se ejerce de manera exclusiva y excluyente por parte del Tribunal Constitucional, al igual que la facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Ello es producto del principio de concentración del control constitucional de la ley.[25] El control de constitucionalidad concentrado consiste en que un solo órgano ejercerá las facultades propias de la Jurisdicción Constitucional respeto de las leyes, sustrayendo del resto de las instituciones estatales las atribuciones respectivas, sin perjuicio de la existencia de otros sistemas difusos.

De acuerdo a la normativa constitucional vigente, si un juez, ordinario o especial, advierte en una gestión que conoce que existe un precepto legal que pudiera tener un vicio de inconstitucionalidad, entonces debe remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que éste pueda determinar de manera incidental si la norma debe ser aplicada o no al proceso seguido en la instancia. Lo anterior puede ser iniciativa del propio magistrado o a petición de parte. Por consiguiente, el Tribunal de la instancia no está autorizado para dictaminar acerca de la constitucionalidad de la ley estando obligado a aplicar la legislación vigente si correspondiere.[26] En este mismo sentido, de pronunció el profesor Otero en la tramitación de la reforma constitucional,[27] y el propio Tribunal Constitucional,[28] y la Corte Suprema en fallo reciente.[29]

[25] Entre otras muchas ocasiones, durante la tramitación de la reforma constitucional de la Ley 20.050 se dejó constancia del principio de concentración en la intervención del Ministro Eugenio Valenzuela y del Ministro Juan Colombo, ambas del I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 510-513, y 516-520, respectivamente.

[26] Véase COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 5; y COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 561.

[27] Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 260-262.

[28] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 686-2006, consid. 11°.

[29] "Que tampoco puede recurrirse para dar solución a este asunto a lo que ha sostenido parte de la doctrina en cuanto a que cualquier tribunal de la República puede prescindir de un precepto inconstitucional dando directa aplicación al principio de supremacía de la Carta Fundamental, por cuanto ello resultaría improcedente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional que establece al Tribunal Constitucional como único contralor de la constitucionalidad de las leyes, además de introducir un factor de incertidumbre jurídica inaceptable con el buen orden institucional, por cuanto, además, en nuestro sistema la jurisprudencia de los tribunales superiores no es obligatoria para los inferiores." CORTE SUPREMA (2008) Sentencia rol N° 2849-2006, de 4 de junio de 2008.

Las resoluciones jurisdiccionales rigen, en general, sólo en las causas respecto de las cuales se pronuncian.[30] El caso del Tribunal Constitucional es excepcional, por cuanto existen atribuciones respecto de las cuales la propia Carta Fundamental ordena que sus efectos sean generales y absolutos, como ocurre con la del Art. 93, N° 7, de la Constitución. Por lo tanto, si lo anterior es una excepción[31] entonces la facultad en estudio corresponde sólo al Tribunal que ha sido designado expresamente para ejercer la función específica de que se trata. Así, ninguna otra magistratura, persona, o grupo de personas, puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente le sean designados por la Constitución o la ley (Art. 7, inc. 2°, de la Carta). Ningún otro tribunal puede atribuirse dicha facultad. Así también, el Art. 94, de la Constitución, dispone que contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno, no existiendo ningún órgano capaz de alterar lo resuelto.[32]

IV. La ley inconstitucional y el vicio de constitucionalidad

La ley inconstitucional existe debido al valor provisorio que le otorga la no concurrencia de los efectos retroactivos, pero adolece de un vicio que la hace ser susceptible de ser expulsada del ordenamiento jurídico. De esta manera, la ley inconstitucional goza de una vigencia temporal. Dicha vigencia persiste en el tiempo mientras no exista una sentencia contraria, por lo que el valor de la ley inconstitucional no es indefinido.

La norma que resulta contraria a la Carta Fundamental no deja de contradecirla nunca, salvo que la Constitución sea modificada mediante un procedimiento

[30] El efecto relativo de las sentencias judiciales fue formulado por el Derecho Romano, donde "la cosa juzgada entre unos no daña ni aprovecha a otros; res inter alio iudicata allis non norcet prodest". ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 140.

[31] Existen casos de sentencias judiciales que sí tienen efectos erga omnes en materia civil. Pero ello es de una naturaleza absolutamente diversa de la materia que tratamos. En realidad, se trata de casos en que lo resuelto por la resolución judicial es oponible a toda persona, como ocurre con la que reconoce el estado civil de una persona. Véase en esta materia, ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 124, 140-141.

[32] Todo lo señalado en este apartado, debe entenderse sin perjuicio de la obligación de todos los Tribunales, sean ordinarios o especiales, de interpretar las normas jurídicas del modo que más conforme parezca a los preceptos de la Constitución. Ellos tienen el deber de velar por la aplicación armónica y coherente de todo el sistema jurídico en que nuestro Estado de Derecho se ubica, comenzando por la norma jerárquicamente superior. Si un Tribunal advierte la posibilidad de interpretar una norma legal de varias maneras, debe siempre preferir la que se encuentre en concordancia con la Carta Fundamental y sus principios. Ello, es una consecuencia del Art. 6, de la Constitución, el que dispone que la Constitución es la norma suprema y obliga a toda persona, institución o grupo. En definitiva, el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga la exclusividad en el control de constitucionalidad de la ley, no significa liberar a los jueces de obedecer los preceptos constitucionales y utilizarlos cuando en Derecho corresponda. Esta tesis ha sido sostenida por el propio Tribunal Constitucional con el objeto de buscar un sentido conciliatorio entre el precepto legal impugnado y las normas de la Constitución. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

de reforma constitucional. Por la misma razón anterior, el vicio no se subsana ni la acción prescribe, pudiendo interponerse en cualquier tiempo. Esta materia se encuentra ratificada en la historia de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, donde el profesor Otero sostuvo que "la nulidad que se declara es de derecho público, imprescriptible e insubsanable, dado el claro texto constitucional que dispone que todo acto en contravención a este artículo es nulo (...).".[33]

Las características del vicio de constitucionalidad pueden resumirse como sigue:

a. La inconstitucionalidad de la ley no opera de pleno derecho: Si bien la sentencia derogatoria reconoce una situación preexistente (el vicio en cuestión), requiere de una declaración expresa por parte del Tribunal Constitucional. Los efectos se producen desde la publicación de la sentencia derogatoria hacia el futuro. Si la inconstitucionalidad operara de pleno derecho entonces el precepto vicioso nacería muerto, sin valor jurídico, y no gozaría de la presunción de constitucionalidad que el Tribunal tantas veces ha reconocido. No opera de pleno derecho debido al principio de irretroactividad del Art. 94, de la Constitución. Sostener lo contrario implicaría que la norma legal no se insertaría en el orden jurídico, como si el precepto no existiera, en circunstancias que la Carta Fundamental reconoce el valor provisorio de la norma inconstitucional.[34]

b. El vicio de constitucionalidad de la ley es insubsanable: Para Eduardo Soto Kloss, la nulidad de Derecho Público es insanable como efecto ineludible y lógico de que ella opere de pleno derecho. No se puede convalidar o subsanar lo que no existe, porque "lo que no existe no es y lo que no es, es la nada: nullus, nullitas, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento".[35] En realidad, este argumento no resulta aplicable a la nulidad del precepto legal,

[33] Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262.

[34] De esta forma, la discusión existente en los actos administrativos acerca de si la nulidad de Derecho Público procede o no con efectos ipso iure no tiene ninguna relevancia en la materia que estudiamos en este trabajo, ya que existe una norma expresa que resuelve el problema para la nulidad de la ley. Esta teoría había sido formulada por el profesor Mario Bernaschina en Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas. Boletín de la Contraloría General de la República, 1950, t. II, p. 401 y ss. (citada por REYES RIVEROS, Jorge -1998-, p. 14), y renovada por el profesor Soto Kloss (SOTO KLOSS, Eduardo -1996-). Ha sido seguida por diversos autores, como Silva Bascuñán (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro -1997- p. 158) y Martinez Estay (MARTINEZ ESTAY, José Ignacio -2003-), entre muchos otros. No obstante lo anterior, esta tesis no ha tenido mayor aplicación en la jurisprudencia reciente. En la postura contraria, esto es, que la Nulidad de Derecho Público no opera de pleno derecho, se encuentran Jorge Reyes, Enrique Silva C., Patricio Aylwin A., Arturo Aylwin A., Domingo Hernández E., Pedro Pierry A., entre otros, como anota el profesor Reyes (REYES RIVEROS, Jorge -1998-, p. 20).

[35] SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 175-176. El mismo argumento utiliza el profesor Soto Kloss para sostener que la acción de Nulidad de Derecho Público no prescribe (p. 176-177).CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

ya que ésta no opera de pleno derecho. La ley inconstitucional existe y vale, aunque sea provisoriamente. La razón que justifica el hecho de que el vicio de constitucionalidad sea insubsanable es otra: El precepto que tiene un vicio de constitucionalidad no puede subsanarse o ser reparado como consecuencia del principio de supremacía constitucional. No obstante que la ley resulta válida jurídicamente –aunque provisoriamente-, el vicio de que adolece la vuelve vulnerable ante un eventual control de constitucionalidad. Ello, debido a que la norma no se encuentra conforme a la Carta Suprema. La Constitución no contiene excepciones relativas a otorgar la posibilidad de sanear una disposición contraria a ella, por lo que su aplicación es amplia.

El vicio de constitucionalidad sigue ahí no obstante el transcurso del tiempo, violando originariamente la Carta Fundamental. La Constitución acepta la inconstitucionalidad, pero ordena que dichas infracciones se interrumpan luego de la publicación de la sentencia derogatoria.

Sostener lo contrario, esto es, que el vicio puede ser reparado, implicaría vulnerar abiertamente las normas regulatorias del Estado de Derecho dando un valor permanente e indefinido a un precepto vicioso. Ello, en materia de Derecho Privado se admite con las normas de la nulidad, pero a propósito del Derecho Público la lógica es la inversa. Lo anterior se debe a que en Derecho Privado los actos jurídicos sólo tienen efecto respecto de los contratantes como lo dispone el Art. 1545, del Código Civil, pero en Derecho Público la ley tiene efectos generales. Por consiguiente, la nulidad de esta última no se puede subsanar ya que de lo contrario se estaría alterando gravemente el orden jurídico establecido, violando seriamente la Constitución y desconociendo el Estado de Derecho.

Por todo lo anterior, también debe señalarse que el vicio no es susceptible de ser ratificado por el propio legislador. En Derecho Privado, las partes pueden ratificar un acto jurídico nulo cuando exista un supuesto de nulidad relativa, no así en el caso de la nulidad absoluta (Arts. 1683 y 1684, ambos del Código Civil). En Derecho Público la lógica es diferente. Mientras en Derecho Privado quienes ratifican el acto son las mismas partes que lo celebraron y a quienes afecta el mismo, en Derecho Público la ley tiene un efecto general, por lo que de aceptar la posibilidad de ratificación por parte del Poder Legislativo, se estaría aceptando que el propio autor del acto estatal vicioso puede darle valor alterando lo dispuesto en la Constitución y afectando con ello a todo la poblAción, lo que resulta absurdo. La Constitución determinó una normativa superior que fue vulnerada por el legislador, entonces el mismo no puede ratificar su propia infracción al Art. 7, condonando su acto inconstitucional. Es como si un homicida decidiera ratificar la ilegalidad de su conducta, legitimándola. En el caso de la ratificación de la inconstitucionalidad el legislador es el hechor y

la ley que sanciona el hecho ilícito es la propia Constitución. Por lo mismo, no cabe que una ley posterior legitime una ley anterior viciosa.

c. La acción de inconstitucionalidad es imprescriptible: Si el vicio de constitucionalidad no se puede subsanar, entonces no se puede reparar por el transcurso del tiempo. En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad no prescribe. Así, el tiempo no extingue la acción, pudiendo interponerse desde que se den los supuestos constitucionales hacia el futuro sin que existan plazos establecidos que sancionen la inactividad del recurrente.[36]

Por otra parte, si se admitiera la prescripción de la acción se estaría abriendo la posibilidad de que el precepto vicioso tuviera una vigencia indefinida, aun siendo contrario a la Constitución. De esta manera se estaría restringiendo la aplicación de la propia Carta Fundamental, vulnerando los Arts. 6 y 7, de la misma, y dejando sin aplicación la disposición concreta que se vulneró mediante el precepto legal inconstitucional. Así, se estaría permitiendo la existencia de una norma programática incumplida, lo que se encuentra prohibido por el Art. 6, de la Constitución, en cuanto a que "Los preceptos de la Constitución obligan".

En realidad, la prescripción extintiva tiene por objeto castigar la inactividad del recurrente o actor. En el caso en estudio, el recurrente o actor no existe mientras no tengan lugar los supuestos que hagan procedente la acción de inconstitucionalidad y permitan su declaración de oficio o por acción pública. Si se sancionara la inactividad del recurrente o actor en realidad se estaría castigando a toda la comunidad, al propio Tribunal Constitucional y al precepto constitucional vulnerado. Ello no tiene ningún asidero ya que la prescripción tiene lugar –en mayor medida- respecto de derechos que el Derecho Privado permite renunciar por aplicación del Art. 12, del Código Civil. En el caso en estudio lo relevante no es el derecho que pueda verse menoscabado con la

[36] El proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional introduce un plazo de seis meses para la acción de inconstitucionalidad, plazo que se cuenta desde la publicación de la sentencia de inaplicabilidad. El vencimiento de este plazo no sanea el vicio de constitucionalidad, ya que la posibilidad de que ella sea declarada renace con una nueva y eventual inaplicabilidad. Sin perjuicio de ello, estimo que la existencia de un plazo para deducir el recurso significa una restricción innecesaria. Si el legislador estima que hay que limitar la procedencia de las acciones ante el Tribunal Constitucional entonces basta que el Tribunal desestime un requerimiento para que los otros pierdan su objeto. La norma propuesta en el proyecto es de dudosa constitucionalidad, pues la Carta Fundamental no dispone directamente el plazo señalado. Así, la ley estaría restringiendo el derecho a la acción sin que la Constitución lo autorice expresamente. Cuando el constituyente ha querido que las atribuciones del Tribunal Constitucional estén sometidas a un plazo lo dispone expresamente en el texto de la Constitución, lo que no ocurre con ocasión de la regulación constitucional de esta atribución. Hago presente que hoy el proyecto de encuentra en Comisión Mixta, por lo que no resulta predecible lo que suceda con su articulado.

inconstitucionalidad de la ley (que debe protegerse mediante la acción de inaplicabilidad, o los recursos de protección y amparo) sino que el propio cuerpo de la Carta Fundamental. En consecuencia, si prescribiera el mecanismo para declarar la inconstitucionalidad se estaría violando directamente la Carta Fundamental.[37]

V. El procedimiento de la declaración de inconstitucionalidad

El procedimiento será distinto cuando se trate de la declaración de oficio, a cuando se trate de la acción de inconstitucionalidad.[38]

a. Facultad para declarar la inconstitucionalidad de oficio: Significa actuar por iniciativa del propio Tribunal, quebrando la regla general sobre la pasividad de los Tribunales. A juicio del Tribunal Constitucional esta atribución constituye una facultad y no un deber.[39] El procedimiento de la declaración de oficio debe ser regulado mediante la Ley Orgánica Constitucional respectiva, la que se encuentra en etapa de Comisión Mixta, por lo que no existe certeza acerca de cuál será su articulado. Con todo, resumiré algunos aspectos importantes del proyecto.[40]

[37] "La ley inconstitucional lo es desde su dictación y para siempre. De hecho eso es lo que explica que uno de los mecanismos contemplados por el constituyente para reclamar de una norma legal inconstitucional, el recurso de inaplicabilidad, carezca de plazo para su interposición (...) no es sensato pretender que el tiempo pueda sanear una ley inconstitucional, pues el tiempo no puede transformar en constitucional lo que no lo ha sido nunca." MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2003).

[38] Cabe hacer presente que el proyecto de ley modificatoria de la Ley Orgánica Constitucional, contiene una disposición relativa a poner en aplicación el Art. 8, de la Constitución, referido al principio de publicidad. Así, serán públicos los actos y resoluciones del Tribunal, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. El proyecto faculta al Tribunal para que, por mayoría de votos, declare el carácter reservado o secretas de ciertas actuaciones o documentos, siempre sujetándose a las causales del Art. 8, de la Constitución (Presidente de la República -2005- Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 2). Por indicación del diputado Ward, la excepción debe darse mediante la votación de la mayoría de los miembros en ejercicio y por resolución fundada (Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07).

[39] "(...) la atribución del Tribunal Constitucional derivó de un deber a una facultad, lo que confirma el texto final aprobado, que le otorgó la potestad de resolver soberanamente la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable; (...), el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 16° y 17°.

[40] Debe hacerse presente que muchas de las modificaciones que se mencionarán tendrán aplicación general respecto de todas las atribuciones del Tribunal Constitucional, y no sólo respecto del proceso de oficio que se trata en este apartado. También hago presente que la no inclusión de la numeración de las disposiciones citadas se debe a que estas probablemente sufrirán variaciones.

Para proceder de oficio, el Tribunal deberá declararlo en una resolución que individualice la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas. Dicha resolución deberá dictarse dentro de seis meses contados desde la sentencia de inaplicabilidad.[41] Luego, el Tribunal Constitucional desde dar traslado a la Cámara de Diputados y al Senado, por intermedio de sus respectivos Secretarios, y al Presidente de la República, a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dichos órganos tendrán un plazo de veinte días para hacer llegar las observaciones y antecedentes que estimen convenientes. No existirá la posibilidad de realizar alegatos en el proceso de oficio, salvo que el propio Tribunal Constitucional así lo autorice.[42]

b. Acción pública de inconstitucionalidad: "Acción pública" significa que cualquier persona puede requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad mediante una presentación espontánea, siempre que los presupuestos de la declaración tengan lugar en la especie. La expresión "acción pública" ha sido utilizada con anterioridad por el Constituyente con ocasión de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de ciertos movimientos, organizaciones o Partidos Políticos (actual Art. 93, N° 10, en relación con el Art. 19, N° 15, de la Constitución). Se ha tomado en el sentido de que "Cualquier persona puede solicitar al Tribunal Constitucional (...)".[43] En concordancia con lo anterior, en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se aclara el alcance del precepto constitucional disponiendo que la declaración puede hacerse a "petición de cualquier persona natural o jurídica mediante el ejercicio de la acción pública".[44]

Del proyecto citado se colige que la acción pública estará sometida a un examen de admisibilidad previo, donde una sala del Tribunal Constitucional determinará si se cumplen las condiciones exigidas por la ley. Los requirentes deben acompañar copia de la sentencia de inaplicabilidad previa que le sirve de sustento.[45] Se dispone de un plazo para que la interposición de la acción pública: seis

[41] Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 44.

[42] Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005.

[43] VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) T. II, p. 296.

[44] Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 13.

[45] Mensaje con el que el Presidente de la República inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 13.

meses contados desde la fecha de la sentencia de inaplicabilidad respectiva.[46] El proyecto autoriza a las partes a solicitar otras formas de notificación en su primera comparecencia.[47] En lo relativo a los requisitos de admisibilidad, el proyecto aprobado por el Senado dispone que la acción debe fundarse razonablemente, indicando precisamente los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo. El requerimiento al que falte alguno de los requisitos señalados no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado. Esta resolución deberá dictarse dentro del plazo de tres días contados desde que se dé cuenta del requerimiento en el Pleno. Dentro del plazo de diez días contados desde que se acoja el requerimiento a tramitación, el Tribunal se pronunciará sobre su admisibilidad. Si el requirente pide alegar acerca de la admisibilidad, y el Tribunal así lo dispone, dará traslado a quienes aparezcan como partes en la cuestión de inconstitucionalidad, por diez días.

El proyecto establece que el Tribunal Constitucional podrá declarar la inadmisibilidad de la acción pública por las siguientes causales: 1. No ha existido una sentencia de inaplicabilidad previa. 2. Cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. 3. Si se ha deducido el recurso fuera de plazo. 4. Cuando no aparezca demostrada la conveniencia de la declaración de inconstitucionalidad, el interés general que ella envuelve o su trascendencia para el ordenamiento jurídico.[48] La última de las causales para declarar la inadmisibilidad del requerimiento me parece inconstitucional, ya que ella importa un pronunciamiento acerca del mérito de la expulsión de la norma impugnada. El examen de mérito no le corresponde hacerlo al Tribunal Constitucional, como se explicará. Las causales segunda y tercera también serán objeto de críticas en este trabajo.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, se notificará a quien haya recurrido, se comunicará a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República, y el requerimiento se tendrá por no presentado. Declarada la admisibilidad, el Tribunal deberá poner la resolución respectiva y el requerimiento en

[46] El proyecto original disponía de un plazo de 3 meses, el que fue ampliado por el Senado. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 44.

[47] Por indicación del Ejecutivo se aclara que las formas especiales de notificación sólo regirán respecto del peticionario, dejándose constancia en el expediente el mismo día en que se realice. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

[48] Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 45.

conocimiento de los órganos individualizados en el artículo anterior, los cuales podrán formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes dentro del plazo de veinte días. Evacuadas todas las diligencias antedichas o vencido el plazo para efectuarlas, el Tribunal debe traer los autos en relación y el asunto queda en estado de tabla.[49-50-51]

c. Trámite de solicitar la opinión a los órganos que generaron la ley: El Tribunal Constitucional, luego de acogida a tramitación la acción pública o luego de iniciado el proceso de oficio, en su caso, procederá a notificar a los órganos institucionales a los que concierna el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad para que éstos den a conocer sus razonamientos. Así, siempre se procederá a notificar al Presidente de la República y a ambas cámaras del Congreso Nacional, por tratarse de los órganos colegisladores.[52] El trámite en estudio no se encuentra señalado de manera expresa en la Carta Fundamental. En todo caso, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional se hace cargo de este trámite.

d. El quórum exigido: Para que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad, se exige la concurrencia favorable de los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio. Considerando que el Tribunal está integrado por diez ministros, entonces se requiere del voto favorable de ocho de ellos. Este es el mismo quórum que requiere el pleno para poder entrar a sesionar válidamente. Ello es una clara diferencia que justifica la separación del control

[49] Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005

[50] Una indicación del Ejecutivo aprobada dispone que la duración de los alegatos será determinada por el Tribunal Constitucional mediante un Auto Acordado.Indicación del Ejecutivo. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

[51] La sentencia definitiva deberá notificarse por carta certificada a la parte o a quien la represente. Para todos los efectos legales, esta se entiende practicada al segundo día desde su expedición (p. 6). Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia derogatoria. El proyecto original disponía el plazo de tres días. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

[52] También podrá citar otros órganos estatales que tengan relación con el precepto legal impugnado de inconstitucional. Así, en el proceso rol N° 681-2006, sobre la inconstitucionalidad del Art. 116, del Código Tributario, el Tribunal estimó conveniente notificar al Servicio de Impuestos Internos y al Consejo de Defensa del Estado. En el caso en cuestión, sólo el Servicio de Impuestos Internos formuló observaciones.

en concreto (declaración de inaplicabilidad) y en abstracto. Este quórum ha sido discutido por la doctrina.[53]

e. Intento previo por conciliar el precepto impugnado con la Constitución: El Tribunal Constitucional y gran parte de la doctrina se encuentran contestes en el sentido de que el Tribunal debe buscar una interpretación del precepto legal impugnado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, restringiendo con ello la sentencia derogatoria.[54] Ello, en razón de la presunción de constitucionalidad de la ley y la obligación de interpretar la ley en conformidad con la Constitución, como se explicará.

f. La sentencia derogatoria: Deberá ser pronunciada por el pleno del Tribunal Constitucional. La sentencia derogatoria deberá resolver la cuestión de constitucionalidad con estricta subordinación al ordenamiento jurídico-constitucional, no debiendo existir razones de mérito que justifiquen su decisión. El Tribunal Constitucional examinará el precepto legal impugnado, lo interpretará, y luego determinará si su verdadero sentido es contrario o no a la Constitución, siendo ésta el único parámetro válido para declarar la inconstitucionalidad del precepto. Se trata de un control abstracto, por lo que la comparación debe ir mucho más allá de las situaciones concretas que pudieran generar una inconstitucionalidad en la aplicación de la norma. Se trata de una inconstitucionalidad

[53] Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 430; DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 458-459; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 378. Cabe destacar que el profesor Otero señaló que no corresponde exigir un quórum especial en la declaración de inconstitucionalidad como control represivo, ya que el control preventivo de constitucionalidad tiene un quórum menor. Justifica su argumento con el aforismo "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición." Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262-264.

[54] "(...) el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 8° y 26°. Este criterio no es nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, ya lo había utilizado en materia de Tratados Internacionales en la sentencia rol N° 309-2000, consid. 3°. Asimismo, se ha sostenido que: "la llamada interpretación conciliadora de la Constitución deriva de su fuerza normativa, así como de su vinculación y cumplimiento inmediatos, tal como se desprende del artículo 6°, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental. Un reputado autor (Germán Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, EDIAR, primera reimpresión, p. 389) asevera que "si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones; en que la Constitución se acate, se cumpla y alimente afirmativa y positivamente a todo el mundo jurídico-político. Tal vez resida allí la razón de la aludida obligación judicial de intentar la compatibilización con la Constitución, y sólo después de fracasado ese intento, declarar que una norma o un acto son inconstitucionales". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 7°. Véase además la Sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

derivada de las normas, y no se su aplicación, como ocurre en la declaración de inaplicabilidad.[55]

El proyecto de ley que modifica la Ley del Tribunal Constitucional, dispone que una vez que se haya terminado la vista de la causa, o cuando el proceso finalice, el Tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días y sólo en casos calificados y por resolución fundada puede prorrogarlo por otros quince días.[56] La sentencia derogatoria deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación, fecha a partir de la cual el precepto impugnado "se entenderá derogado". El acto de publicación resulta bastante coherente, ya que si la ley como acto derogatorio debe publicarse de acuerdo a lo previsto por el Art. 6 y 7, del Código Civil, entonces la sentencia como acto derogatorio también debe hacerlo, por las consecuencias que ella genera y -debe agregarse- debido a que la ficción de conocimiento de la ley del Art. 8, del Código Civil.[57]

[55] El Tribunal Constitucional ha señalado que: "el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 5°. Asimismo, el Tribunal ha expresado que su "función en esta materia es la de resolver las discrepancias que puedan suscitarse entre la preceptiva constitucional y los órganos colegisladores y que es menester que la diferencia de opinión que se produzca sea precisa y concreta. Las normas constitucionales que rigen a este Tribunal le asignan un papel que implica velar por la constitucionalidad de los preceptos sujetos a su examen, confrontando sus disposiciones con las exigencias de la Carta Fundamental. De esta manera, en el requerimiento de autos el Tribunal deberá examinar si los preceptos impugnados violan o no disposiciones constitucionales y, al resolver, establecer claramente si las normas constitucionales se encuentran o no conculcadas y si así lo fuera señalar con precisión las disposiciones violentadas." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) Sentencia rol N° 226-1995, consid. 12°.

[56] Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 14. El mismo proyecto aprobado por el Senado, dispone que el Tribunal podrá condenar en costas al requirente de la acción pública si el requerimiento es rechazado, siempre que no haya tenido motivos plausibles para deducir su acción. Se agrega, además, que el procedimiento ejecutivo para el cobro de las costas se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil y será competente para conocer la acción ejecutiva el Juez de Letras en lo Civil que tenga asiento en la provincia de Santiago (Oficio de modificaciones de la cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47).

[57]Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 14. El mismo proyecto aprobado por el Senado, dispone que el Tribunal podrá condenar en costas al requirente de la acción pública si el requerimiento es rechazado, siempre que no haya tenido motivos plausibles para deducir su acción. Se agrega, además, que el procedimiento ejecutivo para el cobro de las costas se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil y será competente para conocer la acción ejecutiva el Juez de Letras en lo Civil que tenga asiento en la provincia de Santiago (Oficio de modificaciones de la cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47).

VI. Preceptos constitucionales vulnerados y ultrapetita

A mi juicio, la sentencia derogatoria no sólo debe fundarse en los preceptos constitucionales citados por el actor de la acción de inconstitucionalidad, sino que en cualquier disposición constitucional que el Tribunal estime procedente. Ello, por cuanto "se presume que (el Tribunal Constitucional) conoce el derecho vigente y lo aplica".[58] Esta tesis fue introducida en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Pese a ello, una indicación parlamentaria aprobada modificó la norma señalando que el Tribunal podría cometer el vicio procesal de "ultra petita"[59] en atención a que no puede pronunciarse sobre normas constitucionales que no han sido invocadas por los requirentes.[60] No comparto esta indicación, ya que el Tribunal Constitucional debe resolver en atención a las normas constitucionales consideradas como un todo, y no respecto de preceptos constitucionales aislados. La indicación me parece contraria a la Constitución, por cuanto excluye la obligatoriedad de realizar un examen sistemático de los preceptos constitucionales. No se comete "ultra petita" cuando se falla invocando el Derecho aplicable. La "ultra petita" tiene que ver con un pronunciamiento respecto a pretensiones o excepciones que no han sido invocadas, y no respecto de las normas involucradas, las cuales el Tribunal tiene el deber inexcusable de aplicar.[61] Debe tenerse presente que modificar las razones esgrimidas por los requirentes no significa ampliar sus requerimientos, ya que la pretensión sigue siendo la misma: que se declare la inconstitucionalidad. Así, ello fallar en Derecho no significa modificar la causa de pedir ni el objeto de la litis.[62] Resulta contrario a un concepto de Tribunal de Derecho el restringir o subordinar su razonamiento a los preceptos constitucionales citados por las partes, desconociendo el principio de unidad constitucional.

[58] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 430.

[59] La ultrapetita es un vicio por el cual una sentencia otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sometidos a su decisión. Véase el Art. 768, N° 4, del Código de Procedimiento Civil, y a BENAVENTE (1994), p. 228-229.

[60] Indicación de los diputados Cardemil, Eluchans, Monckeberg, Nicolás y Ward. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47.

[61] Por lo demás, la ultra petita sólo puede configurarse en la parte resolutiva de la sentencia, en circunstancias que las razones de Derecho de la sentencia corresponden a la parte considerativa. Véase, entre muchas otras sentencias, CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2004), sentencia rol N° 461-2001; CORTE SUPREMA (2005) sentencia rol N° 4392-2003.

[62] Véase, CORTE SUPREMA (2005), sentencia rol N° 5893-2003. (2005) sentencia rol N° 4392-2003.

VII. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La nulidad de la ley tiene una fisonomía jurídica propia, la que se manifiesta en los efectos atenuados de la misma. Dichos efectos son:

1. La cosa juzgada constitucional: El Art. 94, de la Constitución, dispone que "Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido". La misma disposición agrega que el precepto legal "(...) se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo". En consecuencia, la sentencia que declara la inconstitucionalidad no es impugnable. Así, el Tribunal Constitucional "es un Tribunal de única instancia. Estos tribunales, por su propia naturaleza, son únicos en la organización constitucional y, por lo tanto, las sentencias que dictan no son susceptibles de revisión por tribunal superior. La aplicación de este principio emana de su naturaleza."[63] La sentencia quedará firme y ejecutoriada desde que se publique en el Diario Oficial.[64]

A juicio del profesor Nogueira, la sentencia que rechaza una acción de inconstitucionalidad (declara que la norma es constitucional) es "imperativa, pero no es definitiva ni inmutable", por lo que podría eventualmente provocarse una nueva cuestión de constitucionalidad "ya que la sentencia desestimatoria produce un efecto preclusivo en el juez a quo (...)".[65] En mi parecer, lo sostenido por el autor citado es procedente sólo si lo que se quiere interponer con posterioridad es un recurso de inaplicabilidad de un precepto vigente, ya que se trata de un vicio distinto.[66]

[63] COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 566. A mayor abundamiento, lo anterior concuerda con lo expresado en el Art. 82, de la Constitución, que excluye al Tribunal Constitucional del conjunto de órganos que se encuentran bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Por consiguiente, no existe un órgano superior al Tribunal. Así también, sus integrantes no pueden ser objeto de una acusación constitucional (Art. 52, N° 2, de la Carta Fundamental).

[64] En palabras de Lautaro Ríos, "las sentencias del T.C. producen cosa juzgada material y formal. Y –aunque la Constitución no lo dice- creemos que sus decisiones –salvo el caso especial de las sentencias de inaplicabilidad, precisamente por la especialidad del caso- son vinculantes para todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución. Para ser más precisos, si la Constitución –conforme a su art. 6°- es vinculante para todos ellos, la interpretación fidedigna que hace el T.C. en sus sentencias, también debe serlo". RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005).

[65] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 434.

[66] Sobre una materia que no trato en este trabajo, relativa a la discusión acerca de si la parte considerativa de las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes o no, véase PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 5. Por otra parte, debe decirse que una parte de la doctrina estima que la sentencia derogatoria puede ser objeto de una impugnación ante la Corte Interamericana, lo que rechazo en mi tesis de grado sobre esta materia. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 436.

2. Efectos en la ley derogada: Se elimina con efectos generales aquella parte de la ley impugnada que fuere contraria a la Constitución. En palabras de Juan Colombo, "(...) la ley queda derogada, es exactamente igual que si el Congreso le pusiera término a la ley, se publica la sentencia en el Diario Oficial, es como dice la Constitución la ley sin efecto retroactivo desaparece del sistema".[67] La norma desaparece del sistema jurídico sin efectos retroactivos. Este efecto, propio de la nulidad de Derecho Público genérica, no tiene lugar en este caso.[68] En consecuencia, el precepto legal inconstitucional goza de un valor transitorio en el tiempo. Así, la sentencia no afectará las situaciones acaecidas con anterioridad a la publicación de la sentencia, otorgando una protección constitucional al vicio impugnado.[69]

Los efectos retroactivos han sido tratados en la doctrina civil más que en la doctrina constitucional. El Código Civil dispone que "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo" (Art. 9). El efecto retroactivo consiste en que la ley disponga para lo pasado.[70]

No obstante, no son simples los criterios que se utilizan para determinar con precisión los efectos de la ley retroactiva. Con ese objeto, se han desarrollado diversas teorías por parte de la doctrina, siendo la más aceptada la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, según la cual la ley actúa con efectos retroactivos cuando ésta afecta facultades que se encuentran incorporadas al patrimonio de una persona, excluyendo aquellos casos en que sólo se afecta la esperanza de adquirir un derecho que no se tiene. El principio general de la irretroactividad se justifica por la seguridad jurídica que persigue.[71] Por esta misma razón, el Art. 9.3, de la Constitución Española, reconoce este principio para todas las ramas del derecho, y no solo la penal, como ocurre en

[67] COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4.

[68] En materia de la Nulidad de Derecho Público de los actos administrativos, la regla aplicable es la inversa. Véase SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 187-188.

[69] Cabe hacer presente que el profesor Nogueira se muestra partidario de que en el caso de que la sentencia acoja la inconstitucionalidad de forma, la misma produzca "efectos ex nunc", rompiendo la regla establecida en la Carta Fundamental, en torno a los "efectos ex tunc" que establece la misma para la sentencia derogatoria. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 444-445.

[70] Para Paul Roubier, la retroactividad de la ley "Consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor. Es como ha dicho Velette, una ficción de preexistencia de la ley". Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 241.

[71] En las palabras de Marcel Planiol, "Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general (...) exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido, y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación." Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 214-215.

el caso chileno (Art. 19, N° 3, inc. 7°). En materia de nulidad de la ley, la regla constitucional es la irretroactividad (Art. 94).

Si seguimos la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, la declaración de inconstitucionalidad no puede menoscabar los primeros al amparo de la ley eliminada, pudiendo afectar sólo a las meras expectativas que existan. Este efecto de la sentencia derogatoria no se diferencia mayormente del efecto de la derogación legislativa de las leyes, en cuanto se admite la existencia de la ley eliminada en el tiempo anterior a su expulsión. Por esta misma razón, los derechos adquiridos al amparo de la ley primitiva sobrevivirán a su derogación, entendiéndose incorporados al patrimonio de las personas y, por consiguiente, encontrándose protegidos por la propiedad que existe sobre las cosas incorporales (Art. 19, N° 24, de la Constitución). De esta manera, existe una suerte de efecto ultra activo de los derechos mencionados. Así, el valor de la ley derogada va más allá del necesario respeto por las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio y su autoridad de cosa juzgada, aplicándose de manera genérica.[72]

En realidad, podría pensarse que resulta redundante el hecho de que el constituyente señale que la ley "se entenderá derogada", y que luego sostenga que la derogación de la misma "no producirá efecto retroactivo", ya que la derogación por sí sola comprende un reconocimiento al valor anterior de la ley.[73] Sin embargo, debe recordarse que el Constituyente no repite inútilmente las normas constitucionales.[74] La declaración de inconstitucionalidad es una

[72] Ello se encuentra ratificado por la historia legislativa de la Ley de reforma constitucional N° 20.050. El senador Espina propuso agregar una indicación que disponía: "La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada." (Indicación N°269, del senador Espina, contenida en el II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 278). Dicha indicación fue rechazada por el Congreso Nacional por la razón que esgrimió el señor Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, quien sostuvo que "la indicación número 269, si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración." (Intervención del Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 278). En consecuencia, si se rechazó una indicación que podía interpretarse como restrictiva de los efectos de la ley derogada en su valor temporal, entonces cabe entender que la intención del Constituyente derivado consistía en no limitar dicha interpretación, aplicándola a diversas situaciones que van mucho más allá de las sentencias ejecutoriadas.

[73] LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

[74] El propio Tribunal Constitucional ha sostenido el principio de utilidad en la interpretación de los preceptos de la Constitución en la sentencia rol N° 33-1985, de 20 de agosto de 1985, consid. 19; y en la sentencia rol N° 325-2001, de 26 de junio de 2001, consid. 47. Esto es un principio general en la interpretación de las normas jurídicas. Si se estimara que existe una norma constitucional repetitiva, entonces se estaría dando a la Carta Fundamental un sentido inútil en una de sus disposiciones. La norma jurídica no es inútil, ya que obliga por expreso mandato del Art. 6, de la propia Constitución. Por consiguiente, debe buscarse una interpretación que permita sostener un sentido de utilidad en la norma que se interpreta. Este principio se encuentra recogido por nuestro Código Civil en su Art. 1562.

especie de nulidad de Derecho Público, por lo que la consecuencia natural que debiera aplicarse son justamente los efectos de dicha nulidad, como la retrotracción de las cosas al estado anterior en que se encontraba el ordenamiento jurídico al momento de la entrada en vigencia de la norma, como si esta nunca se hubiera insertado al sistema del Derecho, reparando con ello las conductas hechas al amparo de una ley inconstitucional.[75] Lo anterior se encuentra prohibido constitucionalmente debido a las gigantescas repercusiones que pueden surgir a raíz de un cambio tan profundo en el sistema normativo. Se trata de una norma que la Constitución siempre repugnó, pero es preferible reconocer su existencia viciosa y darle protección a soportar las tremendas consecuencias que podrían tener lugar por la retrotracción de la eliminación de la norma. El Constituyente reemplaza los efectos propios de la nulidad al disponer que la norma inconstitucional "se entenderá derogada".[76] Debemos entender que los efectos propios de la derogación tendrán lugar en la eliminación del precepto legal, con toda la seguridad jurídica que ello implica. La irretroactividad viene a reforzar el efecto derogatorio atendida la verdadera naturaleza de la inconstitucionalidad de la ley. La expresión "no producirá efecto retroactivo", viene a significar la no admisión de excepción alguna en materia de irretroactividad (salvo por el caso de la ley penal más benigna, Art. 19, N° 3, inc. 7°, de la Carta Fundamental), ya que la simple derogación admite excepciones en materia legal, lo que con la sentencia derogatoria no resulta aplicable.

La derogación del precepto inconstitucional podría dejar un vacío en el ordenamiento jurídico que deberá integrarse de la manera que el propio sistema dispone. Así, "en el caso que la declaración de inconstitucionalidad recaiga sobre legislación especial sobrevivirá la legislación común sobre la materia",[77] y si ello no ocurre deberán utilizarse las herramientas que otorga el sistema jurídico, tal como lo es el Art. 24, del Código Civil. No le corresponde al Tri-

[75] En esta materia, el profesor Otero expresó que "la nulidad declarada por un tribunal produce el efecto de ineficacia total del acto jurídico, sea éste ley (...), el efecto propio de la nulidad es que el acto nulo no produce efecto jurídico alguno. (...) en el hecho, la nulidad implica que tal acto carece de todo valor y, por tanto, no obliga a persona alguna." Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 261.

[76] En la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, quedó expresa constancia de esta situación en la intervención del profesor Otero, quien expresó que "para evitar el efecto retroactivo de la nulidad debe establecerse que la sentencia sólo producirá efectos para el futuro, después de publicada en el Diario Oficial. Con ello, las sentencias judiciales ejecutoriadas no serán afectadas y todo lo pendiente se resolverá con absoluta prescindencia de la norma declarada inconstitucional". Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 265.

[77] PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 31.

bunal Constitucional resolver los conflictos que el vacío pudiera generar en el sistema de Estado de Derecho.[78]

3. La presunción de constitucionalidad de la ley:[79] Los tribunales deben aplicar el precepto legal impugnado mientras este no sea eliminado por la sentencia derogatoria, lo que constituye un fortalecimiento de la presunción de constitucionalidad de la ley. Lo anterior se funda en la seguridad jurídica necesaria en la existencia o inexistencia de las leyes.[80] La presunción consiste en que la ley se reputa temporalmente subordinada a la Carta Fundamental y, por consiguiente, debe ser obedecida por todos. Así, los "órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Si se presume que la norma está conforme con la Constitución, entonces los órganos del Estado deben someter su acción a ella.[81]

La sentencia derogatoria presenta un efecto adverso a lo anterior, por cuanto su irretroactividad consolida la existencia transitoria de la ley inconstitucional en el orden jurídico, teniendo plena aplicación respecto de las situaciones acaecidas con anterioridad a la publicación de la sentencia. Con dicha publicación, en ese tiempo intermedio la presunción se vuelve de derecho, no admitiendo prueba en contrario. Por ello, el control en abstracto –aunque resulte paradojal- se convierte en un acto protector de la legislación viciosa.

[78] Como lo demuestran los autores citados precedentemente, este es el criterio que el Tribunal ha asumido en su jurisprudencia en materia del recurso de inaplicabilidad.

[79] La presunción de constitucionalidad de la ley encuentra asidero en la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política de 1980, donde se dejó constancia en la Comisión de Estudios de una interpretación dada por el señor Bertelsen, a la que todos los miembros presentes asintieron. Actas Oficiales de la Comisión, Sesión 411, p. 3442 y 3443, citada por REYES RIVEROS, Jorge (1998), p. 8.

[80] Permitir que los particulares puedan desconocer los efectos de la presunción de constitucionalidad importaría que ellos administren Justicia por sí mismos, en circunstancias que en un Estado de Derecho no corresponde que ello ocurra. Lo anterior, debido a que dicha función se encuentra entregada de manera exclusiva y excluyente a los tribunales que determine la ley, según expreso mandato de los Arts. 7, 19, N° 3, inc. 1° y 4, y el Art. 76, todos de la Carta Fundamental. Por otra parte, la apariencia de validez de una ley inconstitucional que es obedecida por la población de buena fe, debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

[81] Lo anterior se desarrolla dentro de la actitud del Tribunal Constitucional de aplicar la sentencia derogatoria sólo si no es posible conciliar el texto de la Constitución con el precepto impugnado, como ya se explicó. El principio de presunción de constitucionalidad ha sido recogido por la jurisprudencia. Véase la sentencia derogatoria del Art. 116, del Código Tributario, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 7°. Además, véanse las sentencias rol N° 257, 271, 293, 297 y 309. En esta última, se señala que "se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2000) Sentencia rol N° 309-2000, consid. 2°. Sobre esta materia, véase además a DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 455; a SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 159.

Para algunos, la presunción de constitucionalidad tiene como consecuencia el principio o regla de deferencia al legislador, aspecto nada de pacífico en la doctrina. Esta regla se funda en que la norma inconstitucional fue generada por los órganos colegisladores elegidos de manera democrática por la ciudadanía, mientras que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de integración no democrática, y sus decisiones son tomadas de "acuerdo a Derecho", y no sobre la base de consideraciones políticas. El legislador es una función del Estado separada de la función jurisdiccional, por lo que las decisiones de la jurisdicción constitucional deben respetar al legislador en cuanto función independiente. En palabras del informe explicativo de los vetos emanados del Presidente de la República en la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, el Tribunal Constitucional se convierte en "un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de última ratio que dicha fórmula exige."[82-83]

A mi juicio, dicha regla es del todo confusa y carece de sustento jurídico-constitucional suficiente. No se puede restringir el articulado de la Constitución con reglas que ella no dispone. Si bien es cierto que la presunción de constitucionalidad resulta un principio de lógica jurídica que puede desprenderse

[82] Presidente de la República (2005). Formula observaciones al proyecto de reforma constitucional correspondientes a los boletines N° 2526-07 y 2534-07. Explicaciones de los vetos. P. 15.

[83] Debido a la regla de deferencia hacia el legislador, en la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, se deja constancia de la relevancia de notificar a los órganos colegisladores con el objeto de que estos puedan dar su opinión. (Véase Presidente de la República (2005). Formula observaciones al proyecto de reforma constitucional correspondientes a los boletines N° 2526-07 y 2534-07. Explicaciones de los vetos. P. 15). A juicio de la Ministra del Tribunal Constitucional Marisol Peña, "La inconstitucionalidad sólo procederá sí, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad no importan una inconstitucionalidad automática. La conclusión precedente no sólo se funda en la diferencia de alcances entre la inaplicabilidad, que se aplica a un caso concreto, y la inconstitucionalidad, que tiene efectos generales, sino que se vincula a un criterio hermenéutico que ha inspirado tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Se trata de la presunción de constitucionalidad de la ley que se traduce en la "deferencia razonada" con que debe obrar el Tribunal Constitucional respecto del legislador. Cabe agregar que nuestro Tribunal ha extendido también este principio de "deferencia razonada" al juzgador para distinguir, claramente, las materias que son competencias de esta magistratura de aquéllas que les corresponden a los jueces de la instancia. Pensamos que la prudencia con que se actúe en este punto será decisiva para aplacar las siempre presentes críticas a la labor de nuestro Tribunal Constitucional, al que como a todos, se imputa el rótulo de "legislador negativo" para evidenciar el efecto que producen sus sentencias de sustituir o modificar la voluntad del legislador." PEÑA TORRES, Marisol (2007) p. 37. En el mismo sentido el Ministro del Tribunal Constitucional José Luis Cea, ha señalado que "tan importante como el principio de prudencia es el principio del respeto. Para nosotros, el órgano legislador es un órgano del Estado extremadamente respetado, porque es el que adopta semana a semana las grandes decisiones políticas. No podemos intervenir en el ejercicio de una facultad que la Constitución le ha entregado privativamente. Sólo corresponde que podamos preocuparnos de las materias legislativas cuando la propia Constitución nos permite acudir a ella". CEA EGAÑA (2006-b) entrevista publicada en El Mercurio, de 21 de mayo de 2006, Cuerpo D, p. 15.

fácilmente, resulta falacioso extender dicha presunción a una regla de deferencia que estaría implícita. Las razones de la presunción de constitucionalidad arrancan de la irretroactividad de la sentencia derogatoria, en circunstancias que la regla de deferencia arranca con argumentos relativos al diseño político institucional. Por lo anterior, la conexión entre ambos postulados no es clara. Asimismo, la presunción opera en un espacio limitado, cual es, el período de validez del precepto impugnado, mientras que la regla de deferencia operaría (para sus defensores) de manera permanente.

4. Efectos en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Las resoluciones adoptadas a propósito del control represivo de constitucionalidad en abstracto constituyen precedentes obligatorios que el propio Tribunal debe respetar? La sentencia derogatoria hace desaparecer el precepto legal impugnado, por lo que no cabe impugnar lo inexistente. Se trataría de una acción carente de objeto. Así, no cabe una declaración de inconstitucionalidad futura. No cabe derogar una norma dos veces, ni declarar su nulidad en más de una ocasión. Distinta es la situación de la sentencia desestimatoria, esta es, la que declara constitucional el precepto impugnado, ya que luego de que una sentencia rechaza la inconstitucionalidad, el precepto continúa protegido por la presunción de constitucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone que "Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que haya resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta."[84] En consecuencia, la reforma traería consigo la idea de que el Tribunal no debe respetar necesariamente las resoluciones adoptadas con anterioridad. Para proceder a cambiar lo resuelto sobre la misma materia, deberá explicar los fundamentos en que se sustenta tal decisión. Así, se deduce la idea de que las resoluciones del Tribunal Constitucional no constituyen precedentes obligatorios, sino sólo referenciales.

La intención es que la jurisprudencia del Tribunal se mantenga uniforme, salvo que exista una "razón fundada". Así, por ejemplo, una buena razón para alterar la jurisprudencia del Tribunal recaería en la necesidad de adaptar su jurisprudencia a una reforma constitucional sobreviniente. El texto aprobado por el Senado no incluye la posibilidad de alterar una resolución con autoridad de cosa juzgada constitucional, sino que simplemente le permite modificar el sentido en que deba entenderse una materia jurídica específica.[85]

[84] Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 14.

[85] Para el profesor Paulino Varas la modificación en estudio importa introducir en nuestra legislación la institución del precedente anglosajón, oponiéndose a dicha modificación por diversos problemas que denuncia. Véase VARAS ALFONSO, Paulino (2007) p. 443-444.

Sin perjuicio de lo ya señalado, debe analizarse si el control preventivo de constitucionalidad de la ley (antes de la promulgación de la ley. Art. 93, N° 1 y N° 3, de la Constitución) condiciona o no a una eventual declaración represiva de inconstitucionalidad. Si el control preventivo declara la inconstitucionalidad, entonces el precepto no nace a la vida del Derecho (inc. 2°, Art. 94, de la Carta Fundamental). En consecuencia, al no existir norma jurídica, no cabe el control represivo. En cambio, si el Tribunal declara que el precepto examinado es constitucional, entonces ¿cabe el control represivo de la constitucionalidad del mismo? Para responder esta pregunta es necesario distinguir entre el control represivo en abstracto y el control represivo en concreto. Me haré cargo del primero.[86]

En el caso del control represivo en abstracto, creo que el control preventivo constituye un precedente obligatorio que debe ser respetado por el propio Tribunal Constitucional, debido a que las resoluciones que dicta no admiten recurso alguno, no pudiendo modificarse los efectos de la cosa juzgada constitucional mediante una declaración posterior. Afirmar lo contrario implicaría desconocer los efectos del primer control. Lo que afirmo en este punto se encuentra ratificado por la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional que dio origen a la Ley N° 20.050, fuente jurídica derivada que dio origen a la atribución en estudio.[87] Lo anterior resulta bastante lógico si se

[86] En la tesis de grado que dio origen a este trabajo, analizo con profundidad la procedencia del recurso de inaplicabilidad no obstante su declaración de constitucionalidad previa. Me inclino por sostener que procede, por las razones que allí indico. Cabe hacer presente que el proyecto de ley que modifica la Ley del Tribunal Constitucional, propone una solución directa en esta materia al disponer una norma similar a la existente en el primitivo recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema disponiendo que "Resuelto por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". (Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005). En consecuencia, si el vicio invocado es distinto procede la formulación del incidente de inaplicabilidad. Al respecto, cabe tener en consideración que si el recurso de inaplicabilidad no procede, entonces tampoco puede proceder el recurso de inconstitucionalidad, ya que este último exige como presupuesto la sentencia previa de inaplicabilidad. En este mismo sentido se pronuncia SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 378.

[87] En efecto, el senador Larraín sostuvo que "los efectos generales de tales declaraciones también deben ser vinculantes para el propio Tribunal Constitucional." Manifestó que "tanto el efecto derogatorio como la declaración de constitucionalidad deberían tener carácter definitivo". (Intervención del senador Larraín, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 272-273). el Ministro señor Insulza expresó que "coincido con el criterio de que no deberían proceder recursos de inaplicabilidad respecto de normas que han sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional." Explicó que "la interposición de tales recursos podría significar entorpecimientos de graves consecuencias tratándose, por ejemplo, de tratados internacionales de connotación económica." En consecuencia, "planteó la improcedencia de los señalados recursos, tanto respecto de las leyes orgánico constitucionales, de las interpretativas de la Constitución y de los tratados internacionales, todos los cuales habrán sido previamente conocidos por el Tribunal Constitucional" (Intervención del ministro señor Insulza senador Larraín, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 273-274). Cabe hacer presente que el resto de los miembros de la Comisión no se hizo cargo de la opinión del Ministro Insulza, y tampoco se acordó dejar constancia de la Comisión al respecto.

piensa que el control preventivo tiene como objetivo impedir que un precepto inconstitucional nazca a la vida del Derecho. Si la jurisdicción constitucional, conociendo del mismo y examinándolo en un análisis jurídico abstracto, determina que el precepto se ajusta a la Carta Fundamental, entonces no cabe impugnar el mismo con efectos generales, pues se estaría reviviendo un proceso fenecido, desconociendo la cosa juzgada, violando el Art. 94, y, finalmente, el espíritu de la Constitución. Ello, sobre todo si se considera que el primero de los controles preventivos –el del Art. 93, N° 1, de la Constitución-, opera de manera obligatoria, buscando un pronunciamiento definitivo en lo relativo a la cuestión. El constituyente ha determinado que este control es obligatorio debido a que las normas que son objeto del mismo revisten una importancia especial, por lo que las materias que ellas regulan quedan especialmente protegidas por este control. De esta manera, se busca eludir los efectos que podría traer una eventual eliminación del precepto.[88] Asimismo, no tiene sentido admitir la coexistencia de dos controles abstractos diferentes que tienen igual finalidad.

5. Efectos en los procedimientos de inaplicabilidad: Deben distinguirse diversas situaciones. La más polémica la analizaré en el apartado siguiente:

a. Los incidentes de inaplicabilidad acogidos antes de la declaración constitucionalidad: La sentencia derogatoria no puede producir efecto alguno en la sentencia de inaplicabilidad ya ejecutoriada debido a la autoridad de la cosa juzgada constitucional. Sostener la posibilidad contraria implicaría abrir la puerta a la revisión de procesos fenecidos, alterando las reglas del debido proceso porque la sentencia del órgano que ejerce jurisdicción no se fundaría en un proceso previo, sino en un proceso posterior, no siendo emplazadas las partes en este último. En lo relativo a los procedimientos de inaplicabilidad rechazados antes de la declaración estimatoria de inconstitucionalidad, éstos no sufren modificaciones, ya que la sentencia derogatoria no produce efectos retroactivos.

b. Recursos de inaplicabilidad interpuestos con posterioridad a la declaración abstracta de constitucionalidad (aquella que rechaza acción pública). La circunstancia de que una sentencia del Tribunal haya declarado subordinada una norma legal a la Carta Fundamental, no altera la posibilidad de que se deduz-

[88] Importante es recordar, que el control preventivo de la constitucionalidad de la ley exige un quorum menor para la declaración de inconstitucionalidad que el control represivo (Arts. 92, 93, N° 1 y 3, y N° 7, de la Constitución). Así, resulta más difícil declarar la constitucionalidad en el control preventivo que en el represivo, por cuanto en el segundo basta superar el quinto de los votos mientras que en primero se requiere de la mayoría. No obstante todo lo dicho precedentemente, debe hacerse hincapié en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, ya citado. En mi parecer, este precepto no puede alterar la posición que sostengo. Sin embargo, debe reconocerse que la materia será polémica.

can recursos de inaplicabilidad en su contra, debido a que la naturaleza del procedimiento de inaplicabilidad implica que la causa de pedir sea diferente. En un caso se solicita la eliminación del precepto (lo que se rechazó), y en el siguiente se solicita la no aplicación del mismo a un caso particular. Es perfectamente posible aceptar la coexistencia de ambos controles justamente porque persiguen objetivos diversos.[89] Así, procede la inaplicabilidad de un precepto que se ajusta a la Constitución, mientras el mismo se pueda aplicar en un caso concreto de una manera inconstitucional. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que el proyecto de ley que modifica la ley del Tribunal Constitucional se hace cargo de esta situación. De prosperar esta norma, procedería el recurso de inaplicabilidad sólo si ella se funda en un vicio diferente que aquel que ha servido de fundamento a la declaración de constitucionalidad.[90]

6. Efectos en los procesos pendientes.

Si el proceso ha finalizado con autoridad de cosa juzgada, la derogación del precepto legal no puede afectarlo. El problema se suscita con los procesos que se encuentran en actual tramitación. En aquellas gestiones jurisdiccionales pendientes donde no se interpuso el incidente de inaplicabilidad antes de la publicación de la sentencia derogatoria, entonces ha precluído el derecho a impetrar la cuestión. Debe recordarse que la cuestión de inaplicabilidad implica revisar la legitimidad de la norma en la aplicación del precepto impugnado para el caso particular de que se trata, por lo que no puede verse influido por otros procesos similares. La ley, aun estimada inconstitucional, debe aplicarse al caso concreto si las normas de vigencia así lo establecen.

Son los propios tribunales los llamados a calificar dicha situación, no correspondiendo al Tribunal Constitucional pronunciarse respecto a ello. Lo anterior se debe a que luego de eliminado el precepto legal, los problemas que se generan en los procesos pendientes se vinculan con la vigencia del mismo, y no con la eventual inconstitucionalidad de este, la que ya deja de ser discutida.[91]

[89] Esta situación no tiene lugar con la lógica inversa. Como se explicará en este trabajo, la existencia de una norma derogada por inconstitucionalidad no posibilita la procedencia del recurso de inaplicabilidad, porque los efectos de la cosa juzgada absoluta alcanza a los casos que tengan lugar a futuro.

[90] Sigue la misma línea que la sostenida con ocasión del primitivo recurso de inaplicabilidad que era de competencia de la Corte Suprema. Así, se dispone que "Resuelto por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". En consecuencia, si se trata de vicios distintos, procede la inaplicabilidad. Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005.

[91] Así, Juan Colombo, ha sostenido que "Ese es un problema del tribunal correspondiente, lo que no pueden hacer es aplicar lo que nosotros hemos derogado. Ellos sabrán si esa ley puede o no tener efectos en un determinado proceso, nosotros no podemos entrar a calificar eso. Hoy el tribunal es el único que puede pronunciarse respecto de cuestiones de constitucionalidad de las leyes, de manera que cualquier tribunal que tenga un problema de constitucionalidad debe remitir el proceso al tribunal y así se ha estado haciendo (...)." COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 5.

El precepto legal ya está derogado, por lo que su aplicación dependerá de los efectos temporales que dicha norma tiene producto de la irretroactividad de la sentencia derogatoria. Se trata de una norma que tuvo una vigencia temporal, por lo que queda protegida constitucionalmente en ese periodo. Esto ocasiona evidentes inequidades entre aquellos casos en que se dedujo oportunamente un recurso de inaplicabilidad, y aquellos en que dicho recurso no se dedujo. En mayo de 2007 la Corte Suprema envió un oficio al Tribunal Constitucional con el objeto de que este se pronuncie acerca de una causa particular, solicitando que precise los efectos de la sentencia derogatoria.[92] El Tribunal Constitucional respondió el oficio que le dirigiera la Corte Suprema en julio de 2007. Se señaló que "Este Tribunal estima que la sentencia de inconstitucionalidad (...) no produce, ni puede producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub-lite, puesto que la potestad emanada de nuestra jurisdicción constitucional, se agota, en el caso concreto, con la decisión derogatoria expresada en dicha sentencia (...). No se pueden cuestionar los efectos que dicha norma contraria a la Constitución generaría hasta la fecha en que cesa su vigencia, ni cuestionar tampoco la validez de los actos realizados a su amparo, toda vez que la declaración de esta magistratura no produce efectos retroactivos. (...) la sentencia de este Tribunal que declara la inconstitucionalidad (...) en nada difiere, en cuanto a sus efectos, de los que hubiese tenido una ley derogatoria (...)".[93]

Conociendo de recursos de inaplicabilidad interpuestos con posterioridad a la sentencia derogatoria en contra del derogado Art. 116, del Código Tributario, la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha sostenido que el control concreto no procede luego de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto.[94] Lo anterior implica que necesariamente el precepto legal impugnado debiera tener aplicación en el proceso pendiente, ya que la irretroactividad

[92] CORTE SUPREMA (2007) Oficio N° 4292-2007, consid. 7°.

[93] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Oficio dirigido a la Corte Suprema en respuesta al oficio de la misma N° 4292-2007, consid. 4°, 6°, 7° y 8°.

[94] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 686-2006, consid. 6°, 7°, 9° y 10°. Debe señalarse que el voto disidente de los Ministros Mario Fernández Baeza y Jorge Correa Sutil, quienes fueron partidarios de entrar a conocer el recurso de inaplicabilidad fundados en que en casos anteriores el Tribunal ha resuelto todo lo contrario; en que un precepto legal derogado puede perfectamente ser decisivo en la resolución de un asunto pendiente debido al efecto ultra activo de la ley derogada. Agregan que esta es la única manera de evitar las desigualdades que se producen por la coexistencia de dos estatutos jurídicos diferentes. Muchas son las sentencias que siguen el voto mayoritario. Véase sólo a modo ejemplar la sentencia rol N° 870; sentencia rol N° 871; sentencia rol N° 885; sentencia rol N° 964; todas del 31 de enero de 2008. Pueden encontrarse múltiples resoluciones en idéntico sentido, constituyéndose en una jurisprudencia que difícilmente se revertirá en el futuro.

de la declaración de inconstitucionalidad impediría la exclusión concreta del mismo.[95]

Así, corresponderá al Poder Judicial determinar la forma de solucionar las inequidades que se producen. Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que este precepto tiene un carácter especial, pues se trata de una norma ordenatoria litis, debido a lo cual las consecuencias de la derogación no son similares a las de una norma sustantiva. El efecto propio de la inconstitucionalidad declarada por la sentencia estimatoria es idéntico al de la derogación de las leyes, debiendo por consiguiente aplicarse el régimen jurídico de la derogación. Todo lo obrado procesalmente con anterioridad a la publicación de la sentencia derogatoria debe entenderse válido debido a la irretroactividad. Las normas procesales rigen, por regla general, in actum.

Una solución propuesta dentro del Poder Judicial, es la aplicación de la nulidad procesal. Así, puede citarse –entre varios casos similares- un proceso seguido ante la Corte de Apelaciones de Rancagua que había sido conocido en primera instancia por un juez tributario con facult ades delegadas. La sentencia de inconstitucionalidad derogó el precepto que permitía la derogación de la facultad jurisdiccional de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. Entonces, se presentó el problema de si la derogación afectaba el proceso o no. La Corte de Apelaciones de Rancagua, en una resolución de junio de 2007, determinó que lo obrado por el delegado es nulo, ya que la delegación se quedó sin un sustento legal (Nulidad procesal: Art.83 y 84, del Código de Procedimiento Civil).[96]

Con este fallo, se generó otro problema práctico, consistente en la gran cantidad de causas que pueden quedar sin efecto si se sigue el mismo criterio. No obstante ello, esta tesis jurisprudencial sólo puede tener aplicación respecto de procesos no afinados o no finalizados por sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

[95] Por lo mismo, en el mismo fallo citado, el Ministro Enrique Navarro Beltrán previene que debió proveerse que no es necesario emitir pronunciamiento debiendo estarse a lo resuelto con la sentencia derogatoria del mismo artículo. Por otra parte, Enrique Aldunate señala que "La única forma de entender esto, en términos jurídicos, es asumiendo que la sentencia de 27 de marzo de 2007 incide en algo en los sucesos acaecidos con anterioridad, y en la vigencia misma del artículo 116, que pudo habérseles aplicado. En buen castellano, que su sentencia tiene, de alguna manera, efecto retroactivo. La Constitución prescribe lo contrario. ¿Quo vadis, tribunal?". ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2007).

[96] CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2007) Sentencia rol N° 778-2006, consid. 5°, 6°, 7°, 8° y 9°. Este fallo es un ejemplo de las invalidaciones que algunas Cortes de Apelaciones han hecho respecto de aquellos juicios en que intervino el juez tributario delegado. Dicha nulidad se refiere a los actos del juez delegado pero "no anulan liquidaciones, giros, pagos o resoluciones que han incidido en el pago de un impuesto", ya que el fallo del Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar que el juicio en primera instancia debe ser tramitado por quien legalmente corresponda. En consecuencia, debe repetirse el proceso ante el Director Regional.

En una situación similar, la Corte Suprema optó por adoptar una decisión distinta con fecha 1 de octubre de 2007: determinó que la derogación no procede con efectos retroactivos, por lo que las causas pendientes donde tenga aplicación el Art. 116, del Código Tributario, deben seguir respetando la vigencia de dicho precepto. Reconoce la Corte Suprema la inequidad que ello genera, por lo que dispone la obligación del órgano jurisdiccional de requerir de oficio al Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie acerca de una eventual inaplicabilidad.[97] Ya sentada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la comunicación entre los más altos tribunales de la República estuvo encerrada en remisiones recíprocas. La consecuencia de ello es que nadie se hizo cargo del problema.

Finalmente, ante la jurisprudencia reiterada y uniforme del Tribunal Constitucional en el rechazo de las inaplicabilidades que le llegaban de la Justicia Ordinaria, la Corte Suprema – con fecha 4 de junio de 2008- decidió invalidar de oficio mediante la nulidad procesal un proceso tributario. Los fundamentos de dicha sentencia dicen relación con que la sentencia derogatoria afecta las causas en actual tramitación, fundado en la igualdad ante la ley (consid. 19 y 20). Es de esperar que esta sentencia siente un precedente final para uniformar la jurisprudencia existente al interior del Poder Judicial, y que el resto de los procesos sean anulados de igual manera.[98] Dicha sentencia utiliza el mismo criterio que propuse en mi tesis de grado.

En efecto, el Art. 116, del Código Tributario, es una norma ordenatoria litis, por lo que debieran aplicarse las normas generales de vigencia relativas al procedimiento. En efecto, las modificaciones legales introducidas en los procedimientos que se siguen ante los Tribunales de Justicia operan in actum (véase el consid. 17), por lo que si el proceso se encuentra pendiente entonces corresponde ha-

[97] CORTE SUPREMA (2007) Sentencia rol N° 4040-2006, consid. 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°.

[98] CORTE SUPREMA (2008) Sentencia rol N° 2849-2006, de fecha 4 de junio de 2008. Dicha sentencia fue redactada por el Ministro Pierry. Cabe reproducir las siguientes consideraciones: "Que de acuerdo a todo lo expuesto y por haber sido derogada la norma, no puede tener aplicación en el presente juicio; y los efectos de dicha derogación tienen que ser los mismos que los de la declaración de inaplicabilidad anterior, por cuanto –y repitiendo el concepto– la norma legal derogada producía efectos permanentes y la decisión acerca de la validez o nulidad del proceso depende precisamente de la aplicación o no de la norma o de su existencia. Al haber ésta desaparecido, no puede ser aplicada al juicio tributario respecto del cual ella era el sustento, produciéndose el decaimiento de sus efectos procesales y la correspondiente nulidad, por lo que procede así declararlo." (consid. 22) "en la especie ha existido respecto del tribunal que conoció de la causa falta de legitimación en el ejercicio de la jurisdicción, por lo que cabe concluir que de los tres presupuestos básicos de la relación procesal –a saber, el tribunal, las partes y la contienda- ha faltado el primero, es decir, no ha existido un tribunal con jurisdicción. Tal situación, por su naturaleza, puede ser observada en cualquiera etapa del juicio por el tribunal que esté conociendo de él y acarrea de un modo inevitable en nuestro sistema jurídico la correspondiente declaración de nulidad, lo que se hará en virtud de lo previsto en los artículos 83 inciso 1° y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil" (consid. 23).

cer las modificaciones que el cambio legal implica.[99-100] En este mismo sentido, Paul Roubier recuerda que "el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley".[101-102]

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debe analizarse si proceden o no los recursos de inaplicabilidad presentados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia derogatoria. El precepto legal inconstitucional estuvo vigente al momento de deducirse el recurso de inaplicabilidad por mandato de la Constitución. Debe analizarse si el tribunal de la instancia está obligado o no a aplicar el precepto cuestionado de acuerdo a las reglas relativas a los efectos de la ley en el tiempo. Si dichas reglas ordenan su vigencia, entonces

[99] En efecto, el Art. 24, de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, dispone que "Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicio prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Véase también DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 74.

[100] Debe señalarse que el Mensaje del proyecto de Ley sobre efecto retroactivo expresó: "En orden a las leyes relativas al sistema de enjuiciamiento, el Proyecto establece que tengan inmediato efecto desde el instante de su promulgación. Las leyes de esta naturaleza jamás confieren derechos susceptibles de ser adquiridos; por consiguiente, nada hay que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento. Para salvar los embarazos que pudieran resultar de los cambios súbitos en la ritualidad de los juicios, basta que los trámites pendientes se lleven a término con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se hubieran iniciado". Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 246-247.

[101] ROUBIER, Paul, citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 247. No obstante ello, debe reconocerse que el punto es polémico y que el mismo argumento que esgrimo puede ser utilizado por la doctrina contraria, ya que habría una "actuación o diligencia que ya estuvieren iniciadas", las que se rigen por la "ley vigente al momento de su iniciación". La discusión se centraría en si podemos considerar al Art. 116, del Código Tributario, como una norma que establezca una "actuación", la que sería el acto delegatorio.

[102] Por otra parte, debe recordarse que la materia en estudio dice relación con atribuciones de órganos públicos, materia de Derecho Público. Como es sabido, las modificaciones existentes en materia de Derecho Público también operan in actum. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 252-255. Se reconoce una discusión en la doctrina respecto a este punto, donde ciertos autores opinan que las reglas de competencia no pueden ser alteradas por una ley nueva, mientras otros estiman que las nuevas legislaciones pueden aplicarse a todos los asuntos que no han sido fallados definitivamente. Comparto la última de estas. Los partidarios de la primera postura se sustentan en el principio de la radicación o fijeza (Art. 109, del Código Orgánico de Tribunales), entendiendo a la modificación o derogación de la ley procesal como una causa sobreviniente. También fundan su doctrina en el Art. 19, N° 3, de la Constitución, que prohíbe las comisiones especiales y establece el principio de legalidad del Tribunal, y que dicha legalidad sea anterior a la perpetración del hecho. La postura que sostengo señala que el tribunal comienza a carecer de competencia desde que la nueva ley principia a regir, "porque de otra manera se arrogaría facultades no conferidas por la ley", vulnerando el Art. 7, de la Constitución. Se cita además al Art. 24, de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, ya reproducido. Así, Manuel Egidio Ballesteros (también citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 253-254) sostiene que "es indudable que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriendo desde ese momento los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

procede declarar la inaplicabilidad. Si por el contrario, dichas reglas excluyen su aplicación, luego el incidente de inaplicabilidad carece de objeto.[103]

No corresponde analizar la cuestión tomando la fecha de publicación de la sentencia, debido a que dicha fecha importa con ocasión de los efectos que la misma producirá. La fecha que realmente debería tomarse en consideración es aquella que se invoca como momento jurídico para la aplicación o inaplicación del precepto impugnado con el incidente de inaplicabilidad. Si se invocan derechos adquiridos durante el período de vigencia transitoria de la ley derogada, entonces dicha ley existe y se aplica por efecto de la irretroactividad de la sentencia derogatoria (situación que no ocurre respecto del primitivo Art. 116, del Código Tributario, por tratarse de una norma no sustantiva). La única manera de eludir su aplicación es mediante el recurso de inaplicabilidad, y si este no se admite, entonces la única solución posible es la obligatoriedad de aplicar el precepto inconstitucional debido a su vigencia temporal. Asimismo, si el derecho fue adquirido fuera del período de vigencia de la ley eliminada, esto es, luego de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia derogatoria, entonces no cabe el recurso de inaplicabilidad debido a que el precepto impugnado dejó de existir y nada tiene que ver con el derecho adquirido. En consecuencia, no resulta necesario impetrar el incidente de inaplicabilidad, ya que la norma no existe.[104] El recurso de inaplicabilidad cabe mientras exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en que se pueda aplicar el precepto legal cuestionado. Por consiguiente, el derecho a formular el incidente persiste mientras no se termine con dicha gestión (Art. 93, N° 6, de la Constitución).

7. Efectos respecto a las causas terminadas y la cosa juzgada: El principio de seguridad jurídica en que se funda la cosa juzgada queda protegido ante una eventual declaración de inconstitucionalidad. Si se quisiera eludir la aplica-

[103] Para el profesor Díaz de Valdés, existe otra razón para sostener lo que señalo, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del Art. 116, del Código Tributario. En efecto, señala que: "(...) la desestimación del recurso de inaplicabilidad podría dejar al recurrente en una suerte de indefensión (recordemos que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos), a menos que los tribunales ordinario tomen cartas en el asunto (...). Más aún, se podría argumentar una vulneración fundamental de la igualdad, dado que el Art. 116 no regiría para quienes hubiesen obtenido un fallo favorable en sus recursos de inaplicabilidad con anterioridad a la Sentencia, y tampoco para todo el resto de la población después de esa fecha. En cambio, el Art. 116 sí regiría, no obstante su inconstitucionalidad, para quienes sufrieron su aplicación antes de la Sentencia".DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 462. Por otra parte, resulta útil señalar que en la propia historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley 20.050, se dejó constancia de que la igualdad es justamente uno de los principios que se tuvieron en consideración. A modo ejemplar, debe recordarse la intervención de Juan Colombo (Intervención del Ministro del Tribunal Constitucional, Juan Colombo, I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 516-520) y del profesor Otero (Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262).

[104] Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 434.

ción de un precepto legal inconstitucional en el caso sub-lite, entonces debió interponerse el correspondiente incidente de inaplicabilidad. Si ello no tuvo lugar, entonces la sentencia no tiene ningún vicio reprochable debido a que se fundó en una ley que obligaba al juez en virtud de la presunción de constitucionalidad.

Ahora bien, si la sentencia se funda en un precepto legal derogado por la sentencia de inconstitucionalidad, pero los hechos en que ella se pronuncia no se encuentran dentro del ámbito de aplicación temporal del precepto, como puede ser el caso de una causa originada por un contrato que se celebró con posterioridad a la publicación de la sentencia derogatoria, entonces sería procedente un recurso de casación en el fondo. Lo anterior, debido a una evidente infracción a la ley. Así, estimo que se configura la causal del recurso de casación en el sentido de que existe una "falsa aplicación de la ley", que tiene lugar, a juicio del profesor Benavente, cuando "el juez la aplica a una situación no prevista por el legislador, o bien, deja de aplicarla a un caso ya reglado".[105] Se trata de una ley que ha sido derogada, por lo que no puede ser aplicada.[106]

8. Sobre los derechos adquiridos y la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes:[107] La sentencia derogatoria no puede afectar derechos adquiridos bajo la protección temporal de la ley expulsada.[108] Al igual que en la derogación

[105] BENAVENTE, Darío (1984) p. 256.

[106] BENAVENTE, Darío (1984) p. 258

[107] Un derecho adquirido es aquel que se encuentra incorporado al patrimonio de una persona, mientras que una mera expectativa es aquella esperanza de adquirir un derecho eventual que aún no se ha incorporado en el patrimonio de una persona. A juicio del profesor Ducci, "por derecho adquirido se entiende el derecho que por un hecho o acto del hombre o por ministerio de la ley se ha incorporado al patrimonio, o bien, la facultad legalmente ejercida. Una mera expectativa es el derecho no incorporado al patrimonio o la facultad no ejercida legamente." DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 71. Según la definición de Gabba, los derechos adquiridos entran al patrimonio por un hecho o acto del hombre (...) o directamente por ministerio de la ley, aquellos que se obtienen ipso iure (...)." Ahora bien, según Ruggierio, la ley nueva no puede lesionar (...) los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni éstas ni aquellas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona (...). Puesto que al patrimonio no entran sino derechos privados, toda una serie de derechos se substrae al principio de la irretroactividad como son los que derivan de normas de Derecho Público, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos". Ambos autores son citados por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 219.

[108] En este mismo sentido, se pronuncia el profesor Díaz de Valdés al estudiar la historia fidedigna de la tramitación del proyecto de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la que actualmente se encuentra en discusión. La Presidencia de la República presentó una indicación relativa al principio de irretroactividad, donde se agrega que "tampoco se alterarán las relaciones jurídicas preestablecidas, ni se afectarán los derechos previos ni se originarán acciones de ningún tipo", indicación que fue rechazada por resultar "redundante". En consecuencia, debe entenderse que el legislador entiende que la interpretación correcta relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, implica el respeto por las relaciones jurídicas preestablecidas y los derechos adquiridos, los que se encuentran cautelados por el principio de irretroactividad. "Redundante", implica que la indicación es innecesaria por repetir lo que la propia Carta Fundamental expresa, razón por lo cual el respeto a los derechos adquiridos estaría asegurado. Indicación N° 125 al Proyecto de Ley que modifica la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Citado por DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 466.

por vía legislativa, los derechos adquiridos al amparo de la ley anterior sobrevivirán a la derogación de la ley, siendo protegidos por la propiedad que existe sobre las cosas incorporales. Por consiguiente, existe una suerte de efecto ultra activo de los derechos mencionados.[109] Al señalar que la ley inconstitucional "se entenderá derogada", el Constituyente derivado persigue que el régimen jurídico aplicable a la derogación de las leyes tenga aplicación. De esta forma, la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes cobra un especial valor. Como lo señaló el profesor Ducci, "La primera solución la constituyen las disposiciones transitorias de las leyes (...). Cuando no existen disposiciones transitorias que resuelvan los problemas derivados del cambio de legislación, se debe recurrir entre nosotros a la ley de 7 de octubre de 1861, denominada ley sobre el efecto retroactivo de las leyes".[110] Así, la ley sobre el efecto retroactivo sólo resulta aplicable a los casos en que el legislador no haya previsto un tratamiento especial de la materia que regula, situación que ocurre con la sentencia derogatoria. La sentencia derogatoria no reconoce la posibilidad de que se regule mediante una disposición transitoria el conflicto que se suscita por la aplicación de las leyes en el tiempo.

Así, a modo de ejemplo, rige plenamente lo dispuesto en el Art. 22, de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone que "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". Pues bien, si la ley inconstitucional se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato, entonces dicha ley se encuentra incorporada al acto jurídico bilateral, produciendo la sobrevivencia de la ley no obstante su derogación. Esta sobrevivencia de la ley, que existe sólo con efectos particulares, rige respecto de las partes contratantes de la convención ya que los efectos generales propios de la legislación se transforman en los efectos particulares propios de ella, salvo por las excepciones que el mismo Art. 22 señala.[111]

De todo lo expuesto, y en razón del análisis desarrollado, me parece que resulta fortalecida la doctrina moderna acerca de la existencia de los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno.[112]

[109] En este sentido, deben recordarse las palabras de grandes autores civilistas. "La circunstancia de que una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido regularmente bajo el imperio de otra, sea inconstitucional, hace que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad." ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 216. En consecuencia, los derechos que existían al amparo de la ley derogada sobreviven bajo la tutela de la propiedad sobre las cosas incorporales.

[110] DUCCI, Carlos (2005) p. 71.

[111] De esta manera, en palabras del profesor Ducci, "es la ley antigua la que rige tanto los requisitos externos como los requisitos internos de los actos y contratos y aún más los efectos de dichos actos en el futuro." DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 73-74. Según el mismo autor, este precepto se aplica no sólo a los contratos, sino a todo acto jurídico, debido a un error en la tramitación de la ley, la que omitió la expresión "actos". En esta materia, véase también a ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 242-243.

[112] Sobre esta materia, véase SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 211 y ss.

9. Efectos en otros procesos de inconstitucionalidad relativos al mismo precepto legal inconstitucional. La enervación de otras acciones: Si ventilado un procedimiento por inconstitucionalidad se presenten acciones de inconstitucionalidad paralelas, o coexistiendo con un proceso de oficio relativos a la impugnación del mismo precepto, bien podría el Tribunal Constitucional sentenciar un proceso antes que otros, o acumularlos todos para dictar una sentencia derogatoria única. Si llegase a anular el precepto legal con una acción o a través del procedimiento de oficio sin pronunciarse respecto de los procedimientos paralelos, éstos pierden su razón de ser, careciendo de objeto y de un elemento esencial del procedo. No puede declararse la inconstitucionalidad de una norma legal si ella ya ha sido eliminada del ordenamiento jurídico. Por ello, comparto la tesis sostenida por el profesor Díaz de Valdés.[113] Siguiendo la misma línea, el Tribunal Constitucional desechó una acción de inconstitucionalidad pendiente en contra del ya eliminado Art. 116, del Código Tributario.[114]

VIII. El problema de las sentencias derogatorias que intentan solucionar las dificultades ocasionadas con la declaración de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional no debe realizar un examen de méritos respecto de la ley que modifica, debiendo limitar su razonamiento a consideraciones estrictamente jurídico-constitucionales. Por consiguiente, ninguna sentencia puede fundarse en la conveniencia o inconveniencia (política, económica, social, etc.) de derogar el precepto legal impugnado. Por otra parte, los efectos de la sentencia derogatoria se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental, por lo que el Tribunal no puede regularlos. Si lo hiciera, estaría modificando la Constitución o, al menos, actuando como un "legislador positivo", en circunstancias que el Tribunal no goza de atribuciones expresas para ello.

[113] "La presentación de tales acciones (acción de inconstitucionalidad cuando ya existe un proceso de oficio) no tiene sentido alguno una vez que el precepto legal en cuestión ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico (...). Del mismo modo, aquellas acciones ya presentadas a la fecha de la declaración de inconstitucionalidad carecen de objeto por la misma razón señalada (...). Es claro, por lo tanto, que un efecto indubitable de una sentencia que acoge una acción de inconstitucionalidad es la enervación de toda otra acción deducida o por deducirse contra el mismo precepto legal derogado". DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 461.

[114] En dicho caso, la acción de inconstitucionalidad fue interpuesta en diciembre de 2006 y resuelta el 17 de abril del año 2007, en circunstancias que el precepto había sido derogado con anterioridad, por sentencia de inconstitucionalidad publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de marzo de 2007. Así, correspondía que el Tribunal se pronunciara acerca de la inconstitucionalidad de una norma que ya había sido eliminada. En consecuencia, el propio Tribunal señaló que "en este proceso dejó de cumplirse el presupuesto procesal básico establecido por la Carta Fundamental para que prospere la acción pública de inconstitucionalidad, toda vez que ésta persigue la obtención de una sentencia derogatoria de un precepto legal vigente, la que no podrá obtenerse por encontrarse ya derogado el referido precepto legal." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 665-2006, consid. 7°.

En el Derecho Comparado, existen casos en que las legislaciones permiten que el Tribunal Constitucional dictamine acerca de los efectos de sus sentencias, cuestión que en Chile es absolutamente inadmisible.[115] El Tribuna Constitucional no puede crear Derecho, sino que sólo eliminar normas legales cuando los supuestos constitucionales lo permitan. Debido a lo anterior, no tienen lugar las sentencias aditivas que modifican la ley que resulta eliminada con el ejercicio del control represivo abstracto.[116] Una posición diferente la sostiene Humberto Nogueira, quien propone que el Tribunal Constitucional evalúe las consecuencias de sus fallos y evite los vacíos normativos, dando mayor flexibilidad a las sentencias derogatorias por una cuestión de seguridad jurídica.[117] No comparto su opinión. La seguridad jurídica se expresa en la irretroactividad de la sentencia derogatoria, y no en la adición de sus contenidos. El Tribunal Constitucional "no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control."[118] No corresponde que el Tribunal fundamente sus decisiones con argumentos que no sean estrictamente jurídicos. En este sentido, la jurisprudencia del propio Tribunal en materia de control preventivo y en materia de recursos de inaplicabilidad, ha sido muy coherente.[119] Así, el Tribunal debe limitarse a realizar un análisis comparativo entre la Constitución y el precepto legal impugnado. Lamentablemente, en un fallo el criterio de conveniencia ha sido utilizado por el Tribunal.[120]

[115] Por ejemplo, las Constituciones de Austria, Grecia y Albania disponen la facultad del Tribunal Constitucional para establecer un plazo por el cual la sentencia que dicta entrará en vigencia. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional alemana suele dictar sentencias donde no declara la nulidad de la norma legal inconstitucional, sino que simplemente advierte al legislador que si vuelve a infringir la Constitución en el sentido que se señala, se declarará la nulidad de las normas futuras. Así, se ordena al legislador la corrección de la norma inconstitucional. Véase LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

[116] En la fundamentación de un voto disidente de una sentencia del Tribunal Constitucional, se señaló lo siguiente: "Que, asimismo, es imprescindible recordar que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden sino conducir a la eliminación de los preceptos calificados de inconstitucionales, sin que en caso alguno le sea lícito introducir agregaciones a los proyectos de ley que examina ni disponer que su aplicación pueda extenderse más allá de lo que el propio legislador ha señalado. Menos aún podría admitirse que el Tribunal procediera a establecer definiciones que corresponden a atribuciones propias del legislador." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) Sentencia rol N° 220-1995, consid. 3°, del voto disidente.

[117] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 433.

[118] COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 561.

[119] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996) Sentencia rol N° 231-1996, consid. 7° y 8°. La jurisprudencia en esta materia no ha admitido vacilaciones, pese a que ni en la doctrina ni en el Derecho Comparado la cuestión no es unánime. Véase a modo ejemplar las siguientes sentencias recientes del Tribunal Constitucional, roles N° 588, 608, 741, 747, 807, 914, 930, 932, 935, 986, todas las cuales rechazan en materia de inaplicabilidades el control de mérito como una atribución propia del Tribunal.

[120] "Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma." TRIBUNAL

Este mismo criterio se reconoce como requisito de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, lo que a mi juicio es contrario a la Constitución.[121]

Sin perjuicio de lo anterior, no hay inconveniente en que el Tribunal dicte una sentencia de doctrina y principios, donde se establezcan parámetros legislativos que deberá respetar el legislador en sus futuras actuaciones,[122] siempre que no importe la creación de reglas nuevas dirigidas al legislador. Así, por ejemplo, no puede fijarle plazos para corregir ciertas actuaciones. Asimismo, tampoco proceden las "recomendaciones" al legislador.[123]

Algunos ordenamientos jurídicos han establecido la facultad de los Tribunales Constitucionales de manipular de manera discrecional y razonada los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, como ocurre con el caso de Colombia.[124] En el Derecho Constitucional Chileno lo anterior resulta contrario a la Carta Fundamental, ya que importaría alterar lo regulado por ella. Tampoco proceden las sentencias sustitutivas, que son aquellas que junto con eliminar un precepto legal contrario a la Carta Fundamental, lo reemplazan por otro que se ajuste al texto constitucional.[125] Todas estas sentencias manipulativas se acercan más a una suerte de legislación impropia, función que excede las competencias de la Jurisdicción Constitucional.[126]

CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 19°. En la misma sentencia, se señaló que el intérprete constitucional –guiado, como está, por el propósito de asegurar la primacía efectiva de la Carta Política- no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho. En este contexto, la derogación del precepto legal puede –por la interpretación que se le ha estado otorgando a su inaplicación en causas determinadas- arriesgar la vigencia efectiva del mandato explícito contenido en el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...)". Consid. 23°.

[121] Dicho requisito significa la inadmisibilidad del requerimiento cuando no aparezca demostrada la conveniencia de la declaración de inconstitucionalidad, el interés general que ella envuelve o su trascendencia para el ordenamiento jurídico. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 45.

[122] No obstante lo que señalo, debe decirse que, como lo demuestra Arturo Fermandois, la experiencia indica que el legislador no tiene mucha disciplina al momento de seguir la doctrina del Tribunal Constitucional. FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2005) p. 685-696.

[123] Estas sentencias también han sido denominadas como "exhortativas" por la doctrina. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 348-354, donde existen ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y colombiano.

[124] Sobre el caso colombiano, véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 108-114, 319-320. Otros casos especiales los constituyen el portugués y el canadiense. Véase LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

[125] Existen casos de sentencias sustitutivas en Italia y Colombia. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 347-348.

[126] Tesis seguida por Romboli y Pizzorusso. Citado por PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 24-25.

IX. ¿Procede la declaración de inconstitucionalidad por causa de inconstitucionalidad sobreviniente?

El caso de las leyes interpretativas de la Constitución: La inconstitucionalidad sobreviniente consiste en la existencia de un precepto legal que se subordina a la Carta Fundamental, pero que pierde dicha subordinación producto de una reforma a la Constitución Política. Así, un texto legal que era constitucional pasa a tener un vicio adquirido. En estricto sentido, podría sostenerse que no procede la declaración de inconstitucionalidad debido a que la norma legal fue eliminada con anterioridad del ordenamiento jurídica por la vía de la derogación tácita. La norma constitucional nueva se contradice con el precepto legal "conteniendo disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior" (Art. 52, inc. 3°, del Código Civil). Si la norma no existe, entonces no hay inconstitucionalidad alguna que declarar. La sentencia carecería de objeto.[127] Me atrevo a señalar, sin embargo, que esta posición no será dominante debido a que el Tribunal Constitucional no ha reconocido en su jurisprudencia la derogación tácita de la ley, entrando a ejercer sus competencias no obstante existir dicotomía sobreviniente.[128] Ello ocurre, por ejemplo, respecto de las normas dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980.[129]

La situación anotada en este apartado bien podría tener lugar con la dictación de una Ley Interpretativa de la Constitución que sea incompatible con una ley anterior que ejecute el texto constitucional interpretado por dicha

[127] El propio Tribunal Constitucional, al rechazar una acción pública de inconstitucionalidad en contra del derogado Art. 116, del Código Tributario, expresó que "en este proceso dejó de cumplirse el presupuesto procesal básico establecido por la Carta Fundamental para que prospere la acción pública de inconstitucionalidad, toda vez que ésta persigue la obtención de una sentencia derogatoria de un precepto legal vigente, la que no podrá obtenerse por encontrarse ya derogado el referido precepto legal."TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 665-2006, consid. 7°.

[128] En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido "Que, como lo ha señalado este Tribunal, en diversas resoluciones, la circunstancia de que la disposición legal que se objeta sea anterior a la entrada en vigencia de la Carta Fundamental no es óbice para el conocimiento y resolución de la acción de inaplicabilidad (Rol N° 472)", sentencia rol N° 755-2007, de 31 de marzo de 2008, considerando N° 9.

[129] En efecto, para el Ministro del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela, la derogación es también un problema de inconstitucionalidad que corresponde conocer al Tribunal Constitucional. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 367. Sostienen además que la "ultima jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia reconocía que ésta tenía atribuciones para declarar su derogación de una ley por la vía de declarar su inaplicabilidad". Reconocen que "lo más probable es que ahora, con mayor razón, un tribunal de inferior jerarquía se sentirá inhibido para declarar la derogación tácita de la ley por pugnar con la Carta y, frente a la duda que le plantee un asunto de esta naturaleza, acudirá al Tribunal Constitucional." Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostenía que la derogación tácita debía ser declarada a través del recurso de inaplicabilidad, véase HEISE BURGOS, Gustavo (2007) p. 383-384.

Ley Interpretativa. Así, el texto constitucional adquiere un sentido cierto y preciso que hace ineludible una inconstitucionalidad sobrevenida en la ley primitiva cuando ella contradice el sentido interpretativo de la ley posterior. No obstante lo dicho anteriormente, como la Ley Interpretativa se entiende incorporada al texto que interpreta en virtud del Art. 9, inc. 2°, del Código Civil (que excepciona de lo dicho a los casos en que existan sentencias con autoridad de cosa juzgada en el tiempo intermedio), bien podría sostenerse que el precepto inconstitucional es vicioso desde la entrada en vigencia de la norma constitucional. En consecuencia, la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad en este caso podría resultar más polémica.[130]

En mi opinión, la solución en este caso debe ser distinta. La propia Constitución limita la procedencia de las leyes interpretativas de la Carta Fundamental disponiendo un quórum especial de aprobación legislativa y regulando un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las mismas. Así, el Constituyente busca que la interpretación del legislador sea adecuada al correcto sentido de la Carta, no pudiendo vulnerar ni menoscabar su espíritu. Por lo mismo, la Ley Interpretativa viene a ratificar el verdadero sentido de la norma constitucional, precisando sus alcances sin contradecir la interpretación genuina que la norma tiene y tenía antes de la dictación de la ley interpretativa.[131] Por ello, no resulta tan relevante determinar la procedencia o no de los efectos retroactivos de la ley interpretativa, como sí el esclarecer que su sentido real siempre fue el de la nueva ley (lo que aprobó el propio Tribunal Constitucional a través del control obligatorio). Por ello, la norma legal que contradice la interpretación dada es contraria a la propia Constitución a través de una incompatibilidad que existe desde que la ley entró en vigencia bajo el sistema constitucional existente en dicha época, y no desde que se publicó la ley interpretativa. Así, no existe en la especie una derogación tácita, sino una nulidad sancionable por la vía de la declaración de inconstitucionalidad.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

[130] A juicio de los autores LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104, el caso de la Ley Interpretativa de la Constitución, debe tener igual solución que el de la reforma constitucional anotada.

[131] En este sentido, se ha dicho que las leyes interpretativas "no modifican la letra o texto de la Constitución, sino que se dictan con el objeto de aclarar y explicar el sentido y alcance de una norma o expresión que se estima oscura de la Carta Fundamental". El control constitucional se justifica por "el peligro que conlleva la dictación de leyes interpretativas, de ir más allá de la mera determinación del verdadero sentido y alcance del precepto interpretado." VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) T. I, p. 10, 284.

X. Conclusiones

La declaración de inconstitucionalidad es una especie de nulidad de Derecho Público con efectos atenuados por la Constitución, teniendo su primera fuente en el Art. 7, de la Constitución. El mecanismo para hacer efectiva dicha nulidad está regulado en el Art. 93, N° 7, de la Carta Fundamental.

El Art. 94, de la Constitución, altera los efectos propios de la nulidad disponiendo que el precepto inconstitucional "se entenderá derogado", y que la declaración de inconstitucionalidad se producirá "sin efectos retroactivos", por lo que las consecuencias jurídicas de la nulidad de Derecho Público resultan atenuadas por las propias disposiciones constitucionales. Ello es una excepción en la teoría general de la nulidad.

La regulación constitucional de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, si bien es poco acabada, no requiere de una modificación constitucional para entenderla a plenitud. Es posible dar respuestas fundadas y coherentes a los problemas que se generan por la falta de detalle en la regulación constitucional relativa a las consecuencias jurídicas de la sentencia derogatoria.

Lamentablemente, es posible prever que la declaración de inconstitucionalidad será muy poco frecuente en la práctica del Tribunal Constitucional, ya que existen múltiples restricciones a su ejercicio, algunas de cuestionada procedencia. Entre ellas, debe mencionarse: el respeto por la presunción de constitucionalidad de la ley y la regla de deferencia hacia el legislador; el intento previo del Tribunal Constitucional por intentar buscar un sentido del precepto legal que permita conciliar sus disposiciones con las de la Constitución; la existencia de un elevado quórum para su declaración; la existencia de normas legales que nunca resultan decisivas para la resolución de un asunto; las enormes consecuencias que se generan en el ordenamiento jurídico producidas por la eliminación con efectos absolutos de una norma legal contraria a la Constitución.

XI. Bibliografía

ALDUNATE LIZANA, Eduardo: (2005) "El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la Ley N° 20.050", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 67-80. ISBN 956-238-593-0; (2007) "¿Hacia dónde vas, tribunal?", carta enviada al Director del Diario El Mercurio, publicada con fecha 10 de septiembre de 2007.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.)

BENAVENTE, Darío (1984) Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1992). ISBN 956-10-0924-1.

BRUNET BRUCE, MARCELO (2007) "Admisibilidad en materias constitucionales: Principio In Dubio Pro Admittere", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 417-430. ISSN 07160267.

Boletines N° 2526-07 y 2534-07, los que contienen toda la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de agosto de 2005, con sus discusiones parlamentarias, indicaciones, informes y demás antecedentes; Boletín N° 4059-07, correspondiente a la historia del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; Boletín N° 1454-07 y 1455-07, sobre Moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre atribuciones del Tribunal Constitucional. Todo lo anterior se encuentra disponible en www.senado.cl.

BULNES ALDUNATE, Luz: (2004) "Las reformas necesarias a las competencias del Tribunal Constitucional de Chile", Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (2004), p. 181-194; (2005) "Efectos de las sentencias de la jurisdicción constitucional en la Justicia Ordinaria", Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (2005), p. 55-65; (2006) "Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional", Actualidad Jurídica, N° 13, Universidad del Desarrollo, p. 97-114. ISSN 0717-5914.

CABALLERO BRUN, Felipe (Diciembre de 2006) "Derecho Penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal", Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XIX, N° 2, p. 161-185.

CEA EGAÑA, José Luis: (2005) "El proyecto de reforma constitucional. Sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Justicia Ordinaria", Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (2005), p. 67-72; (2006) Escritos de Justicia Constitucional (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 35, año 2007). ISBN 978-956-8186-09-8; (2006-a) "La Jurisdicción Constitucional", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, N° 10, p. 11-19. ISSN 0717-716X; (2006-b) entrevista titulada "La Constitución no está sujeta a la contingencia política", publicada en el Diario El Mercurio de 21 de mayo de 2006, Cuerpo D, p. 15; (2007) "Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Dificultades y desafíos", exposición inaugural del seminario sobre Sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y sus efectos. Revista Actualidad Jurídica, N° 17, enero de 2008, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 165-174. ISSN 0717-5914; (2007-a) "Praxis del Control de Constitucionalidad en Chile", ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.

COLOMBO CAMPBELL, Juan: (2005) "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 551-592. ISBN 956-238-593-0; (Diciembre de 2007) entrevista titulada "Sólo el Tribunal Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la ley", publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4-5.

Sentencias y otros instrumentos de la CORTE SUPREMA: Resolución rol de ingreso N° 3812-2006, de fecha 18 de octubre de 2007. Resolución de nulidad de oficio (Art. 84 del Código de Procedimiento Civil). Sistema computacional de la Corte Suprema; Requerimiento al Tribunal Constitucional sobre eventual inaplicabilidad en la causa rol de ingreso N° 4040-2006, de fecha 1 de octubre de 2007. Sistema computacional de la Corte Suprema; Oficio N° 4292-2007, 3ª sala de la Corte Suprema, dirigido al Tribunal Constitucional con fecha 31 de mayo de 2007.

Sentencias de CORTES DE APELACIONES: Corte de Apelaciones de Rancagua (2007) Resolución rol de ingreso N° 778-2006, de fecha 29 de junio de 2007. Resolución de nulidad de oficio (Art. 84 del Código de Procedimiento Civil).

CRUZ-COKE OSSA, Carlos: (2002) "Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional", Actualidad Jurídica, N° 6, Universidad del Desarrollo, p. 137 y ss.; (2005) Manual de educación cívica (8ª Edición, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo). ISBN 956-10-1154-9; (2006) "Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional", Actualidad Jurídica, N° 13, Universidad del Desarrollo, p. 43-96. ISSN 0717-5914.

DÍAZ GARCÍA, Iván (2007) "Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 389-406. ISSN 07160267.

DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo (Noviembre de 2007) "Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales", ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (Julio de 2007) "Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal", Actualidad Jurídica, N° 16, Universidad del Desarrollo, p. 435-478. ISSN 0717-5914.

DUCCI CLARO, Carlos (2005) Derecho Civil parte general (4ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-0189-6.

ESPINOZA TORRES, Manuel (2007) "Efectos para los contribuyentes de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario", Revista Derecho Mayor,

año VI, N° 6, p. 325-334, Escuela de Derecho de la Universidad Mayor. ISBN 956-7459-06-1.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo: (2005) "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 685-698. ISBN 956-238-593-0; (2007), "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", presentación realizada en el seminario sobre Sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y sus efectos. Revista Actualidad Jurídica, N° 17, enero de 2008, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 175-194. ISSN 0717-5914.

GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005) "La reforma constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno.", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 651-684. ISBN 956-238-593-0.

HEISE BURGOS, Gustavo (2007) "Mecanismos de control de constitucionalidad en el derecho chileno y su evolución", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 379-388. ISSN 07160267.

KELSEN, HANS, "Quién debe ser el defensor de la Constitución", Ed. Tecnos, 2ª, ed., 1999, Madrid.

LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) "Nulidad y Democracia en la Justicia Constitucional", Revista de Derecho, N° 11, p. 55-104

MARTINEZ COHEN, Rafael (Noviembre de 2007) "Algo más sobre la derogación del artículo 116 del Código Tributario", Revista La Semana Jurídica, N° 362, p. 3.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio: (2003) "Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público", documento de trabajo N° 56, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; (2005) "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", artículo publicado en La Constitución Reformada de 2005, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 457-472. ISBN 956-7950-31-8; (2007) "¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante un árbitro arbitrador?", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 407-416. ISSN 07160267; (2007-a) "Inaplicabilidad y control de aplicación de la ley", Revista La Semana Jurídica, N° 359, p. 3.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) "Inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 51-71. ISSN 0717-716X.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: (2006). "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional." Ius et Praxis, 2006, vol.12, N°.1, p.95-115. ISSN 0718-0012; (2005) "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", artículo publicado en La Constitución Reformada de 2005, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la

Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 421-456. ISBN 956-7950-31-8; (2005-a) La Justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur (Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-562-0; (2004) "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", Ius Et Praxis, vol. 10, p. 113-158. ISSN 0718-0012; (2002) "La reforma constitucional a la Jurisdicción Constitucional: el doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional", Ius Et Praxis, vol. 8, p. 337-370. ISSN 0718-0012.

PEÑA TORRES, Marisol (2007) Cuatro estudios de Justicia Constitucional (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 36, año 2007). ISBN 978-956-8186-08-1.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006) Teoría constitucional y otros escritos (2ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-618-X.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005) Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes-Debates-Informes (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1660-5.

PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) "Algunos aspectos fundamentales acerca de los efectos de la sentencia que resuelve conflictos de constitucionalidad de la ley", ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.

REYES RIVEROS, Jorge (1998) La Nulidad de Derecho Público, (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.). ISBN 956-238-202-8.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: (2005) "El nuevo Tribunal Constitucional", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 627-650. ISBN 956-238-593-0; (2007) "El Poder del Tribunal Constitucional", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 329-346. ISSN 07160267.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004),. "Ley de Matrimonio Civil", Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Santiago, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, p. 9-61.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: (1997) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1180-8; (2002) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Poder Judicial. Ministerio Público. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1383-5; (2003) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IX. Tribunal Constitucional. Contraloría General de la República. Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Consejo de Seguridad Nacional. Banco Central. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1416-5; (2007) "Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional", Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 347-378. ISSN 07160267.

SOTO KLOSS, Eduardo (1996) Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II, el principio de juridicidad, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1126-3.

Sentencias y otros instrumentos del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia rol N° 226-

1995, de 30 de octubre de 1995. Requerimiento parlamentario sobre proyecto de ley; Sentencia rol N° 220-1995, de 13 de agosto de 1995 Requerimiento parlamentario sobre proyecto de ley; Sentencia rol N° 309-2000, de 4 de agosto de 2000. Requerimiento parlamentario sobre convenio internacional; Sentencia rol N° 231-1996, de 18 de marzo de 1996. Requerimiento parlamentario del primitivo Art. 82, N° 3, de la Constitución; Sentencia rol N° 312-2000, de 3 de octubre de 2000. Requerimiento parlamentario sobre Tratado Internacional; Sentencia rol N° 409-2004, de 12 de mayo de 2004, consid. 7° y 8°, recaído en proyecto de ley que indica; Sentencia rol N° 631-2006, de 23 de octubre de 2007. Recurso de inaplicabilidad; Sentencia rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007. Proceso de oficio sobre declaración de inconstitucionalidad; Sentencia rol N° 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007. Acción pública de inconstitucionalidad; Sentencia rol N° 686-2006, de 4 de septiembre de 2007. Recurso de inaplicabilidad; Sentencia rol N° 665-2006, de 17 de abril de 2007. Acción pública de inconstitucionalidad; Oficio dirigido a la Corte Suprema con fecha 17 de julio de 2007, en respuesta al oficio de la misma N° 4292-2007. Todas las sentencias del Tribunal Constitucional se encuentran disponibles en www.tribunalconstitucional.cl.

VARAS ALFONSO, Paulino (2007) "¿La institución del precedente anglosajón aprobada por la Cámara de Diputados en el proyecto de ley adecuatorio de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional a la Reforma de la Carta Fundamental de 26 de agosto de 2005?", Revista de Derecho Público, Vol. 69, T. I, Santiago, p. 431-444. ISSN 07160267.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) DERECHO CONSTITUCIONAL (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I y II) ISBN 956-10-1172-7, y 956-101266-9.

VIERA GALLO Q., José Antonio (1998) "Revisión de las competencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en Chile", Ius Et Praxis, año 4, N° 1, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones, p. 339-347. ISSN 0717-2877.

VODANOVIC H., Antonio (2004) Manual de Derecho Civil, Tomo I, Parte Preliminar y General (4ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-393-8.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005) "Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional", artículo publicado en La Constitución Reformada de 2005, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 473-494. ISBN 956-7950-31-8.

El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil

Dr. Ruperto Pinochet Olave
Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO[1]

1. Introducción

Existe una estrecha relación entre el derecho civil y el derecho penal, pues de la comisión de un delito que cause daño a una persona emanan dos acciones; una penal y otra civil, en este sentido el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil[2] permite hacer valer en juicios civiles las sentencias condenatorias dictadas en un proceso criminal, con lo que se puede accionar para obtener la indemnización de perjuicios respectiva.

Hace un par de años como fruto de mi actividad profesional me correspondió defender a un cliente, quien sin estar seguro de su responsabilidad penal aceptó responsabilidad en un juicio simplificado, ya que se le aseguró por el Fiscal y Juez de Garantía que sería condenado únicamente a pagar una multa –como efectivamente sucedió– y que era la forma más sencilla de terminar el problema. Habiendo accedido al arreglo propuesto, dicho cliente fue demandado en sede civil por indemnización de perjuicios, fundándose la acción en el artículo 178, toda vez que había sido condenado criminalmente.[3]

La defensa se basó en el hecho de que no se podía dar el valor que asigna el mencionado artículo 178 a la sentencia condenatoria recaída en un juicio simplificado, pues ésta no cumple las prescripciones mínimas del debido pro-

[1] También profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca desde el año 1997.
[2] En lo sucesivo cuando nos referimos al artículo 178 debe entenderse que se trata del Código de Procedimiento Civil, salvo mención expresa en contrario.
[3] Finalmente en el juicio se acogió un incidente de abandono del procedimiento promovido por la defensa.

ceso y, por tanto, no se satisfacen en ella las exigencias obligatorias que para el debido proceso exige todo el bloque de tratados en materia de derechos fundamentales[4] consagrados, respecto del debido proceso, en tres tratados internacionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que según lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, éstos pasan a formar parte de la legislación interna y por tanto son vinculantes para todos los habitantes de nuestro país.

Como es sabido, nuestra Carta Fundamental no hace mención a todos los derechos que hoy componen un proceso racional y justo, o si lo hace, es de manera limitada. Así en lo que dice relación con el derecho a defensa se remite solamente a ser asistido por un letrado, omitiendo, entre otras facultades que lo componen, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Dichas deficiencias pueden ser subsanadas con la incorporación de las normas de los instrumentos internacionales que tratan la materia, normas que deben ser interpretadas siempre de la forma más favorable para el imputado –*antiguo principio pro reo*– y en el caso de presentarse una antinomia entre el ordenamiento interno y el internacional, deberá prevalecer este último, ya que hoy predomina la tesis de que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.

Dentro de un debido proceso, o *fair trial* en el derecho anglosajón, encontramos un variado número de garantías que deben respetarse en todo proceso, entre las que destacamos: el derecho a la presunción de inocencia; a un tribunal competente independiente e imparcial; a un proceso público; a defensa jurídica; a ser juzgado dentro de un plazo razonable; a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; a declarar sin coacción de naturaleza alguna; a la prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos o *non bis in idem*, y, finalmente, a la revisión de las sentencias por un tribunal superior.

Advertimos que dejamos afuera de este trabajo el análisis del juicio ordinario en lo penal por considerar, a *priori*, que tal procedimiento cumple efectivamente las prescripciones exigidas al debido proceso.

[4] La investigación relativa a si los diversos procedimientos regulados en el Código Procesal Penal cumplen las prescripciones del debido proceso fue encomendada, bajo mi dirección, a la egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca EVELYN ARANCIBIA FREDES, quien, producto de su labor investigativa, elaboró su tesis de grado: *"El artículo 178 del Código de Procedimiento Civil y su aplicación en los nuevos procedimientos simplificado y monitorio"*, calificada con nota 6,5, trabajo utilizado para la elaboración del presente artículo.

2. El artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, su historia y su ámbito de aplicación

De la comisión de un hecho delictivo emana una doble responsabilidad, una penal frente a la sociedad toda y otra civil frente a la persona que sufrió el perjuicio, de lo que se desprende la obligación de reparar el daño causado, y precisamente el artículo 178 permite que se hagan valer las sentencias criminales en juicios civiles, siempre que condenen al imputado.

Este artículo ha sido modificado por tres leyes, las que sin embargo han variado sólo una palabra en él, pero no por eso el cambio ha sido menos importante, puesto que se sustituyó la palabra "reo" por la de "procesado", alteración que obviamente ha sido muy significativa, por los motivos que pasamos a explicar.

Al dictarse el artículo en cuestión se encontraba ubicado en el numeral 201 del Código de Procedimiento Civil y versaba: *"en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal, siempre que condenen al reo"*.

En primer lugar, fue modificado por el artículo 9° de la Ley N° 19.047, de 14 de febrero de 1991, posteriormente fue sustituido por el artículo único letra "d" de la Ley N° 19.114, de 4 de enero de 1992, y nuevamente modificado por el artículo único de la Ley N° 19.158, de 31 de agosto de 1992.

La primera de estas leyes tenía por objeto garantizar adecuadamente los derechos de las personas, y con este objetivo introdujo diversas modificaciones al Código de Justicia Militar, Ley de Control de Armas, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Aeronáutico y Código Orgánico de Tribunales, además provocó el cambio en toda la legislación chilena de determinadas palabras por aquellas que permitieran garantizar un adecuado respeto a los derechos de las personas. Dentro de estas disposiciones se encuentra el artículo 178, por lo que en el artículo 9° de la Ley N° 19.047 se dispuso el reemplazo en toda la legislación de las expresiones *"auto de reo"*, *"encargatoria de reo"* y *"auto de encargatoria de reo"*, por la de *"auto de procesamiento"*, y la sustitución en todas las leyes de la palabra *"reo"* por la de *"procesado"*.

El propósito de dicha iniciativa, según lo dispuesto en el mensaje presidencial enviado al Congreso por la Ley N° 19.158, fue *"subsanar el mal hábito cultural chileno, que asimila la condición de "reo" a la de "culpable o condenado", lo cual resulta deshonroso para las personas que se hallan en tal situación"*.[5]

[5] CONGRESO NACIONAL, historia de la ley 19.158, de 31 de agosto de 1992. En el mismo sentido, GODDSTEIN, Raúl, quien al definir la palabra reo señala: *"Cualquier persona contra la cual se dirige una demanda judicial; y así en los juicios criminales indica aquel contra el cual se dirige la inquisición o la acusa-*

Posteriormente, la Ley N° 19.144 en la letra d) de su artículo único, que tiene entre los antecedentes de su promulgación una observación del Ministro de Justicia de la época, el cual señaló que la Editorial Jurídica de Chile al efectuar la actualización de los códigos y leyes de la República, había comprobado que era imposible cumplir a cabalidad con el mandato del artículo 9° de la Ley N° 19.047, a menos que existiera autorización para efectuar cambios de redacción, siendo insuficiente el simple reemplazo de los términos que se habían ordenado. Por tanto, se sustituyó el referido artículo 9° de la Ley N° 19.047, manteniendo su inciso primero y agregándole un inciso segundo, que disponía: *"Facúltese al Presidente de la República para que dentro de un año, en la actualización de los textos legales que corresponda hacer en virtud del inciso anterior, pueda introducir los cambios de redacción que sean necesarios para mantener la correlación gramatical de las frases correspondientes, sin alterar el sentido y alcance de las disposiciones respectivas. Al dictar los decretos aprobatorios de las ediciones oficiales de Códigos, el Presidente de la República se pronunciará igualmente, cuando proceda, sobre el cumplimiento de las normas anteriores en relación con las actualizaciones del texto del Código y de las leyes contenidas en el Apéndice correspondiente".*

Finalmente, la Ley N° 19.158, que modifica el artículo 9° de la Ley N° 19.047, en su artículo único dispuso: *"agréguese en el inciso primero del artículo 9° de la Ley N° 19.047, modificado por la Ley N° 19.114, sustituyéndose el punto (.) aparte por una coma (,) la siguiente frase: cuando esas expresiones se refieran al inculpado contra quien se hubiere dictado auto de procesamiento y no hubiere sido sobreseído, absuelto o condenado. Si tal situación no se diere, la voz "reo" podrá sustituirse por las expresiones "inculpado", "condenado", "demandado" o "ejecutado" o bien mantenerse según correspondiere".* Esta modificación tuvo su fundamento en que producto de un estudio de diversas disposiciones legales, especialmente algunas contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y de Justicia Militar, se infirió que aún existían problemas en el reemplazo de las expresiones en cuestión, debido a que en algunos artículos de dichos textos legales, la expresión "reo" todavía se aplicaba indebidamente como inculpado o como condenado, lo cual llevaba también a la mala aplicación de la expresión "procesado", produciéndose notables incoherencias que era necesario corregir.

Por tanto, con la modificación que se produjo en este artículo, y con la entrada en vigor de las leyes anteriormente descritas, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil quedó redactado de la siguiente forma: *"En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal, siempre que condenen al procesado".*

ción, y promiscuamente designa ora al indagado, ora al acusado, según los diversos sistemas. Resulta claro de esto que en el lenguaje jurídico la palabra reo tiene un significado muy distinto de aquel con el cual se usa en el lenguaje vulgar. El reo para el vulgo es culpable. Para el jurista el reo puede ser inocente. Y es un grave error el de quien por una prevención funesta osa confundir el sentido jurídico de esta denominación con su significado vulgar". Diccionario de derecho penal, Editorial Bibliográfica Argentina S.A., 1962.

Habiendo revisado brevemente la historia del artículo 178, debemos decir que existe una estrecha relación entre los procedimientos civiles y penales, por cuanto desde antiguo es posible hacer valer las sentencias dictadas en un juicio de carácter procesal distinto.

La acción civil persecutoria de indemnización de perjuicios puede interponerse tanto ante el tribunal penal, como ante tribunal civil. Sin embargo, según lo dispuesto en el inciso primero artículo 59 del Código Procesal Penal, la acción civil que tiene por objeto la mera restitución de una cosa, debe ser interpuesta necesariamente ante el juez del crimen que conozca del proceso penal.

Por el contrario, la acción indemnizatoria, por regla general puede ejercerse ante estos dos tribunales, puesto que así lo disponen el inciso segundo del artículo 59 del Código Procesal Penal y el artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales, disposiciones que señalan que existen dos tribunales competentes para ejercer dicha acción, esto es, el civil y el penal. En consecuencia, la primera puede tramitarse separadamente de la acción criminal, sin perjuicio de que sea un mismo hecho el que les dio origen.

Los efectos que produzca la sentencia criminal en el juicio civil dependerán de si la sentencia es condenatoria, absolutoria o que ordene el sobreseimiento definitivo, sin embargo el objeto de estudio de esta memoria son sólo las primeras.

Las sentencias criminales condenatorias producen siempre cosa juzgada en juicio civil, lo cual se establece en los artículos 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil. Para ello no se requiere la triple identidad de personas, de cosa pedida y de causa a pedir,[6] sobre todo si se considera lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal, *"Con la sola excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales"*. Por tanto, no sólo la

[6] En este sentido la excelentísima Corte de Suprema en causa, Fuentes Urqueta con Corporación Nacional del Cobre de Chile (Casación en el fondo 4-7-2002) señaló: *séptimo: Que, del mismo modo*, se dice infringido el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil que sanciona que en los juicios civiles sólo podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condene al procesado, cual no es el caso de autos y sin embargo el tribunal de segunda instancia así lo ha considerado. La jurisprudencia ha fijado el alcance de esta norma en el sentido que cualesquiera que sean los litigantes, la sentencia condenatoria produce cosa juzgada en el juicio civil, en el cual no puede ponerse en duda la existencia del hecho que constituye el delito ni sostenerse la inculpabilidad del condenado ni tomarse en cuenta pruebas o alegaciones incompatibles con lo allí resuelto o con los hechos que le sirven de necesario fundamento. En este sentido no se divisa razón alguna para reprochar como violada esta norma procesal, de la cual ni siquiera se ha hecho mención alguna por los jueces ni se desprende de las sentencias que se la haya tenido presente de algún otro modo. Disponible en http://www.microjuris.com/MJCH/Chile.cfm.

víctima, parte del juicio criminal, puede impetrar esta acción, sino también un tercero que haya resultado afectado por la comisión del hecho delictivo y el demandado puede ser una persona distinta al condenado por el delito.[7]

En el juicio civil no puede ponerse en duda la existencia del hecho que constituye el delito, tomarse en cuenta pruebas ni alegaciones incompatibles con lo resuelto en el juicio criminal, ni sostenerse la culpabilidad del condenado, y aunque fue eliminado el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, que hacía mención a ello, se ha mantenido vigente el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, que plantea la misma idea de fondo.

2.1. Acción Civil en los procedimientos simplificado, monitorio y abreviado

En lo que dice relación con la acción civil en estos nuevos procedimientos, existen distintas reglas dadas por el legislador; así en el procedimiento simplificado, la acción de indemnización de perjuicios debe necesariamente impetrarse ante tribunal civil, ya que el artículo 393 del Código Procesal Penal señala: *"no procederá la interposición de demandas civiles, salvo aquellas que tuvieren por objeto la restitución de la cosa o su valor"*, no existiendo por tanto la posibilidad de elección al respecto, situación que adquiriría el carácter de regla general, pues son estos procesos los de mayor aplicación desde que se puso en marcha la reforma procesal penal en nuestro país.[8]

[7] En este sentido la excelentísima Corte de Suprema en causa, Banco del Desarrollo con Avello Arellano, Eduardo [Casación en la Forma y Fondo 26-11-1998], señaló: *"4°. Que, finalmente, el recurso sostiene que la sentencia se ha dictado en contra de otra, pasada en autoridad de cosa juzgada, señalando al efecto que lo decidido en este juicio se opondría a lo resuelto en sede criminal, en la que se condenó a terceros al pago de una suma de dinero, por ser autores de un ilícito penal de defraudación en contra del Banco demandante, teniendo como fundamento los mismos hechos que sirven de sustento a la demanda de autos; por lo que, en opinión del recurso, no resulta lícito declarar, en este juicio, que es el demandado el responsable de los perjuicios causados por aquellos terceros; sin embargo, lo cierto es que este capítulo del recurso se sustenta en una errada interpretación del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, pues lo que se pretende es que el establecimiento de un hecho punible y de quienes son sus responsables, impediría investigar ulteriormente la responsabilidad de terceras personas, que no hubiesen sido parte del proceso penal, o a quienes incumba una obligación de indemnizar en función de una fuente diversa de responsabilidad, como en la especie ocurre; esta conclusión del recurso es inadmisible, porque el citado artículo sólo prohíbe discutir la verdad judicial de los hechos establecidos en el proceso criminal, pero no impide que en otro juicio se investiguen responsabilidades concomitantes, por lo que siendo errado su fundamento, deberá también rechazarse este capítulo de la nulidad formal"*. Disponible en http://www.microjuris.com/MJCH/Chile.cfm.

[8] Desde diciembre de 2000, hasta diciembre de 2002, el total de procedimientos simplificados, fue de 3.418, con 166 absoluciones y 3.252 condenas; de procedimientos monitorios: 17.735, con 58 absoluciones y 17.677 condenas; de procedimientos abreviados: 915, con 3 absoluciones y 912 condenas, y de procedimientos ordinarios: 407, con 9 absoluciones y 91 condenas. BAYTELMAR, DUCE, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal, Estado de una Reforma en Marcha*, citado por HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 461.

La razón de esta exclusión es que, dado el carácter sumario y concentrado del procedimiento simplificado, se estimó inconveniente admitir la procedencia de acciones civiles indemnizatorias durante su tramitación. Se señaló que la interposición de una demanda civil para ejercer la acción indemnizatoria *"en juicio tan breve, supondría una dilación excesiva del procedimiento, pues su prueba es más compleja y su resolución requiere de un procedimiento de lato conocimiento".*[9]

Existe también la posibilidad cierta de que el Ministerio Público haya comenzado persiguiendo un delito por la vía ordinaria y se hubiere interpuesto una acción indemnizatoria y posteriormente la ruta elegida por el fiscal, dados los antecedentes y la pena requerida en concreto, sea el procedimiento simplificado, caso en que si la acción civil se ha ejercido oportunamente, la prescripción continuará ininterrumpida, siempre que la víctima presentare su demanda ante tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada se dispusiere la suspensión o terminación del proceso penal.

En lo que respecta al procedimiento monitorio, y de acuerdo a la postura de los profesores Francisco Hermosilla y Alejandro Aguilar Brevis,[10] *"si para los hechos constitutivos de simple delito no se admite la acción civil, existe claramente la voluntad que para las faltas, es decir, para el procedimiento monitorio, también resulte improcedente".*[11]

En cuanto a lo anterior, se debe tener presente que dentro de los deberes del fiscal se encuentra aquel que consiste en informar a las víctimas sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, lo que se aplica también a estos procedimientos.

---

[9] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. II, op. cit., p. 495.

[10] HERMOSILLA ARRIAGADA, Germán, *Nuevo Procedimiento Penal*, tomo IV, Colección Guías de Clases N° 20. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, 2002.

[11] A pesar de ello, a juicio de estos profesores puede el Juez de Garantía, excepcionalmente, pronunciarse sobre la acción civil deducida respecto de un hecho punible constitutivo de una falta penal. Por ejemplo, en la ocurrencia de un hurto de un libro, cuyo importe no supera una unidad tributaria mensual, ante lo cual se denuncia el hecho al Ministerio Público y luego el Fiscal deduce el respectivo requerimiento; y en este escenario jurídico el Juez de Garantía no considera suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta por el Fiscal, por ende, lo rechaza y se prosigue con el procedimiento, citando el tribunal a todos los intervinientes a juicio oral simplificado.
Posteriormente una vez que es emplazado el ofendido al juicio, éste decide interponer una acción civil con el fin de obtener la restitución de la cosa o su valor.

3. Procedimientos especiales en el nuevo derecho procesal penal

La reforma procesal penal ha incorporado un variado número de soluciones jurídicas dependiendo de la pena que se le asigne al delito en cuestión, el tipo de conflicto que se presente, entre otros aspectos. Dentro de dichas soluciones existen variados procedimientos especiales, entre los que se encuentran los procedimientos simplificado y monitorio, aplicables a delitos de baja magnitud en cuanto a su pena, así como el procedimiento abreviado, considerado una salida alternativa al juicio ordinario penal.

El procedimiento simplificado es un procedimiento especial contemplado en el nuevo Código Procesal Penal, en los artículos 388 a 391 y 393 bis a 397 del citado cuerpo normativo, caracterizándose por tener una tramitación distinta, más rápida y simple que el procedimiento ordinario.

En el proyecto del Ejecutivo sólo se contemplaba la aplicación de este procedimiento para las faltas; por ello se denomina –al igual que en el sistema antiguo– *"procedimiento por faltas"*. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se hizo presente la conveniencia de ampliar su aplicabilidad *"a delitos menores que constituyen el mayor número de delitos y que recargarían en demasía a los tribunales orales"*, *añadiéndose otras consideraciones utilitaristas como el carácter "complejo y caro" del juicio oral "innecesario en estos delitos que en muchos casos quedarían dentro del principio de oportunidad del Ministerio Público"*.[12]

Según Hermosilla Arriagada,[13] es *"aquel que tiene por objeto que el Juez de Garantía conozca y falle, en forma oral, breve y concentrada, determinados asuntos que no revisten mayor complejidad, por lo que no requieren de las mismas actuaciones y plazos para ser conocidos y resueltos que la acción penal pública por crimen o simple delito"*.

Características atribuibles al procedimiento simplificado:[14]

a) es un procedimiento especial, que tiende a la descongestión del sistema, pues por la celeridad y simpleza que presenta, en comparación con el procedimiento ordinario, se pueden obtener resultados rápidos a cargo de un

[12] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., p. 462.

[13] HERMOSILLA ARRIAGADA, Germán, *Nuevo Procedimiento Penal*, op. cit., p. 74.

[14] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del Nuevo Sistema de Justicia Criminal*, t. II. Librotecnia, Santiago de Chile, 2005. HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, y BREVIS, Alejandro Aguilar, *Procedimientos Especiales en el Nuevo Proceso Penal*, Librotecnia, Santiago de Chile, 1ª ed., 2004, CAROCCA PÉREZ, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, 1ª ed., Editorial Jurídica Ltda., Santiago de Chile, 2003, p. 75.

tribunal unipersonal, que es el mismo que tuvo a su cargo el control de la investigación.

b) Tiene aplicación por iniciativa exclusiva del Ministerio Público, la que se manifiesta a través del respectivo requerimiento.

c) Es un verdadero juicio oral conocido por un tribunal unipersonal, pero más breve y simple.

d) Sólo admite aquellas acciones civiles que tienen por objeto la restitución de la cosa o su valor; por expreso mandato legal, puesto que por la brevedad de este procedimiento es conveniente que la acción indemnización de perjuicios se interponga en sede civil.

e) Se le aplican supletoriamente las normas que regulan el juicio oral, siempre que éstas se adecuen a su brevedad y simpleza, según lo dispuesto en el artículo 389 del Código Procesal Penal.

d) Se aplica en el caso de que en la comisión de un simple delito el Ministerio Público solicite la aplicación de una pena que no exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, de 61 a 540 días, siempre que los hechos constitutivos del hecho punible no hayan sido conocidos por medio de procedimiento abreviado.

La sanción a que se refiere este caso no es aquella asignada en abstracto por el legislador en el artículo 21 del Código Procesal Penal, sino más bien a la solicitada en concreto por el Fiscal luego de analizar los antecedentes del caso y la naturaleza del hecho punible.

Puede darse también la situación de que el Ministerio Público opte por este procedimiento a pesar de que en un primer momento se haya acogido al procedimiento ordinario, cuando en el curso de la investigación considere que la pena a solicitar sea la señalada para este procedimiento, lo que podría darse incluso después de la formalización de la investigación.

En cuanto a su tramitación, este procedimiento es de iniciativa exclusiva del Ministerio Público, sin perjuicio de que está obligado a hacerlo cuando se dan los supuestos establecidos por la ley.

Recibida por el Fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de falta o simple delito –artículo 388 del Código Procesal Penal– solicitará al Juez de Garantía competente la citación inmediata a juicio ordenando su notificación al imputado y citará a todos los intervinientes a la audiencia del procedimiento simplificado

con todos sus medios de prueba, la que no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días, contados desde la fecha de la resolución –inciso primero, artículo 393 Código Procesal Penal.

En la audiencia del procedimiento simplificado, el juez debe realizar una breve relación del requerimiento y de la querella en su caso. En caso de que esté presente la víctima, el juez debe advertir a esta y al imputado acerca de la posibilidad de poner término al procedimiento por medio de un acuerdo reparatorio, si fuere procedente.

El curso del proceso tiene dos posibles vías, lo que dependerá de si el imputado elige admitir su responsabilidad en los hechos o solicita al tribunal la realización del juicio oral.

Al admitir la responsabilidad, se evita el juicio oral, cuando se refiere a hechos constitutivos de delito que requieren la imposición de una pena baja; por el contrario, si se realiza el juicio oral, se lleva a efecto de inmediato, se oye a los intervinientes se recibe la prueba y se pregunta al imputado si tiene algo que agregar.

Una vez rendida la prueba, el tribunal procede a dictar sentencia, absolutoria o condenatoria, debiendo citar a una nueva audiencia –dentro de cinco días– con el objeto que se dé a conocer el texto escrito del fallo.[15]

Contra la sentencia dictada en este procedimiento sólo procede el recurso de nulidad, pero para que el Fiscal y el querellante puedan interponerlo es necesario que hayan comparecido al juicio.

El procedimiento monitorio se encuentra ubicado en el libro IV, título I del Código Procesal Penal, aplicable en los supuestos de faltas en las que el Fiscal requiera únicamente la imposición de una pena de multa.

Se puede definir al procedimiento monitorio como *aquel que permite el pronunciamiento de una sentencia con el sólo mérito de los antecedentes proporcionados en un requerimiento escrito por el Fiscal, la que si es condenatoria, se notifica al imputado y se le concede un plazo para oponerse; si lo hace, da origen a un pro-*

[15] Cuando existan méritos para condenar al imputado, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena, el juez podrá dictar sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido este plazo sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, situación que no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

cedimiento oral simplificado; y si no lo hace, la multa queda a firme y se procede a su ejecución.[16]

Recibida que sea por el Fiscal una denuncia por un hecho constitutivo de falta, debe presentar ante el Juez de Garantía correspondiente un requerimiento junto con la propuesta sobre el monto al que deberá ascender la multa que se requiera para el imputado.

Si el imputado ejerce el derecho a reclamo, se lleva a cabo la preparación del procedimiento simplificado, por lo que el tribunal ordenará la notificación al imputado y citará a todos los intervinientes a juicio, el que no podrá tener lugar antes de veinte, ni después de cuarenta días, contados desde la fecha de la resolución.

Sin embargo, el imputado podrá acogerse a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Procesal Penal, ya que si se hubiera visto impedido de ejercer su derecho a reclamar sobre la procedencia y monto de la multa, podrá solicitar al tribunal un nuevo plazo para hacerlo, que podrá ser otorgado por el mismo periodo con la limitación de que la solicitud debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere cesado el impedimento.

En cuanto al procedimiento abreviado, éste puede definirse como un mecanismo alternativo al juicio oral, que pretende evitar la realización de juicios buscando obtener sentencias más rápidas y a menor costo. Consiste en la posibilidad de que las partes puedan acordar una forma de procedimiento diversa y proceder a un debate simplificado frente al juez encargado de controlar la investigación, al término del cual dictará sentencia.[17]

Para la aplicación de este procedimiento deben cumplirse ciertos requisitos:

1. La pena privativa de libertad solicitada en concreto por el fiscal en su acusación no debe ser superior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas –artículo 406 inciso 1° CPP.

2. El imputado debe aceptar los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden; y

[16] CARROCA PÉREZ, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, op. cit., p. 263.

[17] Definición contenida en la página de Internet de la Defensoría Penal Pública www.defensoríapenal.cl, citada por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El procedimiento abreviado*, Ed. metropolitana, Santiago de Chile, 2003, p. 13.

3. El querellante, si lo hubiere, no se opone al procedimiento abreviado o, si lo hace, su oposición no debe considerarse fundada

Acordado el procedimiento abreviado, el Juez abrirá el debate, otorgará la palabra al Fiscal, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren. A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado –artículo 411 Código Procesal Penal.

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

La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado –artículo 412 Código Procesal Penal–; a este respecto se ha señalado: *"Deben considerarse aplicables a este procedimiento especial las disposiciones generales sobre valoración de la prueba y estándar de convicción, de modo que si no se alcanza dicha convicción el tribunal deberá absolver al acusado"*.[18]

4. Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos

Referirse al tema de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos es entrar a un asunto largamente debatido en ámbito nacional por los constitucionalistas y especialistas en derechos humanos. Desde la óptica de interés del tema tratado en este trabajo, resumiremos las posiciones doctrinales más relevantes, adoptando, finalmente, a este respecto una postura pragmática y no dogmática, que nos puede servir para resolver de forma adecuada la problemática planteada relativa al valor de las sentencias civiles en los nuevos procedimientos de la Reforma Procesal Penal.

El debate enunciado nace a raíz de la reforma introducida al artículo 5° de la Constitución Política de la República el año 1989, plantéandose en términos de si los tratados de derechos humanos tienen o no jerarquía constitucional, puesto que la Constitución no determina expresamente el rango de tales instrumentos.

[18] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., p. 531.

Al respecto Lautaro Ríos Alvarez piensa que *"ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2° del artículo 5° de nuestra Carta, que tiene –manifiestamente– otro alcance, como ya vimos.*[19] *La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH. con la supremacía normativa de la Constitución choca abruptamente con el sistema mixto de control de la constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregado al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD.HH. tuvieran rango constitucional per se".*[20]

En un sentido similar Hernán Molina señala que *"la disposición constitucional del artículo 5° inc. 2° se refiere a los tratados internacionales relativos a derechos fundamentales de las personas, que se encuentren ratificados por Chile y estén vigentes.*

Reuniendo estos tres requisitos constituyen una limitación para el ejercicio de la soberanía, lo cual los coloca en un rango jerárquico superior a la legislación complementaria, pero inferiores a la Constitución y a sus leyes interpretativas".[21]

A su respecto el Tribunal Constitucional al referirse a la inconstitucionalidad del tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Internacional, señaló que *"es relevante recordar que, aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental (...).*

(...) en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De ese modo si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá válidamente incorporarse al ordenamiento interno previa reforma constitucional".[22]

---

[19] Piensa que la reforma del artículo 5° refuerza y complementa, vigorosamente, el texto primitivo del inc. 2° de dicho artículo.

[20] RÍOS ALVAREZ, Lautaro," Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", Revista *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, año 2 N° 2 ISSN 0717- 2877, Talca, 2003, p. 110.

[21] MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, p. 5.

[22] Tribunal Constitucional, de fecha 8 de abril de 2000, que acoge la petición de inconstitucionalidad del tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, citada por ANDRADE

En un sentido opuesto, José Luis Cea Egaña afirma que *"en virtud del artículo 5° inciso 2°, modificado en 1989, la Constitución hace parte formal y sustantiva de su texto los derechos, acciones y recursos contemplados en los tratados internacionales"*.

En el mismo sentido Humberto Nogueira Alcalá indica que *"un tratado incorporado válidamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establece un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material, no formal) estableciendo una equivalencia, de rango normativo, especialmente en los tratados sobre derechos humanos, tal como lo establece la Constitución en su artículo 5° inciso 2°*.[23]

La condición de esenciales o fundamentales de los derechos en el estado Constitucional implica la prevalencia de ellos sobre toda norma anterior o sobrevenida, en la medida que tales derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía obligando a todos los poderes estatales como establece el inciso 2° del artículo 5°, pudiendo ser aplicados directamente ya que constituyen parte de la Constitución, y constituyendo criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del derecho".[24]

Respecto de la jerarquía de que gozan los tratados internacionales, tal como adelantáramos, adoptaremos una postura pragmática siguiendo la doctrina que los mismos autores consideran mayoritaria hoy en día, en el sentido de estimar que la enmienda al inciso 2° del artículo 5° hizo una diferenciación entre los tratados en general y los que se refieren a derechos humanos y que esta

GEYWITZ, Carlos, "La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. Sentido y Alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia", Revista *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, año 9 N° 1 ISSN 0717- 2877, Talca, 2003, p. 400.

[23] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional*, op., cit. p. 72. En este mismo sentido TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efecto de los Tratados Sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980". Revista *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, año 9 N° 1 ISSN 0717- 2877, 2003, p. 357.

[24] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Humanos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", Revista *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, año 11- N° 2- ISSN 0717- 2877, 2005, p.17. En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado *"que además de los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia –conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución– es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos"*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°, Revista *Gaceta Jurídica* N° 313, julio de 2006, Ed. LexisNexis, Santiago, 2006, pp.243-254.

diferenciación se traduce en que los últimos tienen categoría constitucional,[25] basados exclusivamente en un criterio práctico, puesto que en primer lugar, tal postura parece ir imponiéndose en doctrina,[26] y en segundo, que la materia relativa al debido proceso produce un efecto, en ocasiones, inverso al que tal interpretación produce en muchas otras materias de derechos fundamentales, en el sentido de que ellas reciben por su misma calidad una interpretación progresiva y finalista, en tanto que las reglas del debido proceso, aun cuando forman parte de la misma estructura de derechos fundamentales, apuntan a la seguridad jurídica y constituyen, por tanto, un límite a la discrecionalidad judicial que las mismas amplias facultades de interpretación ofrecen en tales materias.

5. El debido proceso

Históricamente la expresión debido proceso aparece consagrada en una norma de rango constitucional en la IV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales.[27] Desde entonces ha sido utilizada en diversos textos constitucionales, declaraciones y tratados internacionales, aunque bajo distintas denominaciones, tales como garantías necesarias para la defensa en juicio, debidas garantías, garantías mínimas, garantías judiciales, entre otras expresiones.

Actualmente, nuestra Constitución Política de la República, en el inciso 5° del artículo 19 N° 3, utiliza la frase *"garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*; no usándose deliberadamente el término *"debido"* con la finalidad de que no se interpretara que lo debido constituye aquello que está en la ley, *"entendiendo que la racionalidad está referida al procedimiento, y lo justo a lo sustantivo. Deberá estarse, pues, a la naturaleza del procedimiento para determinar si se cumple o no con las exigencias –imperativas del legislador– de esta-*

[25] CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, 1994. Se han presentado un sinnúmero de problemas de interpretación en cuanto a la enmienda realizada al artículo 5° de la Constitución y la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos. Al respecto, ver DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2003; VILLAVICENCIO Miranda, Luis. *La Constitución y los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.

[26] Aunque como puede apreciarse en la jurisprudencia citada en este trabajo, en los tribunales el asunto se encuentra menos decantado.

[27] Cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que señala *"no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial"*, citado por la historia de la ley N° 19.047, *que modifica diversos cuerpos legales que indica, a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas"*, publicada en el Diario Oficial, el 14 de febrero de 1991.

blecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".[28] Sin embargo, no se da una definición del mismo, aunque la Comisión Constituyente que elaboró la norma, en las actas oficiales, sección 100, 101 y 103, acordó dejar constancia que sus miembros coincidían en que eran *"garantías mínimas"* de este tipo de proceso el permitir un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa, la producción de la prueba que correspondiere, el respeto de la misma y la necesidad de que el tribunal la reciba en forma legal, elementos enumerados en forma meramente ejemplar, sin constituir, por tanto, una enumeración taxativa en este sentido.

La estructura del debido proceso resulta compleja, ya que no solamente está dada por el reconocimiento y protección interna que pueda brindársele dentro del Estado, sino que se complementa con un sinnúmero de tratados internacionales, independiente de la jerarquía que puedan tener.

El derecho internacional se ha preocupado desde sus inicios de reconocer ciertas garantías mínimas que deben ser respetadas dentro de todo proceso, asegurándose de que existan cánones básicos que velen por la protección de los derechos de las personas, por lo que el *debido proceso* ha pasado a ser un requisito sine qua non de todo estado de derecho.

Al respecto, ha resultado relevante una de las 54 reformas introducidas a nuestra Constitución Política de la República en el año 1989, pues dentro de ellas se encuentra el artículo 5°,[29] que agregó a su inciso segundo la siguiente frase *"es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*, artículo que hoy constituye una de las bases de la institucionalidad.

Al respecto, Verdugo, Pfeffer y Nogueira señalan *"los derechos naturales asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídicas, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.*

La vulneración de tales derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional constituye una trasgresión tanto de la Constitución como del tratado

[28] VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, pp. 216 y 217.
[29] Artículo modificado por el artículo único N° 1 de la Ley de Reforma Constitucional, N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes, tanto nacionales como internacionales".[30]

La Declaración Universal de Derechos Humanos es el primer documento de derechos humanos que se refiere al debido proceso.[31] En sede latinoamericana el Pacto de San José de Costa Rica[32] es uno de los instrumentos más importantes en la materia. Al respecto la Corte ha señalado que el proceso *"es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia"*, a lo que contribuyen *"el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal".*[33] En este sentido, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos generales de un debido proceso, pues "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[34]

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, y suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1971, conforma el bloque de tratados internacionales suscritos por Chile que contienen normas referidas al debido proceso.

El contenido del debido proceso se encuentra integrado por las siguientes condiciones mínimas:[35]

---

[30] VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 126.

[31] Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, esta declaración tiene como ideal común la promoción, educación y respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y que estos derechos se aseguren por intermedio de medidas progresivas, de carácter nacional e internacional, con una protección efectiva de los Estados miembros y los territorios colocados bajo su jurisdicción. Las normas que conforman el debido proceso en esta declaración son las siguientes: Artículo 7. Artículo 8. Artículo 9. Artículo 10. Artículo 11 N° 1 y N° 2.

[32] Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de nuestro país el 05 de enero de 1991, donde el Gobierno de Chile reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, en los términos previstos en el artículo 45 de este instrumento. Sin embargo, se dejó constancia que el reconocimiento de competencia que se confirió a la Corte se refiere a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación, esto es, el 21 de agosto de 1990, o cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990.

[33] Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafo 117, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 2003, p. 18.

[34] Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 28, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 10.

[35] En cuanto al contenido de un debido proceso, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *"...en diversos pronunciamientos, esta Magistratura ha señalado que "conforme a la doctrina nacional,*

5. 1. Derecho a la presunción de inocencia

Consagrado en al artículo 11 párrafo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República, y en el artículo 4° del Código Procesal Penal.[36]

Tal principio supone que debe presumirse la inocencia de toda persona sometida a proceso mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y *puede ser considerado como la garantía madre a partir de cuyo respeto puede desenvolverse legítimamente un proceso penal. En efecto, ella se vincula directamente con la calidad y carga de la prueba que puede ser utilizada para condenar a una persona.*[37]

---

el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores ..." (Sentencias Roles N°s 376, 389, 481 y 986, entre otras). Sentencia Rol 834-07-INA, de 13 de mayo de 2008.

[36] En cuanto a la presunción de inocencia el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente: *"Que, a propósito del citado principio de inocencia, esta Magistratura (Rol 739-2007) ha señalado que "la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.*

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente.... este Tribunal agregó que "dicho principio, que más bien se podría referir al "trato de inocente", importa la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación.

La llamada "presunción de inocencia" está compuesta de dos reglas complementarias entre sí.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine indicio).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo)"... La denominada "presunción de inocencia" no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido. Como señala un autor, "es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindica como culpable". (Juan Colombo C., "Constitución y presunción de inocencia", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año X N° 10, 2006, páginas 21 y sigs.; Rol N° 993 – 07 INA, 13 de mayo de 2008.

[37] SÁNCHEZ, Domingo, "Las Instituciones del proceso Penal Chileno frente al Derecho Comparado, desde la perspectiva de los Derechos del imputado", en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, citado por FICH ROMERO, Andrea Cecilia, *La Publicidad, un Principio que Garantiza el Debido Proceso*, Memoria de Grado, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, profesor guía FARREN CORNEJO, Fernando, 1997, p. 56.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *"el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista plena prueba de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino observarla"*.[38] Por tanto, dicha presunción sólo se rompe cuando el procesado es declarado culpable conforme a la ley, dentro de un juicio donde se han observado todos los supuestos que conforman un debido proceso.

5. 2. Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial

Reconocido en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este derecho está compuesto por tres supuestos:

1) Tribunal competente: también llamado juez natural, y apunta a que el tribunal llamado a conocer la controversia debe estar investido previamente a la perpetración del hecho de la competencia establecida por la ley de cada Estado. Dicha competencia debe encuadrarse dentro de un ámbito espacial, temporal, material y personal en que el tribunal ejerza sus facultades jurisdiccionales, con lo cual se pretende asegurar la independencia e imparcialidad del órgano que juzga, asegurando también que nadie sea juzgado por comisiones especiales, derecho consagrado en forma expresa en nuestra Carta Fundamental.[39]

2) Tribunal independiente: esta característica está referida a la relación existente entre los jueces de las distintas instancias del Poder Judicial y los demás órganos y poderes del Estado, por lo que ningún juez o tribunal puede quedar sometido a la voluntad de instancias superiores. Al respecto, la Corte Interamericana, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, ha

[38] Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, párrafo 77, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. cit., p. 48.

[39] Al respecto la Corte Interamericana al realizar un análisis sobre las leyes del Perú señaló, en relación a la competencia de la justicia militar, y concluyó que los tribunales castrenses usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que (según la legislación sobre el delito de terrorismo) correspondería a la Policía Nacional y al Ministerio Público la investigación de ese ilícito y a los jueces ordinarios el conocimiento del mismo. Por ello la Corte concluyó que se habría violado el artículo 8.1 de la Convención. Caso Loyola Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 61, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. cit., p. 34. En el mismo sentido, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, p. 50.

señalado que *"la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas"*.[40]

3) Tribunal imparcial: característica fundamental en un Estado de Derecho, consistente en contar con órganos jurisdiccionales que sean capaces de asegurar que el órgano juzgador no tiene ningún interés en el problema, teniendo dos manifestaciones, una subjetiva, que supone que no exista una relación personal que el juez pudo adquirir por una participación previa en el proceso, ya sea investigando o por cualquier otro medio que le haya permitido conocer los antecedentes del caso, y otra objetiva, que apunta a que el magistrado debe dar la imagen ante terceros de imparcialidad e inspirar confianza a la sociedad y al imputado.

Fundamentalmente, *"implica la prohibición de que el órgano llamado a resolver la cuestión por medio de la sentencia haya tomado parte en etapas previas del procedimiento cuando esa intervención haya implicado algún tipo de compromiso con la imputación o la tesis acusatoria. Habitualmente se plantea la necesidad de que el tribunal llamado a conocer del juicio o de etapa contradictoria del procedimiento y a la dictación de la sentencia se encuentre "incontaminado", es decir, que el juez o cualquiera de los miembros del tribunal no hayan intervenido en el caso con anterioridad en calidad de fiscal, juez de instrucción o aun como tribunal de control de garantías si ello ha significado algún pronunciamiento que pueda ser considerado como la anticipación de la aceptación de la plausibilidad de la imputación"*.[41]

Este derecho no se encuentra consagrado explícitamente en nuestra Constitución Política de la República,[42] pero sí en el artículo 1° del Código Procesal Penal, principalmente para el procedimiento ordinario, donde se entregan las funciones de investigar y acusar, decidir y controlar a tres entidades distintas, asegurando así la imparcialidad necesaria dentro de un proceso.

[40] Caso Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero del 2001, párrafo 75, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*., op. cit., p. 38.

[41] CILLERO, Miguel; GONZÁLEZ, Felipe; MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge; PEÑA, Carlos; RIEGO, Cristian. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Editores Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa, Santiago de Chile, 1996, p. 251.

[42] En este sentido CILLERO, Miguel; GONZÁLEZ, Felipe; MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge; PEÑA, Carlos; RIEGO, Cristian, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, señalan que si bien no se encuentra de manera explícita en nuestra Carta Fundamental, puede desprenderse de diversas disposiciones del artículo 19, y la regulación del Poder Judicial planteada en el capítulo VI, y dentro de las declaraciones del capítulo I sobre estado de derecho y del sistema republicano.

5. 3. Derecho a un proceso público

Consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8 N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en distintos cuerpos legales de nuestro ordenamiento interno, entre los que están el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 289 del Código Procesal Penal. Sin embargo, no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución, omisión suplida por la normativa internacional antes señalada.

Garantiza la vigilancia por parte de la comunidad del respeto a los derechos dentro de un proceso, es un medio efectivo para cautelar una defensa efectiva con una prueba suficiente.

Existe la posibilidad en determinadas situaciones de suspender la presencia del público en un proceso. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace mención a estos casos en su artículo 14.1, los que coinciden con las consagradas en nuestro Código Procesal Penal.

5. 4. Derecho a defensa

El artículo 19 N° 3 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República consagra este derecho; sin embargo, su redacción resulta poco afortunada, pues no establece con claridad las facultades en él contenidas, como en otras legislaciones. Así, en al artículo 24.2 de la Constitución española de 1978 se asegura clara y ampliamente.[43] Una visión más amplia de este derecho la encontramos en nuestro Código Procesal Penal, artículos 7°, 8°, 12 y 93.

Este derecho está compuesto por un sinnúmero de elementos que, en virtud de lo expuesto en los instrumentos internacionales analizados, desglosamos de la siguiente manera:

a) Derecho a ser informado sobre cualquier acusación o cargo, contenido en el artículo 8 N° 2 letra b del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 9 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[44]

[43] El artículo 24.2, de la Constitución Española señala "Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada en contra de ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Citado por HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., pp. 68-69.

[44] Comprende el conocimiento de las razones por las cuales se acusa a alguien de la comisión de un determinado delito, lo que consecuencialmente permite al imputado preparar los argumentos de su defensa, debiendo señalarse en forma clara y exacta los supuestos sobre los cuales se basa la acusación.

b) Derecho a contar con la defensa de un abogado[45] regulado en el artículo 8 N° 2 letra e del Pacto de San José de Costa Rica y en el artículo 14 N° 3 letra d del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Se encuentra en el artículo 19 N° 3 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, también llamada defensa técnica; asimismo lo encontramos en los artículos 520, 529, 591 del Código Orgánico de Tribunales, artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, y artículo 8° del Código Procesal Penal.

c) Derecho a ser oído, consiste en la posibilidad de pronunciarse ante el tribunal que resolverá el asunto controvertido, y como todos estos derechos se encuentran íntimamente relacionados, no basta con que una persona sea oída, sino que debe serlo por un tribunal competente, independiente e imparcial.

En este sentido Nogueira Alcalá señala que *"el derecho a defensa que tiene toda persona parte por el derecho a ser oído y a intervenir en el juicio, pues es interesado en los resultados del juicio, y puede intervenir en la decisión jurisdiccional que podría afectar algunos de los bienes jurídicos que tiene, entre ellos su libertad personal, su patrimonio, asimismo, implica el derecho de contradecir las alegaciones del demandante o acusador, a formular sus propias alegaciones destinadas a desvirtuar los cargos formulados en la acusación, a presentar sus pruebas, y a tener un defensor técnico y jurídico.*[46]

d) A contar con el tiempo necesario y los medios adecuados para la preparación de su defensa: consagrado en el artículo 8 N° 2 letra c de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 8 letra c del Pacto de San José de Costa Rica.

Dentro de este apartado se encuentran dos derechos indispensables a la hora de preparar la defensa: el de hacer valer sus alegaciones y el de hacer valer sus pruebas.

d.1. Derecho a hacer valer sus alegaciones: *Se satisface confiriendo a cada parte la posibilidad de que puedan introducir los elementos de hecho y de derecho que estimen pertinentes Esto exige contemplar en todo procedimiento penal como*

[45] Las personas sometidas a procesos deben tener la posibilidad de defenderse personalmente o a nombrar un abogado y en caso de que carezcan de recursos económicos para solventar el pago de los honorarios correspondientes, podrán acceder a asistencia jurídica gratuita. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2, señala que este último es irrenunciable, lo que garantiza que ninguna persona pueda quedar en un estado de indefensión.

[46] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, op. cit., p. 64.

mínimo un trámite que permita al imputado exponer sus argumentos en contra de la demanda o acto inicial del proceso –imputación policial o judicial–, ya que el sujeto activo o acusador a lo menos dispondrá del trámite a través del cual dio comienzo al proceso.

d. 2. Derecho a hacer valer sus pruebas: *Para satisfacer las exigencias de la defensa no es suficiente con conferir al litigante la posibilidad de alegar, puesto que para que pueda obtener una resolución que le sea favorable se requiere, además, que se le otorgue la posibilidad de probar sus alegaciones, es decir compararlas con afirmaciones emanadas de instrumentos del juez.*

Resulta difícil el presentar un concepto de "prueba" que abarque el contenido de esta palabra, pues debe considerarse la evolución y amplitud que ha adquirido a través del tiempo, considerando también que este concepto seguirá desarrollándose y variando con el correr de los años, por lo que hemos elegido el exponer la siguiente definición, siguiendo al mismo autor antes mencionado, *"la prueba consiste en la actividad de comparación entre las afirmaciones efectuadas por las partes en sus alegaciones y otras afirmaciones emanadas de terceras personas, destinadas a formar el convencimiento del juzgador"*,[47] por tanto queda claro que lo que debe probarse son las afirmaciones formuladas sobre los hechos acaecidos y que constituyen el objeto del conflicto jurídico.[48]

e) Derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de testigos o peritos. Respecto de la norma del artículo 14.3 e) del PIDCP, el comité ha vinculado este derecho con el principio de la "igualdad de arma": "Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación".[49]

[47] CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal.* Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 1998, p 54.

[48] Tal autor señala como elementos fundamentales de este derecho las siguientes facultades: *i) Que la causa sea recibida a prueba y se abra un término probatorio suficiente, siempre que exista controversia entre las partes respecto a hechos esenciales para resolver la cuestión. ii) Que las partes puedan proponer válidamente todos los medios de prueba de que dispongan. iii) Que la prueba propuesta validamente sea admitida. iv) Que la prueba admitida sea practicada y que a todas las partes se les permita intervenir en su práctica. v) Que la prueba practicada sea valorada por el tribunal, es decir, sea objeto de apreciación por el tribunal, señalando qué hechos y por qué medios se han tenido por acreditados, en fundamento de su decisión.*

Existe también una íntima relación entre este derecho y el principio de contradicción, ya que *las partes deben tener oportunidad de objetar las peticiones y las pruebas que cada una de ellas presente, lo que implica el derecho a que cada una ofrezca pruebas, e incluye también la noción de que las normas de procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra, y que a ambas se les permita defender sus posiciones.*

[49] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos.* Op. cit., p. 89.

5. 5. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable[50]

Presente en el Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 N° 3 letra c, y artículo 8 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El objetivo de esta disposición es que los acusados no se encuentren en la misma situación durante un tiempo prolongado, porque podrían vulnerarse otros derechos humanos que se encuentran en juego dentro de un proceso.

A pesar de que este derecho se encuentra contemplado en la Convención y en el Pacto, en ninguno de ellos se señala qué debe entenderse por plazo razonable. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha afirmado que son diversos elementos que deben tenerse presente a la hora de determinar este punto, entre los que se encuentran *a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales*; asimismo, siguiendo también el criterio de la Corte Europea, se ha agregado a estos tres componentes, *el análisis global del procedimiento.*[51]

Se ha precisado también que *la conducta de las autoridades judiciales es un factor particularmente importante: cualquier atraso debe tener una justificación, no siendo una de ellas el exceso de trabajo del tribunal, y esto porque, reiteramos, la responsabilidad de un debido proceso "dentro de un plazo razonable" es del Estado en su conjunto, que tiene la obligación de organizar una justicia que funcione... La idea de razonabilidad del plazo también debe aplicarse para la determinación de un plazo mínimo, puesto que el proceso debe dar oportunidad a las partes para presentar sus pruebas y para objetar las del contradictor, y debe dar al juez la posibilidad de poder estudiar y fundamentar su decisión.*[52]

5. 6. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable y a declarar sin coacción de naturaleza alguna

Con esta garantía se refuerza la idea de que es el Estado quien debe demostrar la culpabilidad de la persona sometida a proceso y está asociada primordialmente con la prohibición de la tortura y de los tratos crueles e inhumanos o

[50] En este sentido, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, op. cit., p. 100.
[51] Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero 1997, citado por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 43.
[52] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos*, op. cit., p. 95.

degradantes. Lo importante de esta garantía es que ella anula la posibilidad de utilizar una confesión como prueba contra el inculpado cuando ha sido arrancada haciendo uso de este tipo de tratamientos. La Convención Americana reitera esto cuando establece en el artículo 8.3 que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.[53]

5. 7. Prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos o *non bis in idem*

Consagrado en nuestro Código Procesal Penal en el artículo 1°, implica que una persona no puede ser sometida a un nuevo juicio por los mismos hechos.

La formulación de la Convención difiere del Pacto, que no habla de "los mismos hechos", sino del "mismo delito", lo que ha movido a la Corte Interamericana a señalar que la Convención es más favorable a la víctima que el Pacto.[54]

5. 8. Derecho a revisión de las sentencias por un tribunal superior

Derecho consagrado en el artículo 8 N° 2 letra h del Pacto de San José de Costa Rica y en el artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en los artículos 20, 21 inciso 2°, 38 inciso 2° y 80 de la Constitución Política de la República, y en el libro III del Código Procesal Penal.

Dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos se reconoce expresamente el derecho a recurrir en el inciso 1° del artículo 25, y la Corte ha señalado al respecto que dentro de estos mecanismos de protección están los recursos de amparo y *habeas corpus*. Sin embargo, dicho resguardo no se limita sólo a la persona sometida a proceso, sino también a la víctima del hecho punible, conclusión que resulta de la relación de los artículos 25 y 8 de la Convención.

La Corte ha señalado que "...*el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por*

[53] Ídem, p. 25.
[54] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos.*, op. cit., p. 96.

la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto".[55] Por tanto, para la consagración de este derecho se requiere que dentro de la normativa interna del Estado se establezca un recurso para el fallo de primera instancia, que sea de conocimiento de un tribunal superior e implique la posibilidad de cuestionar la decisión tomada por un tribunal de menor jerarquía.

6. Debido proceso y procedimientos simplificado, monitorio y abreviado

Finalmente haremos una comparación entre los procedimientos penales especiales; simplificado, monitorio y abreviado, con los elementos del debido proceso.

6. 1. Tribunal imparcial

Hemos señalado las tres características fundamentales e imprescindibles que debe tener un juez a la hora procesar a una persona, estas son el ser competente, independiente e imparcial; para que se cumpla este último requisito es estrictamente necesario que exista una separación de funciones, lo que se refleja en el principio acusatorio que implica una división de las labores de investigación y acusación, control y decisión, y dentro de los procedimientos abreviado y simplificado no se cumple este requisito, ya que el magistrado ha tenido participación en etapas previas a la resolución del asunto, pues el juez de garantía tiene un doble rol; por un lado tiene a su cargo el control de la investigación y posteriormente realiza el juzgamiento del hecho controvertido.

Al respecto Julián López Masle y María Inés Horvitz señalan: *el principio acusatorio determina la prohibición de que el instructor pueda enjuiciar y decidir el asunto, lo que resulta especialmente relevante cuando la fase de instrucción es dejada a cargo de un juez que, de intervenir en la fase de juzgamiento, vería seriamente afectada su imparcialidad.* Y específicamente respecto al procedimiento simplificado afirman que: *"la falta de imparcialidad del órgano que juzga y el carácter extremadamente sumario del procedimiento han dado origen a severas críticas respecto al nivel de garantías requerido para el juzgamiento de delitos sancionados con penas privativas de libertad. No es inoportuno recordar, en este sentido, la sentencia 145/1988, de 12 de julio, del tribunal Constitucional español, que declaró inconstitucional una de las normas sobre las que descansaba la Ley Orgánica*

[55] HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El Debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. cit., p. 58.

10/1980, de 11 de noviembre, que contemplaba un procedimiento sumario para delitos graves y sorprendidos in fraganti: la de no recusabilidad del juez a pesar de haber sido instructor de la causa".[56]

En cuanto al procedimiento abreviado, la garantía de ser juzgado por un juez imparcial también puede ponerse en duda, pues, en palabras de los profesores ya citados, *"las principales críticas contra la opción del legislador se concentran en la falta de imparcialidad del tribunal que juzga, pues el juez que tuvo a su cargo la resolución de todas las solicitudes e incidencias planteadas durante la etapa de investigación carece de imparcialidad al momento de fallar sobre la base de los antecedentes recogidos en dicha etapa".*[57]

El hecho de que el juez de garantía realice una doble función dentro de un mismo proceso compromete gravemente el derecho a ser sometido a un procedimiento racional y justo.

6. 2. Derecho a defensa

Hemos señalado que este derecho es imprescindible, ya que con su ejercicio se da al imputado la oportunidad de participar en el proceso.

En este sentido, los dos procesos estudiados no han estado lejos de la crítica de la doctrina, y específicamente respecto del procedimiento monitorio Calamandrei señala que este proceso: *"consiste en la inversión de la iniciativa de lo contradictorio. Esto significa que, si en el trámite ordinario primero se discute, luego se prueba y por último se sentencia, en el monitorio se hacen las cosas exactamente al revés, es decir, a su inicio le sigue la sentencia, sin haberse oído al acusado, quien es notificado posteriormente de la misma. A esta resolución, por lo general se le llama decreto de condena, pero no deja de ser un verdadero fallo, ya que el sentenciado puede consentir esa decisión o discutirla, conservando incólume su derecho de defensa",*[58] sin perjuicio de que no concordamos con este autor en que el derecho a defensa se mantiene ileso, pensamos que es destacable su opinión, en el sentido de que este proceso no tiene la forma ordinaria, lo que vulnera seriamente el principio contradictorio, pues si bien se permite el discutir el hecho sometiéndose a las reglas del procedimiento simplificado,

[56] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., p. 460.

[57] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., p. 519.

[58] CALAMANDREI, citado por HITTERS, Juan Manuel, *Los Procedimientos Breves*, citado por AGUILAR ARANELA, Cristian, *Código Procesal Penal, Comentado y Concordado. Breves Reseñas Jurisprudenciales*, t II, Ediciones Metropolitana, 2001, p. 807.

resulta ilógico que se condene antes de que la supuesta comisión de la falta sea sometida a discusión por las partes, incluso, en este procedimiento podría verse vulnerada la garantía de la presunción de inocencia.

En cuanto al derecho a ser oído, no se da al imputado el derecho explícito que se presenta en el juicio oral ordinario, pues en éste antes de cerrar el alegato se otorga al acusado la última palabra, para que manifieste lo que estime conveniente –artículo 338 Código Procesal Penal.

Destacamos también, dentro de las facultades que se entienden comprendidas en el derecho a defensa, el derecho a rendir prueba, pues hemos señalado que el término probatorio debe ser suficiente para permitir preparar y rendir adecuadamente todos los medios de los que piensan valerse las partes para respaldar sus dichos. Recuérdese que en el procedimiento simplificado la citación del imputado debe realizarse con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia y a la misma se acompañarán copias del requerimiento y la querella en su caso y si alguna de las partes necesitare de la citación de testigos o peritos por medio del tribunal, deberán formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia –artículo 393 Código Procesal Penal–. Resulta evidente que el término de 10 días resulta insuficiente, ya que al recibir la citación el acusado conocerá el contenido del requerimiento donde debe señalarse la comisión del hecho que se le atribuye con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes, incluyendo la cita de la disposición legal infringida –artículo 391 Código Procesal Penal–, pero no se exige la enumeración de los medios de prueba de que piensa valerse el Ministerio Público, solo se pide que se ordene a las partes el comparecer a la audiencia con todas las pruebas con que cuenten; no dándose, en consecuencia, al imputado la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa, pues no tiene certeza de las pruebas que deberá contradecir o impugnar en la audiencia, cosa que sí ocurre en la acusación hecha por el Fiscal en el procedimiento ordinario, donde deben señalarse expresamente los medios probatorios que serán utilizados en la audiencia de juicio oral.

En estos procedimientos especiales existen fallas graves que vulneran el derecho a rendir prueba del imputado, pues se restringe este derecho a tal punto que pueden volverlo inútil, ya que una garantía tan importante dentro de un proceso requiere del tiempo y herramientas adecuadas para lograr la convicción en el juez.

En cuanto al procedimiento abreviado, cabe destacar que *en la tramitación del Proyecto de nuevo Código Procesal Penal se plantearon objeciones y desconfianzas hacia este procedimiento especial (...). En efecto por una parte existió la postura*

de quienes centraron su rechazo en la desconfianza hacia condenas fundadas en el consenso de las partes, por la intrínseca situación de desigualdad del imputado frente a la persecución penal y las fuertes distorsiones que podían derivarse de ella. Por otro lado, se planteó el peligro de que la investigación preliminar recobrará centralidad en el proceso penal, pues existiendo una alta probabilidad de que los antecedentes del fiscal se transformen en medios de prueba de un procedimiento abreviado, se tendería a la realización de una instrucción formalizada destinada a producir prueba utilizable directamente. No debe soslayarse o minimizarse el peligro advertido por esta postura, pues lo que está en juego es la amenaza concreta de que si este procedimiento, junto al previsto en el artículo 395 del CPP con el que comparte la misma estructura, se torna de aplicación mayoritaria, habremos retornado al sistema de enjuiciamiento en base a los registros de la instrucción existente con anterioridad a la reforma, con la agravante de que los registros del nuevo sistema son de orden meramente administrativo y no de carácter jurisdiccional.[59]

6. 3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El carácter sumarísimo de estos procesos puede llevar a menoscabar la capacidad de defensa de los imputados, y al respecto planteamos la posibilidad de que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable puede ser enfocado no sólo desde la perspectiva de procesos muy largos, sino que también por plazos excesivamente cortos, ya que por este hecho también podrían limitarse el ejercicio de las demás garantías que conforman el debido proceso, entre ellos el derecho a una defensa eficiente y efectiva.

Con este objetivo podemos realizar una interpretación teleológica o finalista de este derecho, ya que este principio *determina que el operador jurídico debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último que es la protección más efectiva posible de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, como lo exige la Constitución chilena, en sus artículos 1°, primer inciso, y el 5° inciso 2°, como asimismo lo establecen las diversas convenciones internacionales de derechos humanos en sus respectivos preámbulos.*[60] Siguiendo este principio podemos decir que este derecho no sólo debe ser enfocado en un solo sentido, sino que también podemos plantear el hecho de que ser sometido a un proceso sumarísimo coartaría las garantías que deben asegurársele a un acusado dentro de un juicio.

[59] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., p. 518.
[60] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, p. 383.

En este sentido reiteramos que *la idea de razonabilidad del plazo también debe aplicarse para la determinación de un plazo mínimo, puesto que el proceso debe dar oportunidad a las partes para presentar sus pruebas y para objetar las del contradictor, y debe dar al juez la posibilidad de poder estudiar y fundamentar su decisión.*[61]

En cuanto al procedimiento abreviado, podemos señalar que se respeta este derecho, ya que el juicio se lleva a cabo en un plazo prudente, ni excesivamente corto ni excesivamente largo, dando la oportunidad a las partes de hacer valer sus alegaciones.

6. 4. Presunción de inocencia y principio de proporcionalidad en las faltas in fraganti

La Ley N° 19.789, publicada el 30 de enero de 2002, introdujo el artículo 393 bis, donde se contempla un procedimiento simplificado en caso de falta o simple delito flagrante, al respecto expondremos un problema que se presenta particularmente en algunos tipos de faltas, para lo que seguiremos la explicación de Horvitz y López Masle, que señalan: *"la Ley N° 19.789 autoriza la detención para ciertas hipótesis de falta flagrante, decisión que rompe abiertamente con el principio de proporcionalidad y que por lo tanto resulta altamente criticable. En efecto el actual texto del inciso 4° del artículo 134 CPP faculta a los funcionarios policiales para detener a quien hubiere cometido las faltas contempladas en el artículo 494 CP, numerandos 4° (amenaza con arma blanca o de fuego), 5° (lesiones leves) y 19° (ejecución de los delitos contenidos en los artículos 446, 448, 467, 470 y 477 CP, cuando no excedan de 1 UTM); en el artículo 495 N° 21 CP (daños en bienes públicos o de propiedad particular que no excedan de 1 UTM) y en el artículo 496 CP, numerandos 5° (ocultación de identidad) y 26 (lanzamiento de objetos arrojadizos en pasajes públicos), todas ellas faltas que actualmente sólo son castigadas con penas pecuniarias. En todos estos supuestos, el agente policial debe informar al fiscal del hecho de la detención para los efectos de que éste pueda hacer uso de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 131 CPP, esto es, dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez. Es importante destacar que el inciso 5° del artículo 134 CPP ordena informar al fiscal "de inmediato" de la detención. No obstante, dicho precepto legal remite al artículo 131 CPP; que contempla un plazo más amplio para informar al fiscal, a saber, de 12 y luego de 24 horas para que el detenido sea conducido ante el juez, cuando proceda. En nuestra opinión dichos plazos son excesivos y afectan gravemente los derechos de una persona*

[61] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos*, op. cit., p. 95.

que debe ser presumida inocente y que es imputada de una mera falta que sólo tiene asignada pena de multa. Las exigencias del principio de proporcionalidad imponen una mínima restricción de la libertad para fines cautelares en el caso de las faltas.[62]

Sin perjuicio de que el principio de proporcionalidad no se encuentra señalado expresamente dentro de las normas del debido proceso analizadas en el acápite 5 del presente trabajo, se encuentra presente en distintos instrumentos internacionales, ya que *la exigencia de proporcionalidad de las penas se deduce de las normas internacionales que autorizan la pena de muerte sólo para los delitos más graves. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos..." (art. 6.2). Una norma similar contiene la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 4.2)... A nuestro juicio, la exigencia de la proporcionalidad se deriva también de la jerarquización constitucional y legal de los bienes jurídicos, la que –racionalmente– exige la debida correspondencia entre la gravedad de la infracción (medida fundamentalmente por la entidad del injusto, esto es, la importancia del correspondiente bien jurídico afectado) y el monto de la sanción.*[63]

Este derecho, también llamado *"justo merecimiento", "es un principio que debe encontrar su expresión en el sistema penal (prohibición de exceso), que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Ese principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor".*[64] Éste es un principio básico en cuanto a la aplicación de la pena, que derechamente se rompe en los casos planteados.

En cuanto al derecho a ser presumido inocente, debemos recordar que la presunción de inocencia consta de dos supuestos, primero que la carga de la prueba recae sobre el Estado y que el imputado debe ser tratado como inocente durante toda la tramitación del proceso mientras no sea declarado culpable por sentencia ejecutoriada, cosa que obviamente no ocurre en este caso.

[62] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, op. cit., pp. 474 y siguientes.
[63] CILLERO, Miguel; GONZÁLEZ, Felipe; MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge; PEÑA, Carlos; RIEGO, Cristian, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 396-397.
[64] POLITOFF LISFSCHITZ, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 71.

7. Conclusiones

1. De lo expuesto precedentemente queda demostrado que los denominados procedimientos especiales del nuevo proceso penal: simplificado, monitorio y abreviado, no cumplen todas las prescripciones exigidas por la teoría del debido proceso, incorporada al ordenamiento jurídico nacional mediante normativa interna y tratados internacionales, profusamente citados en el presente trabajo.

2. En particular, tales procesos no cumplen requisitos importantes exigidos en atención a la necesidad de contar en el debido proceso con un tribunal imparcial y diversas exigencias derivadas del derecho a defensa, en especial el principio contradictorio –proceso monitorio–, ya que se condena antes de escuchar las alegaciones de las partes; el derecho a ser oído, el que no se contempla en términos explícitos como cierre del proceso en los procedimientos especiales estudiados y, finalmente, diversas infracciones relacionadas con la prueba: necesidad de contar con el tiempo suficiente para rendir prueba y controvertir la prueba presentada por la contraria.

3. Tal como señaláramos en la introducción, sostenemos que el nuevo juicio oral ordinario se condice con el sistema de protección internacional de derechos humanos, pues para la elaboración de la nueva justicia penal chilena se tuvieron en cuenta las garantías individuales contempladas en los tratados internacionales vinculantes para nuestro país. *Este objetivo aparece sumariamente explícito en el Mensaje del Presidente de la República que acompañó al proyecto de ley del nuevo Código Procesal Penal. Se manifiestan asimismo en la consideración preferente, como fuente de los proyectos de ley que componen la reforma, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.*[65]

4. Teniendo en cuenta que para interpretar los derechos fundamentales, categoría dentro de la cual se encuentra comprendida la regulación del debido proceso, debe recurrirse a una interpretación teleológica o finalista de este derecho y que este principio *determina que el operador jurídico debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último, que es la protección más efectiva posible de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, como lo exige la Constitución chilena, en sus artículos 1°, primer inciso, y el 5° inciso 2°, como asi-*

[65] HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I, op. cit., pp. 31 y 32.

mismo lo establecen las diversas convenciones internacionales de derechos humanos en sus respectivos preámbulos,[66] es que sostenemos que el mencionado artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, que otorga valor en materia civil a la sentencia condenatoria en materia penal, no puede aplicarse a las sentencias condenatorias recaídas en los procedimientos especiales: simplificado, monitorio y abreviado, por no cumplir tales juicios los requisitos del debido proceso.

5. Que para arribar a tal conclusión no es importante saber si en la época de vigencia del antiguo procedimiento penal se cumplían tales exigencias, pues las demandas que impone el debido proceso han sido incorporadas en los últimos años y, particularmente, pueden entenderse obligatorias desde la reforma constitucional del año 1989, con la incorporación del inc. 2° del artículo 5°, ya sea que se adopte la tesis de que la normativa contenida en los tratados internacionales posee la jerarquía constitucional o no la posee.

6. En el caso de adoptarse la tesis de que tales garantías no tienen rango constitucional, y sólo legal, de todos modos las disposiciones incorporadas posteriormente deberán prevalecer, en muchos casos, por aplicación del criterio de preferencia temporal de solución de antinomias, reconocida en nuestro Código Civil por medio del mecanismo de la derogación tácita.

7. Las normas del debido proceso constituyen un límite a las facultades que los mismos tratados de derechos humanos entregan a los jueces, e intérpretes en general, debiéndose respetar en todo caso, pues su vulneración no solo supone la trasgresión de las mismas normas que constituyen el marco jurídico del debido proceso, sino también, dada la importancia de los bienes jurídicos comprometidos en todo proceso judicial, la infracción de las mismas conlleva la conculcación de otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad o el derecho de propiedad.

[66] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.

Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces

Joel González Castillo
Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Introducción

El tema concerniente a la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles en un registro especial, la función y efectos de esta inscripción, la organización y competencia de las oficinas encargadas de la registración y demás cuestiones atinentes al sistema para la publicidad y protección de la situación jurídica de los bienes raíces ha experimentado un gran desarrollo en otros países –especialmente europeos–[1], en contraste con el atrasado régimen inmobiliario chileno.

Como se lee en el trabajo de la Fundación Fueyo: "En la práctica ocurre que, salvo la intervención del poder público en su nombramiento, y el atenuado control que sobre los registradores ejerce el poder jurisdiccional, la satisfacción del fin público que les está entregada se diluye, en la medida en que estos funcionarios desarrollan su actividad en forma semejante a la de cualquier empresario privado, que percibe por sus servicios una remuneración, representada por los derechos regulados en el respectivo arancel, sin otra obligación en el plano financiero que la de pagar a sus empleados y mantener las condiciones mínimas de funcionamiento (local, mobiliario, etc.). Los aranceles establecidos a beneficio exclusivo de los registradores, representativos de ingentes ingresos, hacen que dichos cargos sean sumamente codiciados, a la par que posibilitan –teóricamente al menos– la formación de un verdadero grupo de presión, lo que dificulta la reforma del sistema así concebido. Esta organización de corte empresarial limita las posibilidades de selección y

[1] Vid HM LAND REGISTRY, *Inventory of Land Administration Systems in Europe and North America*, Third Edition, London, 2001; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos", en Anuario de Derecho Civil, t. 57, Madrid, 2005, pp. 929 y ss.

promoción del personal: no existe la carrera funcionaria ni la calificación por méritos, y no se estimula el perfeccionamiento profesional ni la competencia en el ejercicio de la función".[2]

El presente estudio se refiere a tres materias que necesariamente deben comprenderse en cualquier reforma a nuestro sistema registral: i) sustitución del sistema de folio personal por el folio real, ii) la fiscalización y responsabilidad de los Conservadores, y iii) la incorporación obligatoria de las tecnologías de la información en sus actuaciones. No se considera el cuadro normativo relativo a la tradición, posesión y prescripción, dispuestos en el Código Civil, ni las dificultades que implica la falta de coincidencia entre la descripción del predio en el título con sus características en la realidad por tratarse de materias que requieren reformas de fondo a nuestro Código sustantivo civil y un amplio debate sobre cada una de ellas.

También se precisa con estas modificaciones propuestas el grado de "legalidad"[3] del Registro, aspecto que por su importancia en el perfeccionamiento de un Registro no puede ser olvidado ni dejado de considerar al promoverse cualquier innovación.

---

[2] Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Cuarta Parte. Derecho Registral Inmobiliario*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 274. El autor de la ponencia principal desarrollada en dicho libro es el profesor Domingo Hernández Emparanza.

[3] Entre los principios más difundidos de un Registro Territorial está el de "la legalidad", en virtud del cual se confieren al funcionario atribuciones de control preventivo sobre: 1°) la existencia y estado jurídico del derecho inscribible (con determinación de la validez y eficacia de los títulos –actos– que constituyen los antecedentes jurídicos para la inscripción), y 2°) la congruencia entre la descripción del predio en el título y los caracteres que presenta en la realidad. El control preventivo está integrado por un conjunto de precauciones para el ingreso de un derecho al Registro y luego para sus sucesivos traspasos (y que conforman la llamada legalidad). Al incorporarse por primera vez un inmueble al sistema (en la denominada "inmatriculación"), ha de procederse a un riguroso examen de sus antecedentes jurídicos, que demuestren su pertenencia y estado actual del derecho (con especial pronunciamiento sobre la *validez* y *eficacia* de los actos, por substancia y forma, y con relación a derechos reales limitados a favor de otros) y de la *congruencia* entre la descripción del predio en el título y sus reales características físicas (especialmente de su superficie, deslindes y contorno). Para este último objetivo se requiere de la organización de un catastro comarcal y un plano por cada predio. Las tranferencias o gravámenes futuros (que con aquel control inicial se irán registrando más expeditamente), se rodearán también de precauciones que sigan asegurando el carácter indubitable del sistema. Este control puede entregarse en una primera instancia al funcionario, con recurso a un superior jerárquico nacional, o al juez (ordinario). Nuestro sistema ostenta una escasa "legalidad". Conforme al Reglamento las atribuciones del Conservador son limitadas en cuanto al examen de los títulos que se le presentan a inscripción; y frecuentemente hay desajustes entre los datos del predio consignados en la inscripción y sus caracteres materiales (por la falta de atribuciones de control preventivo y de exigencia de un plano). Vid PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 247-248, 290

2. Sustitución del sistema de folio personal por el folio real

2.1 Tipos de registros o folios

En cuanto a la técnica empleada para organizarlo, se distinguen dos grandes grupos de registros: reales y personales.

Básicamente, y según que el registro se organice en función del sujeto (personas) u objeto (predios), se distinguen dos variedades técnicas, que conducirán a la adopción del sistema de folio personal, en el primer caso, o al sistema de folio real, en el segundo. Los registros personales se llevan por los nombres de los propietarios, mientras que los reales se ordenan por predios.

2.1.1 Registros de folio personal o indirectos

En este tipo de registros, las inscripciones en los libros se asientan por orden cronológico, valiéndose de índices organizados en progresión alfabética, por los nombres de los titulares.

En este sistema, el eje de la publicidad registral es la persona, o sea, el titular registral, en lugar de la finca. Es la opción de los tradicionales sistemas francés[4] e italiano, si bien el primero se ha acercado a la técnica del folio real, a través de la incorporación de los llamados "ficheros inmobiliarios".

En esta técnica registral, que ha sido objeto de duras críticas en el derecho comparado, el procedimiento de inscripción y la factura de los índices se realiza atendiendo a la identidad de los titulares, dejando en segundo plano la identidad física del inmueble. El sujeto y no el objeto del derecho es el elemento orientador y determinante del sistema.

El folio personal presenta el grave inconveniente de tornar difícil, y por lo mismo lento, incluso inseguro, el pleno conocimiento del estado jurídico de cada inmueble, ya que, como es la persona del propietario y no la finca la que sirve de fundamento a la inscripción y de elemento determinante para su individualización por los interesados, las inscripciones van quedando dispersas en la multitud de registros que se van construyendo con los años. Esa dificultad subsiste aún a pesar de la existencia de índices más o menos completos que, si bien facilitan la labor del interesado cuando se conoce al menos aproximadamente el nombre del titular, hacen punto menos que

[4] Vid PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "El sistema registral francés", en Rev. *Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 426-7, Madrid, pp. 721 y ss.

imposible conocer la situación jurídica de un bien raíz cuando sólo se sabe su ubicación y deslindes, careciéndose de antecedentes respecto de las personas que ostentan titularidad sobre ellos.

En América Latina[5] continúan adscritos al folio personal Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela y Chile.[6]

Pero lo más destacable es que la vigencia hasta hoy del folio personal en estos países no se debe a una definitiva preferencia, sino más bien a dificultades (generalmente más supuestas que efectivas) o falta de voluntad o inercia, que mantienen el estado existente.

2.1.2 Registros de folio real o directos

Aquí el Registro funciona sobre la base de asignar a cada finca una hoja independiente o registro particular, que constituye su matrícula y en la que se concentra toda su historia jurídica.

Como bien se explica en la obra de la Fundación Fueyo "El inmueble constituye un objeto fijo, naturalmente visible, tangible e inmutable. Lo que cambia o puede variar es la persona del propietario.

Puestos a la tarea de organizar el Registro en torno a un elemento firme y estable, y que al mismo tiempo puede proporcionar un conocimiento cabal de las relaciones incorporadas al Registro, nada más propio que hacerlo sobre la base de los inmuebles, que proporcionan el fundamento sólido y duradero que la publicidad registral requiere, para ser efectivamente publicidad.

Eso hace resaltar la inconsecuencia que significa pretender la estabilidad de los derechos reales sobre bienes raíces, introduciendo al mismo tiempo un elemento de inestabilidad, cual es la consideración de la persona de los titulares, antecedente esencialmente variable, de suyo impropio para motivar toda la organización registral.

Estas ideas conforman el criterio que justifica la consagración positiva del sistema de folio real (...) adoptan el procedimiento de folio real las legis-

[5] Vid BARNES, Grenville, STANFIELD, David y BARTHEL, Kevin, "Land Registration Modernization in Developing Economies: A Discussion of the Main Problems in Central/Eastern Europe, Latin America, and the Caribbean", en *URISA Journal*, Vol. 12, No. 4, Fall 2000, pp. 27-36.

[6] Vid FUEYO LANERI, Fernando, "Particularismo del sistema legal de los Registros de la propiedad inmueble en Chile y juicios críticos al respecto", en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1991, T. VI, Vol. II-A, pp. 297 y ss.; "El sistema legal de Chile", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 495, Madrid, 1973, pp. 377 y ss.

laciones de Suiza, Alemania, España y Argentina, entre otras. Con ligeras variantes, presentan todas ellas un rasgo común, consistente en abrir a cada inmueble un folio u hoja independiente en el Registro, haciendo constar en la misma todas las sucesivas transferencias, gravámenes y prohibiciones que se constituyen con posterioridad a la inmatriculación (primera inscripción), desterrándose de este modo definitivamente la técnica cronológico-personal, seguida especialmente por el sistema francés.

En cuanto a su materialidad, en el sistema español todas las inscripciones que afectan al inmueble se van practicando una tras otra, en el mismo folio (compuesto de varias hojas en blanco, sin secciones ni casillas especiales para el derecho y las limitaciones). En el régimen alemán, en cambio, la hoja inmobiliaria figura dividida en secciones, en cada una de las cuales se anotan respectivamente las transferencias, gravámenes e hipotecas. Cada sección consta de tres columnas, en las que se anotan la constitución, modificaciones y cancelaciones".[7] El artículo 3° de la Ordenanza Inmobiliaria alemana consagra este principio, llamado del *grundbuch*, hoja independiente o especialidad. La hoja inmobiliaria consta de 6 folios (12 páginas). Cada hoja registral de esta especie de cuaderno –en que la primera página hace de portada y la última se deja en blanco– consta de dos partes: la primera contiene la descripción del inmueble, y la segunda las mutaciones del mismo, dividida en tres secciones destinadas respectivamente al dominio, las cargas y limitaciones y las hipotecas y gravámenes.

Alemania,[8] Suiza, Australia,[9] España,[10] y en general los países más avanzados en materia de Derecho Registral Inmobiliario, emplean la técnica del folio real. La mayoría de los países de América Latina[11] han ido incorporando progresivamente el folio real, restando pocos países aún apegados a la anacrónica

[7] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 308-309.

[8] Vid PAU, Antonio, "Panorama del sistema inmobiliario alemán", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 551, Madrid, 1982, pp. 951 y ss.; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: "La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormer-Kung", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 657, Madrid, 2000, pp. 665 y ss.; FRIEDMANN S., Fernando: "El régimen de la propiedad inmueble en Alemania y sus relaciones con el Derecho chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXII (1935), pp. 54-68, 69-80.

[9] Vid CASADO PALLARES, José, "El Registro de la propiedad en Australia actualmente", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 368-9, pp. 1 y ss.; N°370-1, pp. 145 y ss.; N° 372-3, pp. 297 y ss., Madrid, 1959.

[10] El artículo 243 de la Ley Hipotecaria Española señala: "El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos".

[11] Por ejemplo en Argentina el artículo 11 de la Ley 17.801 sobre Registro de la Propiedad Inmueble dispone: "La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo".

fórmula del folio personal –entre ellos el nuestro–, lo que hace aun más notoria la necesidad de procurar su urgente adaptación, para adecuarnos a la modernidad que reclama el tráfico inmobiliario en nuestros días.

La tendencia moderna hacia la organización del sistema de folio real es abrumadora, determinando el cambio progresivo hacia él de numerosos ordenamientos que se inclinaban por el personal.

La técnica del folio real, como ya se dijo, se basa en el criterio de abrir a cada inmueble un registro o folio particular, especialmente destinado a concentrar su historia jurídica. Pero esta unidad del folio registral ha ido experimentando con el tiempo algunas excepciones, con motivo de la aparición de nuevas situaciones jurídicas reales, de carácter complejo.

La excepción más frecuente se refiere a la propiedad horizontal, regulada de manera distinta en las diversas legislaciones y que presenta problemas, esencialmente derivados de la situación de condominio en que se encuentran una serie de personas que comparten ciertos bienes y servicios de un edificio, en el que poseen un piso o departamento, sobre el que ejercen dominio exclusivo.

Diversas doctrinas se han propuesto para dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución. Predomina la conclusión de que coexisten en ella una propiedad independiente de las unidades con una propiedad común del suelo y otros elementos comunes. Para el efecto registral, la consecuencia es que cada unidad considerada independientemente del inmueble en su conjunto, podrá ser objeto de inscripción separada –sin perjuicio de la principal, que comprende todo el edificio– en el Registro. Al abrirse una hoja especial a cada piso o departamento, se permite su más perfecta individualización, y se evita recargar en forma excesiva y sin provecho la inscripción principal. La ley española del 21 de julio de 1960 adopta este acertado procedimiento, subordinando la inscripción separada a la del conjunto del edificio, que ha de constar previamente.

Otras legislaciones, sin embargo, inspiradas en el apotegma "una sola cosa, un solo derecho de propiedad", y encajando la institución de la propiedad horizontal en la fórmula de la comunidad o copropiedad, niegan acceso al Registro al derecho de cada propietario de pisos, autorizando la práctica de una sola inscripción de conjunto, al margen de la cual se registran, en forma de subinscripciones o anotaciones marginales, las transmisiones o modificaciones que afectan la situación de cada piso o apartamento en particular, práctica que se complementa con la exigencia de acompañar un plano, que permita orientarse mejor al que consulta el Registro.

2.2 Ventajas del folio real

Esta categoría de Registro exhibe evidentes ventajas sobre el folio personal. La existencia de una hoja separada para cada inmueble permite que los interesados puedan imponerse, con el solo examen de la hoja inmobiliaria, de la propiedad, de los gravámenes, hipotecas u otras limitaciones que afectan a un predio; así se simplifica el régimen, se evitan errores, se facilita el objetivo de la publicidad y se gana notable rapidez.

Por lo mismo, se facilita el "Estudio de Títulos", pues con un solo examen se conoce toda la historia de la propiedad al estilo de lo que ocurre hoy en día en nuestro país con el Certificado de Anotaciones Vigentes que para un determinado vehículo motorizado otorga el Servicio de Registro Civil e Identificación en que en un solo documento se puede apreciar la cadena de propietarios y los gravámenes que afectan a ese vehículo.

La búsqueda de los títulos se reduce a la de la hoja o carpeta; por tanto, aumenta enormemente su rapidez.

Además, el índice de predios, ordenado alfabéticamente por los nombres de las propiedades o rol de avalúo, contribuye eficazmente a impedir la doble inscripción o cadenas de inscripciones paralelas, que tienen por objeto un mismo inmueble. En suma, el registro de folio real aumenta en alto grado su acceso, rapidez y seguridad.

Es por ello que varios de los Congresos Internacionales de Derecho Registral, ya desde 1972, recomiendan abiertamente su aplicación.

3. Fiscalización y responsabilidad de los Conservadores

3.1 Fiscalización de los Conservadores

A este respecto el profesor Domingo Hernández expresa: "El Estado, además de intervenir en la creación del servicio y regular su funcionamiento, ejerce supervigilancia o tutela sobre el registrador a través de órganos de la propia Administración, a la cual éste se subordina –como el Ministerio de Justicia en Alemania, o el de Hacienda en Francia, o de los Tribunales de Justicia, en el caso de Chile–, órganos todos que tienen como misión controlar el buen desempeño ministerial del registrador, pudiendo hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento en los deberes propios de su cargo".[12]

[12] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, p. 38.

3.1.1 Situación actual en Chile

Los Conservadores de Bienes Raíces en nuestro país son considerados "Auxiliares de la Administración de Justicia". En esta calidad son designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la respectiva Corte de Apelaciones.

Respecto a la responsabilidad administrativa, funcionaria o disciplinaria, los Conservadores se encuentran sujetos a la vigilancia de las Cortes de Apelaciones (art. 539, inc. 2°, del C.O.T.), las que pueden imponerles las penas correccionales que se especifican en los artículos 537 y 542 del mismo cuerpo legal (amonestación privada, censura por escrito, multa, suspensión de funciones hasta por 4 meses y aun arresto hasta por 8 días, conmutable en multa).

Nuestro actual sistema de fiscalización no es adecuado, en primer lugar debido a la sobrecarga de trabajo de las Cortes, que se ha traducido en un control tenue de parte de sus integrantes a los Conservadores. Y en segundo lugar, debido a la ausencia de un superior jerárquico experto y con atribuciones de control y de fijación de uniformidad de criterios en la operatividad del sistema. A este respecto el Informe de la Cámara Chilena de la Construcción, antes citado, transcribe algunas opiniones vertidas por Conservadores, en los siguientes términos. Según el Informe, el Conservador de Concepción manifestó: "En cuanto al actual sistema de fiscalización de los Conservadores, considera que es bueno, pero se beneficiaría en gran medida si quienes controlan los Conservadores conociesen mejor el tema".[13] Según el mismo Informe, el Conservador de Temuco opinó en igual sentido: "En cuanto al actual sistema de fiscalización de los CBR, considera a los Ministros Visitadores una mala forma de fiscalización, ya que según el CBR, ellos no conocen la función registral y, por lo tanto, no saben qué buscar en cuanto a eventuales fallas. El Conservador preferiría un sistema de fiscalización basándose en gente del mismo sector registral".[14]

3.1.2 Situación en España. Dirección General de los Registros y del Notariado[15]

En España las oficinas del Registro están distribuidas en circunscripciones territoriales llamadas demarcaciones, cada una a cargo de un Registrador de la Propiedad, que tiene el carácter de funcionario público dependiente del Ministerio de Justicia, al cual se vincula a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

[13] Cámara Chilena de la Construcción, ob. cit., p. 12
[14] Ídem, p. 55.
[15] Ver Anexo.

La responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de sus deberes funcionarios se hace efectiva ante esta Dirección. Esta ejerce la "inspección y vigilancia de todos los Registros de la Propiedad", además de resolver los recursos administrativos que se interpongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los registradores.

3.1.3 Propuesta del profesor Domingo Hernández. Creación de una Superintendencia de Registros Inmobiliarios.

En su estudio presentado a la Fundación Fueyo el profesor Hernández formula la siguiente proposición: "Con el objeto de lograr unidad en la función directiva, uniformidad de procedimientos y técnicas registrales y el perfeccionamiento profesional inherente al adecuado cumplimiento de la función del servicio, propiciamos la institucionalización del Registro como servicio público, organizado bajo la dependencia mediata del Ministerio de Justicia e inmediata de la que podría denominarse Superintendencia de Registros Inmobiliarios, a cuya cabeza estará un superintendente, por cuyo intermedio se relacionará el Registro con la Subsecretaría de Justicia".[16]

En cuanto a estructura organizativa básica, propone la de un servicio funcionalmente descentralizado, al estilo de las instituciones fiscalizadoras regidas por el D.L. N° 3.551, de 1980 (Fiscalía Nacional Económica, Servicio Nacional de Aduanas, Dirección del Trabajo y Superintendencia de Seguridad Social).

La Superintendencia ejercería la inspección y supervigilancia de los Conservadores de Bienes Raíces distribuidos a lo largo del país, y progresivamente podría extender su competencia hasta abarcar también a los notarios de todo el territorio. Ello sin perjuicio de que con el correr del tiempo, y si apareciere aconsejable, pudiera tomar a su cargo la tutela y fiscalización de todos los servicios de Registro de la República, así como su coordinación, incorporando entre otros a la Dirección de Registro Civil e Identificación y otros órganos que a la fecha ejercieren funciones análogas.

Respecto a la carrera funcionaria, sugiere la provisión de los cargos de Conservadores de Bienes Raíces por concurso de antecedentes, lo que unido a la clasificación jerárquica de los oficios, según la densidad de la población de la circunscripción correspondiente, permitiría mejorar considerablemente el nivel profesional de la función registral, al facilitar la promoción mediante ascensos de los que demostraren mayor capacidad y competencia en sus respectivas plantas, cualquiera que sea el ámbito de competencia territorial de las oficinas.

[16] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 276-277.

Los concursos para la provisión de cargos, así como los escalafones con el resultado de las calificaciones anuales a que deberían ser sometidos los funcionarios de todas las plantas de las distintas oficinas de Conservadores distribuidas a lo largo del país, deberían ser reglamentados y controlados por la Superintendencia del ramo.

En relación al control y fiscalización de los Conservadores, integrados al interior de la función pública, si bien en una estructura ampliamente descentralizada, éstos –agrega– deberían quedar sujetos a la responsabilidad administrativa, exigible previo procedimiento disciplinario especial, en que debería graduarse la gravedad de las faltas y su sanción, así como los órganos con potestad disciplinaria, las sanciones aplicables y el régimen de recursos.

Un tal mecanismo –continúa– permitiría excluir a los Conservadores –y eventualmente también a los notarios y archiveros– de la calificación de personal aplicable a los magistrados y funcionarios judiciales, conforme a lo previsto en el Titulo X del Código Orgánico de Tribunales (N° 3, párrafo 3°), con lo cual se disminuiría la carga de trabajo de los tribunales, marginándolos de funciones administrativas no inherentes a la jurisdicción.

Según su parecer, la organización que propicia permitiría obtener unidad en la función directiva, cuya conveniencia es ocioso resaltar, en la medida que la Superintendencia, como organismo eminentemente técnico, ejercería la supervigilancia e inspección de los Conservadores de Bienes Raíces y, muy principalmente, la potestad de resolver los recursos administrativos interpuestos contra los actos de éstos, sin perjuicio de la facultad de interpretar el sentido y alcance de la normativa aplicable en materia registral.[17]

Especial importancia tendría la referida Superintendencia en cuanto instancia administrativa en la calificación de legalidad: "Una de las más importantes atribuciones de la Superintendencia de Registros Inmobiliarios debería ser la facultad administrativa de revisión, en cuya virtud podrá conocer de las reclamaciones y recursos administrativos que se dedujeren en contra de las resoluciones dictadas por los Conservadores en el procedimiento de calificación registral.

Para tales efectos este órgano constituirá una segunda instancia administrativa, estando representada la primera por la solicitud de reposición ante el propio Conservador que emitió la resolución recurrida.

Las resoluciones emanadas de la Superintendencia, al pronunciarse sobre los recursos jerárquicos interpuestos ante ella, contribuirán indudablemente a la

[17] Cfr. Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 277-278.

formación de una valiosa jurisprudencia administrativa, fielmente ajustada al espíritu del ordenamiento jurídico registral.

Sólo una vez agotada la vía administrativa, podrán hacerse valer las acciones jurisdiccionales a que haya lugar, ante los tribunales ordinarios, para lo cual deberá regularse un procedimiento contencioso administrativo especial, breve y concentrado, para ante el juez civil competente.

Quedaría resguardada de esta manera la garantía constitucional del debido proceso así como la eficiencia y legalidad de las actuaciones del Conservador".[18]

En resumen según el profesor Hernández la Superintendencia de Registros Inmobiliarios desarrollaría fundamentalmente tres tipos de funciones:

a) Función consultiva.

La Superintendencia estará facultada para dictaminar sobre las dudas que le formularen los Conservadores, en orden a la correcta interpretación de las leyes y reglamentos que rijan la organización y funcionamiento del Registro.

b) Función inspectiva o fiscalizadora.

La Superintendencia tendrá a su cargo el control de todas las oficinas del Registro que funcionen en el territorio del país, lo que materializará a través de periódicas visitas de inspección, cuyos resultados deberán servir de antecedentes para la calificación de los funcionarios.

En uso de la potestad disciplinaria que esta función conlleva deberá imponer sanciones –que deberán reglamentarse– cuando constatare infracciones a las obligaciones funcionarias por parte de los registradores y personal subalterno.

c) Función resolutiva.

Conocerá de las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones de los Conservadores, recaídas en el proceso de calificación de legalidad. Deberá conocer, además, de las apelaciones interpuestas por los funcionarios subalternos en contra de las calificaciones funcionarias realizadas por los conservadores. A su vez, la calificación de estos últimos corresponderá directamente a la Superintendencia, y éstos podrán deducir los recursos pertinentes para ante la Contraloría General de la República.

[18] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 278-279

La estructura de la Superintendencia estaría integrada por un jefe superior de servicio denominado Superintendente de Registros Inmobiliarios, que la representará judicial y extrajudicialmente. Deberá poseer título de abogado, y ser designado por el Presidente de la República, mediante decreto supremo, relacionándose con éste a través del Ministerio de Justicia.

Habría igualmente un intendente, también abogado, que deberá ser funcionario de carrera, designado previo concurso de antecedentes y oposición, y el personal de funcionarios que determine la ley, distribuido en plantas, según su especialidad.[19]

El profesor Andrés Cuneo critica la creación de este organismo en los siguientes términos: "En mi opinión tampoco queda bien perfilada la Superintendencia que se propone, ya que no se considera, entre sus funciones, una que debería ser básica para los fines de unificación, cual es la reguladora, de modo de producir normas obligatorias, de carácter general, al modo de las superintendencia que corresponden al modelo de la Superintendencia de Valores (DL N° 3.558, de 1980)".[20]

3.1.4 Propuesta del Profesor Andrés Cuneo[21]

En opinión de este profesor debería optarse por dos modelos posibles más puros: 1) un servicio público que aunque descentralizado para la prestación de los servicios, obedece a una organización central capaz de introducir uniformidad de criterios, racionalización de los procedimientos, eficiente aprovechamiento de los recursos, jerarquía de los funcionarios, etc.; 2) o bien concebir a los Conservadores como entes independientes entre sí que son fiscalizados por una superintendencia al modo de la del DL N° 3.558 de 1980, dotada de facultades suficientes para fiscalizar y regular.

En la primera opción, el control es muy diverso al de la segunda. En la primera, la organización del servicio no sería muy distinta a la del Registro Civil actual, por ejemplo, que tiene un sistema de control interno y es fiscalizado por la Contraloría General de la República. Frente a sus resoluciones se podría establecer algún tipo de recursos de ilegalidad al modo de los que existen en contra de las resoluciones de otros órganos administrativos, como las municipalidades o las propias superintendencias estructuradas según el modelo de la de valores.

[19] Cfr. Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 279-280.
[20] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, p. 385.
[21] Cabe precisar que más que una propuesta se trata de un comentario de este profesor a la ponencia principal del Profesor Domingo Hernández contenida en el libro de la Fundación Fueyo.

En la segunda, el control y fiscalización es ejercido por un ente ajeno a los Conservadores que prestan el servicio, del mismo modo como son fiscalizadas las compañías de seguros o las administradoras de fondos de pensiones, en su caso. En este esquema, además del control, a la superintendencia le correspondería la función de interpretar administrativamente la ley y de dictar normas de general aplicación, contribuyendo de un modo directo a la uniformidad que se desea.[22]

Podemos agregar que si se opta por la creación de una Superintendencia, la que mejor se puede tomar como modelo es la de Quiebras, regulada en los artículos 7° a 13 de la Ley N° 18.175. Así su art. 8° entrega a dicha Superintendencia, entre otras, las siguientes facultades que perfectamente se pueden adecuar para los Conservadores y notarios: "1. Fiscalizar las actuaciones de los síndicos... La facultad de fiscalizar comprende la de interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas fiscalizadas, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que corresponden a los tribunales competentes;... 3. Impartir a los síndicos y a los administradores de la continuación del giro instrucciones de carácter obligatorio sobre las materias sometidas a su control...". Con estas facultades se lograría una efectiva fiscalización de los Conservadores y la necesaria uniformidad de criterios en el examen de legalidad de los títulos que se les presentan para su inscripción.

3.1.5 Propuesta de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile. Creación de una Oficina del Notariado y del Registro

Esta organización propone la creación de "una Oficina del Notariado y del Registro dependiente de la Excelentísima Corte Suprema, que tendría la particularidad especial de mantener dentro de esa perspectiva un servicio dependiente del Poder Judicial, pero especializado, algo así como la Academia del Poder Judicial, pero dirigida sólo al Notariado y al Registro y los Archiveros Judiciales. Que dicha Oficina sea la encargada de confeccionar las ternas para la designación de los funcionarios con mayores méritos profesionales y aquellos que efectivamente han hecho los cursos de perfeccionamiento necesarios y que dispongan de la preparación suficiente para acceder a esta carrera. Estamos ciertos que en estos momentos no existe una carrera funcionaria concebida en el plano estrictamente académico o basada en méritos personales, no obstante está contemplado en la ley y creemos que ésta es una de las formas de perfeccionarlo. Estamos ciertos que la carrera funcionaria debe existir y que la mejor forma de hacerlo es a través de esta Oficina dependiente de la Corte Suprema de Justicia.

[22] Cfr. Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 385-386.

Esto además permitiría la uniformidad que propicia en su trabajo el profesor Hernández, especialmente para evitar disparidad en la calificación de los títulos respecto a las mismas materias, por ejemplo si inscribimos o no aquellas cesiones de derechos sobre bienes inmuebles determinados cuando no han mediado previamente las inscripciones correspondientes de los artículos 686 y 688 del Código Civil; si debemos o no inscribir aquellos contratos a los cuales les afectan las prohibiciones voluntarias, etc. En fin, esta uniformidad de criterios debería surgir de esta Oficina del Notariado y del Registro, función que está cumpliendo en la actualidad el Directorio de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, pero sin fuerza obligatoria.

Esta Oficina estaría encargada de la calificación, confección de las ternas y de crear un banco de información registral para los Conservadores y de uniformidad de criterio jurisprudencial, ya que también tendrá una función resolutiva frente a las reclamaciones que se interpongan. Estamos ciertos que esta Oficina dependiente del Poder Judicial será la más adecuada para ejercer tales funciones, pues así se consigue mantener el Sistema Registral y Notarial en el ámbito del Poder Judicial y creemos que ello debe continuar así".[23]

Comentando la proposición anterior, don Edmundo Rojas, Conservador de Bienes Raíces de Santiago, agrega que esta Oficina del Notariado y Registro debe ser un servicio dependiente de la Corte Suprema. Y le asigna las siguientes funciones:

a) Que se encargue en lo administrativo del ejercicio de las facultades directiva, correccional y económica que nuestro ordenamiento jurídico entrega a la Corte Suprema en relación con los funcionarios del orden judicial y en este caso en lo referente a notarios, Conservadores, archiveros judiciales y otros auxiliares de la administración de justicia, si se estimare del caso.

b) Que dicha oficina sea la encargada de confeccionar las ternas para la designación de dichos funcionarios con arreglo al mérito de la hoja de vida funcionaria de cada uno y que por ende tenga a su cargo su calificación para que ésta se haga con arreglo a un criterio uniforme.

c) Que mantenga la jurisprudencia de interés registral para tender a la uniformidad de los criterios de calificación de los títulos, publicitando aquélla e impartiendo a los Conservadores las correspondientes instrucciones y normas de procedimiento.

Con la creación de dicha Oficina se consigue:

[23] Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 417-418.

a) Mantener el sistema registral y notarial en el ámbito del Poder Judicial.

b) Contar con un organismo que ejerza las facultades directiva, correccional y económica de acuerdo a la ley y a las normas que le imparta la Corte Suprema, y

c) Que, sin perjuicio de las facultades que en tal sentido confiere la ley a los tribunales, sea esta oficina la encargada de las funciones que según el proyecto propuesto por el profesor Domingo Hernández serían las de la Superintendencia cuya creación se propone, con lo cual se liberaría a las Cortes de Apelaciones de sus funciones en lo que a los Conservadores, Notarios y Archiveros Judiciales se refiere, manteniendo, como se ha dicho, a estos auxiliares de la administración de justicia dentro del ámbito del Poder Judicial y sujetos a la tuición de los tribunales superiores de justicia a través de esta oficina.[24]

Cualquiera sea la opción que se elija para la fiscalización de los Conservadores (Superintendencia, Dirección, Oficina, etc.) el organismo respectivo debe estar revestido de la facultad de dictar normas generales de carácter obligatorio para lograr la uniformidad de criterios en la calificación de los títulos.

Como acertadamente señala el profesor Hernández: "La organización descentralizada de las oficinas del Conservador de Bienes Raíces, y su plena autonomía respecto del Poder Ejecutivo, han representado un impedimento entre nosotros para el desarrollo de una jurisprudencia especializada y uniforme en orden a la calificación de legalidad de los títulos, puesto que la parte perjudicada con la negativa del Conservador debe ocurrir ante el juez de primera instancia de la comuna o agrupación de comunas en que el Conservador ejerce sus funciones, quien resuelve "sin más trámite" lo que corresponda, previo informe del Conservador. La posibilidad de recurrir en vía administrativa ante una instancia de carácter especializado, permitiría al afectado resolver tales situaciones en un tiempo considerablemente menor, y con evidentes ventajas desde el punto de vista técnico, abriendo camino al desarrollo de una jurisprudencia administrativa unitaria, que a no dudarlo disminuiría el trabajo de la jurisdicción civil hoy competente en la materia. Tal vía de reclamación no obstaría, por cierto, a la opción de recurrir ante la jurisdicción judicial, contra lo resuelto por el órgano administrativo de control de los Conservadores...".[25]

Este problema ya lo destacaban en 1975 los profesores Alvárez y Peñailillo, que sostenían "recomendable ir a la creación, aprovechando el Proyecto, de una Oficina Central de Registro Conservatorio de Bienes Raíces, quizás depen-

[24] Cfr. Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 381-382.
[25] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, p. 180.

diente del Poder Judicial o del Consejo de Defensa del Estado, que uniforme los criterios de aplicación práctica del sistema registral y se preocupe de su perfeccionamiento".[26]

En igual sentido el Informe de la Cámara Chilena de la Construcción señala algunos casos serios de disparidad de criterios: "...en cuanto al DFL 2, de 1959, algunos Conservadores han determinado unilateralmente que la norma de rebaja que establece este DFL 2 está **derogada** y no la aplican. Otros sostienen que está derogada, pero cuando se les consulta por ella, hacen un descuento del 25%, en vez del 50% establecido por ley. Algunos la aplican sin necesidad de mencionarla, por cuanto del estudio que realizan los Conservadores de los títulos se desprende exactamente cuándo hay o no que aplicarlo. Otros lo aplican sólo a solicitud de parte". El mismo Informe agrega "Se ha constatado una disparidad de criterios para calificar los títulos translaticios o declarativos de dominio entre los diversos Conservadores. Así lo han reconocido incluso los mismos Conservadores entrevistados en el transcurso del estudio. El sistema actual permite a los Conservadores discrepar en cuanto a los requisitos legales y formas de proceder, lo que se traduce en una situación relativamente caótica donde no existe seguridad efectiva de que un negocio podrá realizarse en cierto tiempo, sin que se produzcan objeciones de parte de los Conservadores en el proceso de inscripción. Aun más, algunos Conservadores tienen disparidad de criterios incluso dentro de su mismo oficio, puesto que sus funcionarios responsables pueden sustentar distintas teorías en casos determinados, lo que produce aun mayor inseguridad en los usuarios, y aumenta los plazos de las gestiones en la eventualidad de reparos por parte del Conservador, que sólo pueden solucionarse con la intervención de un Tribunal de Justicia, de acuerdo con el Reglamento que rige el desempeño de los Conservadores".[27]

Además de la necesaria uniformidad de criterios que podría lograrse a través de la creación de una Superintendencia especializada u otro organismo similar, también justificaría la creación de este organismo supervisor el alto número que hoy hay de Notarios y Conservadores.

Conservadores	21
Notarios	208
Notarios-Conservadores	108
Conservadores-Archiveros	37
Notarios-Archiveros	3
Total	377

[26] Vid ALVAREZ NÚÑEZ, Carlos, y PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: Informe sobre Proyecto de Modificaciones al Registro Conservatorio de Bienes Raíces (elaborado por don Carlos Larenas Munita, Notario y Conservador de Talcahuano), Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 163 (1975), p. 146.
[27] Cámara Chilena de la Construcción, *Estudio sobre modernización de los Conservadores de Bienes Raíces*, Santiago, 2003, p. 67.

3.2 Responsabilidad de los Conservadores[28]

Los autores concuerdan en que la responsabilidad de los Conservadores es de carácter extracontractual. No obstante, para despejar dudas y problemas sería conveniente explicitarlo así en la nueva ley.

Dice el profesor Hernández: "La responsabilidad civil se rige por las normas generales que al respecto prescribe el Código Civil en su Título XXXV, que trata de las obligaciones que tienen su fuente en los delitos y cuasidelitos civiles (artículos 2314 y siguientes).

El principio general aplicable es el enunciado en el artículo 2314, según el cual "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...".

Las hipótesis más corrientes de responsabilidad son las derivadas del hecho de terceros (artículos 2320 inciso 5° y 2322), por los cuales debe responder el Conservador, esto es, sus funcionarios.

Tratándose de responsabilidad de tipo personal, no es aplicable en este ámbito la normativa sobre responsabilidad del Estado, desarrollada especialmente en los artículos 4° y 44 de la L.O.C. N° 18.575, de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, puesto que los conservadores no forman parte de la Administración Pública. Lo anterior significa que los eventos de "falta de servicio", que se producen cuando el servicio registral funciona mal o en forma imperfecta o tardía, causando daños a los usuarios o a terceros, así como los casos en que los perjuicios tienen su origen en el funcionamiento normal o lícito del mismo servicio, no son indemnizables, salvo si se acreditare dolo o culpa del Conservador o de algunos de sus funcionarios, de acuerdo con las reglas que gobiernan la responsabilidad en el Código Civil, que reconocen siempre un fundamento culposo".[29]

Por su parte el profesor Abeliuk expresa: "la responsabilidad de los notarios, conservadores de bienes raíces y otros funcionarios públicos que requieren título profesional y cobran derechos a quienes requieren sus servicios, es extra-contractual; la forma especial de remuneración no quita la calidad de función pública a sus servicios, y no basta para darles categorías contractual".[30]

---

[28] Vid MOHOR ALBORNOZ, Elías, "La responsabilidad de Notarios y Conservadores", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 9, Santiago, 2000, pp. 9 y ss.; ROJAS GARCÍA, Edmundo, "La responsabilidad del conservador", en *Revista del Notariado*, N° 2, Santiago, 1988, y N° 3, 1989-90-91, pp. 159 y ss.

[29] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, p. 288.

[30] ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2003, p. 827.

En el mismo sentido el profesor Peñailillo: "Qué ocurre si el certificado resulta erróneo (por ej., dice que el predio no tiene hipoteca, y en el Registro existe una). Es claro que el Registro mantiene sus efectos. Los asientos en el Registro tienen validez y eficacia con independencia de las certificaciones que respecto de ellos emita el Conservador. En tal caso, al perjudicado sólo quedaría el recurso de perseguir la responsabilidad del funcionario, intentando indemnización. Así, pues, en la práctica, estos certificados constituyen elementos indispensables para una negociación sobre inmuebles. En ellos está la formal comunicación al interesado en adquirir el dominio u otro derecho real, sobre el estado jurídico del inmueble. Y, por lo mismo, son habitualmente exigidos para el estudio de los títulos, previo al negocio (...) y en cuanto a indemnización por daños causados a particulares en el desempeño de sus funciones, deben añadirse las reglas de los arts. 2314 y sgts. del C.C.".[31]

Igual parecer se deriva de las palabras del profesor Hernán Corral: "...habrá casos en los que la responsabilidad profesional deba ser considerada extracontractual o, al menos, no derivada de contrato. Es lo que sucede cuando el deber de actuación profesional proviene de un imperativo legal, como por ejemplo cuando el Estado nombra a un abogado de turno para representar a quien no puede procurárselo por sí mismo...".[32] Lo dicho por Corral respecto de los abogados de turno es perfectamente aplicable a los Conservadores de Bienes Raíces pues al igual que ellos su actuación proviene de un imperativo legal.

La jurisprudencia también ha sostenido desde muy antiguo que la responsabilidad de los Conservadores es de carácter extracontractual.[33]

4. Incorporación de las tecnologías de la información[34]

Las medidas de innovación tecnológica que pasan a sugerirse tienen como objetivo propender a la agilización y dinamización de la registración y del tráfico jurídico de inmuebles.

En un mundo intercomunicado y tecnologizado las instituciones jurídicas, y entra éstas el sistema registral, deben adecuarse.

---

[31] PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Los Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 255-256.
[32] CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 275.
[33] Sentencias de la Corte Suprema, *R.D.J.*, t. 21, sec. 1ª, p. 501; t. 32, sec. 1ª, p. 538.
[34] Vid ROJAS GARCÍA, Edmundo, "Proposición para la creación de un sistema registral interconectado", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 10, Santiago, 2001, pp. 89 y ss. También publicado en la misma Revista, N° 6 (1996-7) y 9 (2000); "Sistema computacional y su aplicación al Registro Conservatorio de Bienes Raíces", en *Rev. del Notariado* N° 2, Santiago, 1988, pp. 227 y ss.

4.1 Obligatoriedad de los Conservadores de hacer las inscripciones computacionalmente

Realizar las inscripciones computacionalmente es lo más adecuado a las necesidades del país, puesto que se enmarca dentro de las tendencias modernas de "país digital". En el momento actual, y con el avance de las tecnologías correspondientes, se está en condiciones de implementar un sistema moderno que ahorre tiempo y recursos tanto al público como a los Conservadores.

Una pregunta altamente sensible que surge es la siguiente: ¿debe estar la información contenida en los Registros al alcance de todos sin restricción de ningún tipo?

Sobre el particular hay países, como sucede actualmente con el nuestro, que garantizan el acceso a ella sin restricción alguna. Poner toda la información del Conservador a disposición de los usuarios en Internet es algo que resulta atractivo, pero claramente riesgoso. Por una parte, simultáneamente diversos usuarios in situ o a distancia sin tener que trasladarse físicamente de un lugar a otro pueden acceder a esa información; se permite un estudio de títulos previo y a distancia antes de solicitar los certificados necesarios y se logra una descongestión de las oficinas de los Conservadores. Pero, por otro lado, así se puede fácilmente acceder a información personal y privada de terceras personas.

Por ello otros países, considerando la protección de datos de carácter personal, restringen el acceso a los Registros, y así, por ejemplo, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria española señala: "Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos".

La solución entonces es colocar algún tipo de filtro al acceso de esa información. Y uno muy práctico consiste en que sea necesario ingresar el número de rol de avalúo de la propiedad para que se pueda acceder a la información del Registro íntegramente puesta en Internet. Lo que no puede permitir la nueva normativa es que con solo ingresar el nombre o RUT de una persona un tercero tome conocimiento completo de la situación patrimonial inmueble de aquella.

4.2 Implementación de un folio real computacional

Ya se explicó latamente las ventajas del sistema de folio real sobre el folio personal, por lo que nos remitimos a lo dicho.

Sólo agreguemos que la existencia de un Registro de Propiedad, otro de Hipotecas y Gravámenes y otro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar en que deben practicarse las inscripciones respectivas según su naturaleza, aun cuando digan relación con un mismo inmueble, dificulta y hace más lento el proceso de inscripción y de accesamiento a la información registral, ya que la información completa requiere la consulta de tres Registros.

En cada una de las inscripciones relativas a un mismo inmueble que se practican en los diversos Registros, debe consignarse información que se triplica causando así demora en la registración y más tiempo para su consulta.

Para evitar esta inútil repetición de información, proponemos consignar todos los antecedentes del inmueble en sí mismo en una sección denominada "Descripción del Inmueble", reservando otras tres secciones para lo que hasta ahora se consignaba en los referidos tres Registros, eso sí con la diferencia que todas las secciones están en un solo archivo computacional y no dispersas en tres Registros como sucede actualmente. Mejorará la publicidad al constar en un solo documento electrónico toda la información registral concerniente a cada inmueble.

Vigente la nueva ley, a medida que se vayan transfiriendo las propiedades o se vayan practicando otras actuaciones registrales se irá confeccionando el folio real computacional para cada inmueble, y así se incorporarán las actuales inscripciones al nuevo sistema.

4.3 Obligatoriedad de los notarios de enviar electrónicamente las escrituras a los Conservadores

Las escrituras en las que se transfieran inmuebles o se constituyan otros derechos reales sobre ellos, serán enviadas electrónicamente por el notario al Conservador. Esto permitirá acortar las "ventanas de tiempo" entre la suscripción de las escrituras en las Notarías y su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Sabido es que muchas veces los usuarios por desconocimiento o falta de recursos, una vez firmadas las escrituras no las llevan al Conservador, viéndose así afectada la seguridad jurídica que constituye el objetivo último del Derecho Registral Inmobiliario.

Mientras menor sea el tiempo entre la suscripción de la escritura y la inscripción, más se favorece y facilita el tráfico jurídico, las vías de acceso al crédito y la expedición del obrar jurídico.

Obligar a los notarios a pedir inmediatamente la inscripción ayudará a contrarrestar la demora en la práctica de las inscripciones, amén de otras dificultades, como la congestión permanente de las dependencias de los Conservadores,

que dificulta el acceso de los usuarios a los registros y la expedición de los trámites. Decimos que ayudaría a contrarrestar la demora en la práctica de las inscripciones ya que, como se sabe, nuestro sistema registral es de "inscripciones" y no de "transcripciones". Las primeras son extractos o resúmenes de los títulos exhibidos. Las segundas consisten en copias íntegras de dichos títulos.[35] Los Conservadores al tener digitalmente las escrituras que deben inscribir verán simplificar enormemente su labor, agilizándose de paso la registración, pues hoy algunos conservadores van extrayendo manualmente la información de las escrituras o proceden a escanearla para luego dejar sólo los antecedentes que se requieren para la inscripción.

Por último se evita la intermediación del abogado que lleva las escrituras al Conservador.

5. Otras reformas

5.1 Inscripción obligatoria de las servidumbres[36]

Se propone igualar el derecho de servidumbre al resto de los derechos reales en cuanto a su tradición.

Como se sabe, don Andrés Bello no exigió la inscripción de dicho derecho real entre los títulos que deben inscribirse en el Conservador "por no haber parecido de bastante importancia". Si bien ello era cierto a mediados del siglo XIX, cuando se dicta nuestro Código Civil, la vida moderna ha hecho de las servidumbres de todo tipo (tránsito, postación eléctrica, luz, vista, escurrimiento de aguas, etc.) un derecho de primera importancia, por lo que se justifica que ellas se inscriban, dándoseles la publicidad al igual que al resto de los derechos reales.

Actualmente la tradición de las servidumbres, al amparo de lo dispuesto en el artículo 698 del Código Civil, se efectúa por escritura pública y, la mayoría de las veces, en la misma escritura del acto o contrato.

Se propone efectuar su tradición mediante inscripción, haciendo obligatoria la inscripción del derecho real de servidumbre, debiendo hacerse constar la inscripción tanto en el folio del predio sirviente como en el del predio dominante. Es necesario modificar el artículo 52 del Reglamento e incluir a las

[35] Vid por todos PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 246.

[36] Vid FLORENCE KAUER, Cristián, "Tradición del derecho real de servidumbre: propuesta de modificación legal", en *Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral*, Año 18 Nos. 1 y 2 (2003), pp. 59-61, 227 y ss.

servidumbres entre los títulos que deben inscribirse. Consecuencialmente hay que derogar el artículo 698 citado y modificar el artículo 686, agregando el derecho de servidumbre.

5.2 Facultades de los Conservadores en el examen de legalidad de los títulos[37]

Como se indicó al inicio de este trabajo, uno de los mayores defectos de nuestro sistema registral es su escasa "legalidad".[38]

El capítulo de la legalidad registral es fundamental y complejo. Está en íntima relación con muchas normas sustantivas, dispuestas principalmente en el Código Civil. Por otra parte se vincula también a la confrontación de la descripción de los predios en el título, con sus características en la realidad. Pues bien, como las reformas propuestas sólo innovan en la estructura estricta del Registro, no se puede introducir una reforma profunda a las atribuciones de control sustantivo del funcionario. En este punto optamos por clarificar la categoría de atribuciones de que dispone. Prescindiendo de la casuística, se trata de que el funcionario tenga atribuciones de control registral (formal); pero se mantiene una atribución de control sustantivo, consignado desde su origen en el Reglamento y que al parecer ha funcionado apropiadamente: aquella según la cual el funcionario ha de rechazar el título si en él es visible un vicio o defecto que lo anule absolutamente.

Los Conservadores en este examen de legalidad no pueden transformarse en jueces, pero tampoco en simples "buzones" de los títulos cuyas inscripciones les requieren. De ahí que la reforma que proponemos precise hasta dónde llegan exactamente sus facultades.

5.3 Derecho preferente que otorga la anotación presuntiva en el Repertorio[39]

El artículo 17 del Reglamento del Conservador dispone que la anotación del título en el Repertorio caducará a los dos meses si no se convirtiere en inscripción.

---

[37] Vid VILLALOBOS NAVARRO, Mario, "Los límites de la jurisdicción del conservador de bienes raíces y el artículo 13 del Reglamento de 1857", en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, N° 4, Santiago, 1994, pp. 29 y ss.; VARAS ESPEJO, Miguel, "La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile", en *Gaceta Jurídica*, N° 103 (1989), pp. 3-10; FUENTES VENEGAS, César, "Función calificadora del Conservador y desacato", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 10, Santiago, 2001 pp. 77 y ss.

[38] Vid Nota 3.

[39] Vid SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, "Inscripción conservatoria de una prohibición judicial posterior a la anotación presuntiva de un título: ¿es impedimento para que el título anotado

La jurisprudencia ha interpretado de manera disímil el alcance de esta norma, que establece lo que en doctrina es llamado principio de prioridad.

Originalmente, la Corte Suprema postuló que la anotación presuntiva en el Repertorio no confiere un derecho preferente en tanto no se convierta en inscripción, de modo que nada obstaría a que en el intervalo entre la anotación del título en el Repertorio y su posterior inscripción, haya podido válidamente inscribirse un embargo o medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos con respecto a la misma propiedad, situación que impediría que la anotación pudiera convertirse en inscripción, con arreglo al artículo 1464 N° 3 del Código Civil.[40]

En el último tiempo parece haberse consolidado, sin embargo, una nueva doctrina jurisprudencial, según la cual quien obtiene la anotación preventiva de su título en el Repertorio, adquiere un derecho preferencial a inscribir frente a toda inscripción que se solicite antes de vencer el plazo de caducidad de la anotación preventiva. Subsanada la causa que impedía la inscripción, el título debe pues inscribirse, y la inscripción producirá todos sus efectos desde la fecha de la anotación en el Repertorio. De este modo, la anotación en el Repertorio o la inscripción de un embargo o una prohibición judicial después de la anotación del título, no impiden su posterior inscripción, cuya anotación presuntiva anterior determina que el embargo o la prohibición habrían recaído sobre un inmueble ya enajenado.[41]

Como dice el profesor Domingo Hernández "Esta segunda inteligencia es la mejor que se conforma con la esencia del principio de prioridad registral, y –contrariamente a lo que opinan sus detractores– no priva a los terceros eventualmente afectados por una inscripción, de ejercer las acciones que nuestro ordenamiento jurídico franquea para el resguardo de sus legítimos intereses, ni desconoce valor a resoluciones judiciales que no alcanzaron a producir sus efectos, por ser posteriores a la anotación presuntiva ya verificada en el Registro".[42]

---

presuntivamente se inscriba dentro del plazo legal?", en *Revista de Derecho, Universidad Central*, Año VII (enero-diciembre 2001), pp. 153-157; VALENZUELA, Humberto, *La anotación en el Repertorio*, Impr. América, Santiago, 1941.

[40] En este sentido se pronuncian las siguientes sentencias: *R.D.J.*, t. 17, sec. 1ª, p. 100; t. 45, sec. 1ª, p. 392; F.M. N° 392, p. 282; N° 322, p. 579. Adhiere a esta interpretación Rioseco Enríquez, para quien ella "aparte de cautelar los derechos de terceros, se ajusta al alcance del artículo 17 del Reglamento, que atribuye preferencia retroactiva en sus efectos a la inscripción una vez efectuada, pero no antes" (RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La Posesión Inscrita ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 21).

[41] Así *R.D.J.*, t. 88, sec. 1ª, p. 46, y t. 91, sec.1ª, p. 30.

[42] Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 297-298.

En el mismo sentido opina Edmundo Rojas: "De este modo se daría a la anotación del título en el Repertorio la fuerza necesaria, se acogería la última jurisprudencia en esta materia que apunta a privilegiar la prioridad registral y se evitaría que se produzcan conflictos que pudieren necesariamente dar origen a litigios".[43]

Para zanjar esta discusión –con enorme trascendencia práctica– se sugiere modificar el artículo 17 que se comenta, explicitando el derecho preferente que emana de la anotación presuntiva.

5.4 Inscripción de la cesión del derecho real de herencia cuando ésta incluya inmuebles[44]

Según algunos autores (José Ramón Gutiérrez), fundados principalmente en el artículo 580 del Código Civil, el derecho de herencia es clasificable como mueble o inmueble, según los bienes que la integran. Otros (Leopoldo Urrutia), fundados en que la herencia es una universalidad jurídica, distinta de los bienes específicos que la integran, estiman que ella escapa a la clasificación de bienes en muebles o inmuebles. Según cual postura se adopte, se requerirá o no inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para hacer su tradición.

Independiente de esta discusión, la falta de inscripción de la cesión del derecho de herencia cuando ésta incluye inmuebles, puede ocasionar inconvenientes en el orden del registro respecto de los bienes raíces incluidos en la herencia y sorpresas a los terceros. Por ello proponemos incluir el derecho real de herencia, existiendo inmuebles, entre los títulos que deben inscribirse.

5.5 Aranceles de los Conservadores

Una posible reforma sería que cada cinco años, mediante decreto del Ministerio de Justicia, se establezcan los derechos que pueden cobrar los Conservadores, previa consulta a la Asociación de Notarios y Conservadores. Este mecanismo es en alguna manera similar al que se usa hoy para la fijación de tarifas por parte de la autoridad en sectores regulados, como luz, telefonía, etc., en que cada cierto período la autoridad discute con las empresas del sector las tarifas que regirán para el período siguiente.

La participación de los Conservadores en este proceso ayudaría a que se respeten efectivamente los aranceles que se establezcan, pues es sabido que actualmente la existencia del arancel –fijado unilateralmente por la autoridad– muchas veces no se respeta.

[43] Ídem, p. 378.

[44] Vid SOZA RIED, María de los Ángeles, "La cesión del 'derecho real de herencia' y de una cuota hereditaria", en *Rev. de Derecho, Univ. Austral de Chile*, vol. XVII, Valdivia, 2004, pp. 91 y ss.

El arancel de los Conservadores está fijado en el Decreto Exento N° 588 del Ministerio de Justicia, de 27 de noviembre de 1998 (Diario Oficial 3 de diciembre de 1998). Respecto del ítem principal los Conservadores de Santiago, Valparaíso, Viña del Mar y San Miguel están autorizados a cobrar hasta un 0,002% (dos por mil) calculado sobre el monto del acto o contrato a que se refiere la inscripción, hasta $128.000.000, que es el límite sobre el cual se aplica dicho porcentaje. Así quien compra un inmueble en $50.000.000 debe pagar al Conservador por concepto de arancel la suma de $100.000. Estos aranceles en la práctica se respetan por el Conservador de Santiago.

En los demás Conservadores, el porcentaje anterior se puede aumentar en un 50%, no pudiendo calcularse sobre montos superiores a $128.000.000.

Los aranceles de los notarios están fijados por el Decreto Exento N° 587 de igual fecha. Entre otros aranceles, estos funcionarios pueden cobrar un 0,001% (uno por mil) calculado sobre el monto del acto o contrato fijándose en $128.000.000 el límite de aplicación del referido porcentaje; por el otorgamiento de escrituras de promesa de compraventa debieran cobrar $ 2.500; testamento abierto $ 7.500, y testamento cerrado, $ 10.000; mandatos $ 2.500, etc. Valores todos que no se respetan, observándose una amplia discrecionalidad por parte de los notarios al fijar sus honorarios.

En cuanto a los aranceles de los archiveros judiciales encargados de la custodia de las escrituras públicas y expedientes judiciales están fijados en el Decreto Exento N° 590 de la misma fecha. Éste establece que se cobrará: "1) Por las copias o fotocopias que expidan o cotejen, la cantidad de $ 300 por cada página o fracción de página de que conste la copia; 2) Por la certificación de las copias que expidan o cotejen, la cantidad de $ 650..." con un recargo del 50% en Santiago. Es decir, máximo debiera cobrarse $ 1.425 por carilla certificada. Sin embargo, actualmente se cobra $3.000 por carilla más $ 1.000 por la firma del archivero.

5.6 Bienes familiares

El actual artículo 141, inciso 3°, del Código Civil señala que "la sola presentación de la demanda" transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. Esta regla ha sido criticada porque rompe el principio procesal básico de la bilateralidad de la audiencia y, además, porque ha significado en la práctica un considerable obstáculo para la celebración de contratos de compraventa, incluso cuando los cónyuges se encuentran separados de bienes. En efecto, ya que la norma exige la sola presentación de la demanda, hecho que es desconocido por los terceros, se ha transformado una práctica habitual exigir que en la escritura, además del vendedor, concurra el cónyuge no propietario

declarando que no ha solicitado la declaración de bien familiar del inmueble. Se busca así evitar una futura demanda de nulidad del contrato.

Se propone subsanar esta situación disponiendo que el bien tendrá provisoriamente el carácter de familiar sólo si así lo decreta el juez y se inscriba tal circunstancia en la sección Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del folio del respectivo inmueble. Creemos que es en esta sección donde corresponde practicar tal inscripción, pues la declaración de bien familiar es una limitación al libre ejercicio del derecho de enajenar (coincidente con el actual artículo 53 N° 3 del Reglamento).

5.7 Nombramiento de los Conservadores

Atendido que al actual sistema de designación de los Conservadores (terna elaborada por la Corte de Apelaciones respectiva y nombramiento por el Presidente de la República) no ha funcionado, por factores muy diversos, todo lo bien que se requiere (lobby para integrar las ternas, consideraciones políticas en los nombramientos, etc.); para aliviar la carga de trabajo de las Cortes y por no desempeñar los Conservadores una función propiamente jurisdiccional proponemos entregar el nombramiento de estos funcionarios, previo concurso abierto y público de antecedentes, a una comisión del más alto nivel integrada por un Ministro de la Corte Suprema, el Superintendente o Director del Registro Inmobiliario y del Notariado y un Decano en ejercicio de las Facultades de Derecho del Consejo de Rectores. El candidato elegido deberá ser ratificado por el Presidente de la República.

Al ser un concurso abierto en que cualquier abogado o conservador, cumpliendo determinados requisitos, puede presentarse a él se eliminan los escalafones que actualmente contempla el Código Orgánico de Tribunales. La experiencia demuestra que hoy la "carrera" de estos funcionarios está basada más en la antigüedad en el cargo –que les permite ir acercándose a ciudades más grandes– que en el mérito y capacidad que hayan demostrado en el ejercicio de sus labores. Aquí cabe recordar que incluso nuestro más alto tribunal, la Corte Suprema, está integrada por abogados externos a la carrera judicial y no se divisa motivo alguno para no replicar tal esquema en el nombramiento de los Conservadores.

Por otra parte al exigirse un concurso público de oposición de antecedentes se transparenta bastante más el nombramiento.

En definitiva se consigue con estas reformas que se nombre a una determinada persona porque realmente es la más competente y un especialista en temas registrales.

Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile

Camila Boettiger Philipps
Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora de Derecho Ambiental y
Recursos Naturales e Investigadora
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Como es sabido, el año 2005 el Código de Aguas sufrió importantes modificaciones introducidas por la Ley N° 20.017, fruto de una larga tramitación en el Congreso. Recientemente, además, se dictó por la Dirección General de Aguas (DGA) una nueva resolución que regula la exploración y explotación de aguas subterráneas en Chile. En esta instancia nos parece oportuno revisar la importante modificación que introdujo la citada ley al régimen de exploración de aguas subterráneas: la obtención competitiva, mediante remate, de permisos sobre áreas superpuestas entre dos o más solicitudes de permisos de exploración, y las consecuencias jurídicas de la forma de obtención del permiso.

Nuestro objetivo será analizar la preferencia que actualmente otorga el permiso de exploración de aguas subterráneas a su titular para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas, y su importancia ante las posibles situaciones que pueden darse con otros solicitantes. Veremos, después de revisar el anterior y actual régimen de exploración de aguas subterráneas y la forma en que supuestamente deben operar hoy las preferencias, que en esta materia la ley hace distinciones que no tienen razones de fondo y que además pueden llevar a situaciones absurdas y que no se encuentran reguladas en el procedimiento.

1. Marco general de exploración de aguas subterráneas en Chile

De acuerdo al artículo 2° del Código de Aguas, las aguas terrestres se clasifican en superficiales y subterráneas. Las primeras son *"aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas"*, mien-

tras que las segundas son las que *"están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas"*. Es fácil advertir la diferencia de dificultad que existe para el hombre en uno y otro caso para estudiarlas y obtener información necesaria para su aprovechamiento. Las aguas superficiales (aquellas que corren por cauces naturales como vertientes, esteros, ríos y quebradas, o se encuentran acumuladas en depósitos naturales como lagos, lagunas, pantanos, ciénagas, y embalses) se encuentran al alcance del hombre y son fácilmente encauzadas, desviadas y luego aprovechadas en actividades económicas como la agricultura, la industria y para uso doméstico. Por otro lado, y aunque existen en mayor cantidad que las aguas superficiales, las aguas subterráneas almacenadas en acuíferos o embalses subterráneos requieren de labores previas de exploración, con el objeto de ubicarlas y conocer sus características para su posterior explotación y aprovechamiento.

Recordemos que el fin último de las labores de exploración es el de alumbrar aguas subterráneas. "Alumbrar" significa descubrir o sacar a la superficie algo que estaba bajo tierra, como ocurre con los minerales y, particularmente, con las aguas subterráneas. El concepto de "alumbrar aguas subterráneas" es importante, ya que elimina toda posibilidad de incluir el afloramiento natural en la idea jurídica de aguas subterráneas; es esencial para el alumbramiento de las aguas subterráneas la intervención del hombre.

La exploración es necesaria para establecer el potencial hídrico subterráneo, lo que se realiza a través de una serie de operaciones o trabajos que permiten localizar los acuíferos o embalses subterráneos, su capacidad y la cantidad y calidad de agua que se puede obtener de estas fuentes. Estas labores de exploración son por regla general costosas y se componen de diversas etapas, tales como campañas de geofísica y realización de sondeos de reconocimiento y explotación. Las perforaciones en la tierra necesarias para llegar a un depósito de aguas subterráneas, que puede estar a mucha profundidad, aumentan los costos de exploración y luego de explotación de las mismas. También muchas veces estas búsquedas pueden arrojar resultados negativos, con la consecuente pérdida de la inversión realizada.

En Chile la exploración de aguas subterráneas se ha dejado en manos de los particulares, como lo establece expresamente el artículo 58 del Código de Aguas: "Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas". En cumplimiento de este mandato legal, la DGA ha dictado varias resoluciones que sucesivamente han regulado estas materias, rigiendo actualmente la Resolución DGA N° 425 de 2007.[1]

[1] Resolución DGA N° 425 de fecha 31 de diciembre de 2007, publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de abril de 2008.

Para saber el régimen de exploración o las autorizaciones que se requieren para realizarla básicamente se distingue por el dominio del terreno en que se pretende explorar, además de influir factores ambientales o de conservación del recurso. Así, para explorar en terrenos privados, si éstos son propios del explorador, no se requiere permiso alguno; si el terreno es privado y ajeno, se requiere permiso del dueño; y por último, si se desea explorar en terrenos que corresponden a bienes nacionales, se requiere el permiso de exploración que otorga la DGA. Excepcionalmente se requiere autorización fundada de la DGA para explorar en terrenos privados si éstos se ubican en zonas que alimenten áreas de vegas y bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta.[2]

2. El permiso de exploración de aguas subterráneas y la preferencia para constituir derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas

Los permisos para explorar aguas subterráneas tienen por objeto "dar oportunidad al explorador para que encuentre nuevas fuentes de recursos hídricos subterráneos, en aquellas zonas en que son deficitarias, labor que normalmente el Estado no puede realizar, en atención a que no cuenta con los recursos necesarios para ello".[3] Para obtener un permiso de exploración por parte de la DGA es necesario presentar una solicitud indicando los terrenos que se pretenden explorar, su ubicación, extensión, descripción morfológica y topográfica; además se exige acompañar una serie de antecedentes respecto a las labores de exploración que se pretenden realizar, sus objetivos, cronograma de actividades, e informe de medidas y previsiones a adoptar por el explorador para resguardar y proteger el entorno ecológico y la protección de los acuíferos durante las labores de exploración.[4] Esta solicitud se tramitará conforme a las reglas generales que regulan el procedimiento administrativo ante la DGA,[5] además de aplicarse los artículos 58 y 58 bis del Código como las normas especiales que regulan la exploración de aguas subterráneas.

En cualquier caso, luego de realizadas las labores de exploración, sea en terrenos privados o bienes nacionales, conforme al artículo 60 del Código de Aguas se podrá solicitar a la DGA la constitución del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas para explotar y aprovechar las aguas alumbradas, siendo los

[2] Artículo 1° letra a) de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

[3] ÁREVALO CUNICH, Gonzalo (1999): "Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol I N° 1, p. 12.

[4] Artículos 4° y 5° de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

[5] El artículo 3° de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007 hace referencia al procedimiento general establecido en el Título I del Libro Segundo del Código de Aguas.

casos de excepción aquellos en que se tiene el derecho a aprovechar las aguas encontradas por el solo ministerio de la ley.[6]

Aquí adquiere importancia el permiso de exploración, ya que uno de los derechos que esta concesión administrativa otorga a su titular es la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas en el área del permiso y durante la vigencia de éste. Justamente, este derecho preferente sufrió una importante modificación con las reformas introducidas por la Ley N° 20.017; para ilustrar correctamente este cambio, revisaremos el régimen de la preferencia antes y después de esta modificación legal.[7]

2.1 Regulación de los permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales previo a la Ley N° 20.017 de 2005

En cuanto al otorgamiento del permiso de exploración, antes de la modificación, las solicitudes se preferían unas a otras por su fecha y hora de presentación;[8] de manera que si había dos o más solicitantes que pedían la misma área, total o parcialmente, la autoridad otorgaba el permiso sobre ella al que la hubiera solicitado primero.

Obtenido el permiso de exploración, el que tenía un plazo máximo de dos años, el titular del mismo gozaba en primer lugar del derecho a explorar en forma exclusiva el área otorgada en el permiso;[9] y en segundo lugar, gozaba de la preferencia para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso, sin excepciones.[10] Esta preferencia podía ser ejercida por el beneficiario del permiso habiendo cumplido con varios requisitos: primero, iniciar las labores de exploración dentro

[6] Es el caso por ejemplo de las "aguas del minero", derecho establecido en el artículo 110 del Código de Minería y en el inciso 2° del artículo 56 del Código de Aguas en similares términos. Estas normas permiten la utilización de las aguas halladas en las labores mineras, por el sólo ministerio de la ley y sin necesidad de solicitar el derecho, derecho que mantienen mientras se conserve el dominio de las concesiones mineras y en la medida necesaria para la explotación de las mismas.

[7] Es importante destacar que antes de la Ley N° 20.017 la preferencia para la obtención del derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas al amparo del permiso sólo estaba establecida en la resolución administrativa de la DGA que regulaba esta materia, como consecuencia de la escasa regulación que la exploración de aguas subterráneas tenía en el Código de Aguas y de las amplias facultades que le otorgaba a la autoridad administrativa. En este sentido, véase la opinión de ARÉVALO (1999), ya citado, p. 12. Actualmente, la preferencia que otorga el permiso de exploración y su regulación tienen rango legal en el artículo 58 bis del Código de Aguas, cuestión positiva si se toma en cuenta la importancia de ella para incentivar la inversión de privados en la exploración de aguas subterráneas y los derechos de particulares involucrados en esta materia. Otra cosa es la deficiente regulación de dicha preferencia, como veremos más adelante.

[8] Artículo 7° de la Resolución D.G.A. N° 186 de fecha 11 de marzo de 1996, que reguló esta materia hasta el 16 de noviembre de 2005, fecha en que se publicó la Resolución D.G.A. N° 341 de 2005, la que adecuó la regulación a las normas introducidas por la Ley N° 20.017 de 2005.

[9] Artículo 16 de la Resolución D.G.A. N° 186 de 1996 antes citada.

[10] Artículo 17 de la Resolución D.G.A. N° 186 de 1996.

del plazo de seis meses desde el otorgamiento del permiso, y comunicar este hecho a la DGA; segundo, entregar a la autoridad un informe completo sobre los trabajos realizados, sus resultados y conclusiones obtenidas; y tercero, esta preferencia debía ser ejercida dentro del plazo de vigencia del permiso y hasta tres meses después.

Este régimen de exploración claramente propiciaba la investigación y exploración por parte de los particulares, consecuente con la concepción de un "Estado subsidiario, que no realiza aquellas tareas que pueden realizar los privados" y "la aplicación de una economía de mercado, que entrega las decisiones de inversión y desarrollo a la iniciativa privada, en marco de los mercados competitivos y sin distorsiones".[11] De esta manera, con reglas claras que los particulares conocían de antemano y que debían cumplir una vez obtenido el permiso de exploración, tenían por otro lado la seguridad jurídica que la inversión en labores de exploración sería recompensada con la preferencia para la constitución de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas: al solicitar la constitución de los derechos, aunque otras personas solicitaran las "mismas aguas" (de la misma fuente o acuífero), el titular del permiso de exploración tenía el beneficio de que sería preferida su solicitud, garantizando la regulación de esta manera el retorno de la inversión que realizan los privados al arriesgar fondos en labores de exploración que pueden resultar exitosas o no. La DGA, por otro lado, se beneficiaba al obtener gratuitamente la información resultante de las labores de exploración, la cual es de suma importancia para una mejor planificación y administración del recurso por parte de la autoridad.

Forzoso es concluir que esta normativa implicaba una enorme valoración de los permisos de exploración, y los beneficiarios se preocupaban de cumplir con los requisitos impuestos por la autoridad para mantenerlo vigente y utilizar la preferencia absoluta que éste les otorgaba para acceder a la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas subterráneas que podían encontrar en sus labores de exploración.[12]

2.2 Regulación de los permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales luego de las modificaciones de la Ley N° 20.017

La Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, introdujo importantes modificaciones al régimen de exploración de aguas subterráneas. También,

[11] DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2000): "Política Nacional de Recursos Hídricos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, N° 1, p. 287.

[12] Además, debido a la importancia del orden de presentación de la solicitud de exploración para obtener el permiso sobre un área que podía quedar libre por el vencimiento de un permiso vigente, llegaron a formarse filas en las oficinas de la DGA o de las Gobernaciones Provinciales, incluso a veces certificadas por notario público, para la presentación de solicitudes de permisos de exploración para ciertas áreas.

con el objeto de adecuar la reglamentación de carácter general respecto de las aguas subterráneas, la DGA dictó la Resolución D.G.A. N° 341 de 2005, la que fue derogada recientemente por la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007, antes citada, actualmente vigente.

La primera modificación importante en esta materia es la eliminación de la preferencia para la obtención de un permiso de exploración por su fecha y hora de presentación. Actualmente si dos o más presentaciones solicitan la misma extensión de bienes nacionales para explorar aguas subterráneas dentro del plazo de seis meses, la adjudicación de estas solicitudes se resolverá mediante un remate entre los solicitantes.[13] Esta solución pretende la adquisición competitiva del permiso de exploración por parte de los particulares, asignando valoración económica a esta autorización en forma previa a su otorgamiento.[14]

Obtenido el permiso, sea por vía de remate o no, el explorador realizará con exclusividad las labores de exploración proyectadas dentro del área autorizada.[15] Si alumbra aguas subterráneas susceptibles de ser aprovechadas, podrá solicitar la constitución del respectivo derecho de aprovechamiento, para lo cual también podrá invocar una preferencia por ser titular del permiso, preferencia que actualmente se encuentra expresamente establecida en el Código de Aguas.[16]

Sin embargo, en este punto se realizó la segunda modificación de importancia en el régimen de exploración de aguas subterráneas: ya no existe la preferencia absoluta para el beneficiario de un permiso de exploración para que se le constituya el correspondiente derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante las labores de exploración realizadas al amparo del permiso. Bajo la nueva regulación, existe la posibilidad de que estos derechos se asignen por vía de un remate, si dentro de los seis meses luego de presentada la solicitud de constitución de derechos invocando la preferencia "por sobre todo otro peticionario" que supuestamente da el permiso, se presentan otras solicitudes sobre las mismas aguas y no existe disponibilidad para constituirlos todos.[17]

[13] De acuerdo al nuevo inciso segundo del artículo 58 del Código de Aguas.

[14] En este sentido, en las VII Jornadas de Derecho de Aguas realizadas en noviembre de 2005, el entonces subdirector de la DGA, Rodrigo Weisner, expuso como uno de los principios orientadores del nuevo régimen de exploración la adquisición competitiva del permiso. Véase presentación "Modificación al Código de Aguas y las Aguas Subterráneas ¿Nuevo Régimen Jurídico?", disponible para los asistentes a dichas jornadas.

[15] Artículo 17 de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

[16] Artículos 58 bis y 60 del Código de Aguas.

[17] Conforme al nuevo artículo 58 bis del Código de Aguas.

Al titular del permiso de exploración se le otorga cierta preferencia legal: el inciso 3° del artículo 58 del Código de Aguas establece que cuando se haya otorgado un permiso de exploración, se considerará la fecha de la resolución que otorgó el permiso como la fecha de presentación de la solicitud de constitución de los derechos de aprovechamiento. Esto tiene por objeto anticipar los seis meses en que pueden presentarse solicitudes sobre las mismas aguas alumbradas que puedan llevar a remate, de manera que el beneficiario de un permiso de exploración sólo debe observar los primeros seis meses desde el otorgamiento de su permiso para identificar las solicitudes que podrían entrar en conflicto con una eventual solicitud suya sobre las aguas que encuentre en su exploración. Concordante con esto, la obligación de empezar las faenas de exploración se amplió de seis meses desde la vigencia del permiso a siete meses,[18] dando un mes más después de la ventana de tiempo que podría llevar al explorador a remate por los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que eventualmente alumbre.

Pero por otro lado, en la actual regulación sigue existiendo una preferencia absoluta para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas al amparo de un permiso de exploración: si el permiso fue adquirido vía remate, de acuerdo al artículo 58 bis del Código de Aguas, el remate por los derechos de aprovechamiento no será aplicable.

De acuerdo a lo reseñado, es claro que nuestra actual legislación privilegia y premia la adquisición competitiva de los permisos de exploración, otorgándoles a estos beneficiarios la preferencia absoluta de la que gozaban antes todos los titulares de estos permisos. Se ha creado así una categoría preferencial de permisos de exploración, los adquiridos vía remate. Los otros, que pueden haber sido otorgados sin oposición por parte de terceros y sin que otros particulares hayan manifestado interés solicitando la misma extensión para explorar, no otorgan la misma preferencia ni seguridad respecto de la inversión que cualquiera de ellos realiza en las labores de exploración. ¿Por qué estos exploradores pasan a tener una preferencia de segundo orden, la cual puede ser fácilmente perdida si otra persona simplemente solicita las mismas aguas dentro de un plazo determinado?

Nos parece que el otorgamiento de los permisos de exploración por vía de remate es útil y beneficioso, ya que asigna al mercado la función de identificar a las personas que están realmente interesadas en explorar ciertas áreas e invertir recursos en ello. Pero una vez obtenido el permiso de exploración, sea por una solicitud sin más interesados o por vía de remate, ambos titulares deben tener

[18] Artículo 9° de la Resolución N° 425 de 2007.

la misma seguridad que la inversión que realicen en labores de exploración y el cumplimiento de las obligaciones que les establece la autoridad será recompensada con esta preferencia. Si en ambos casos existe un acto administrativo del órgano competente que autoriza a explorar aguas subterráneas con el objeto de alumbrarlas, no existen razones de fondo para establecer categorías de preferencias o de permisos, considerando menos seria o susceptible de protección jurídica la exploración de un particular que ha obtenido su permiso cumpliendo con los requisitos y el procedimiento establecido, sobre un área en la que nadie más se ha interesado, que uno que lo ha obtenido vía remate.

El efecto lógico de esta falta de seguridad jurídica de poder aprovechar los resultados de la inversión realizada en exploración, podría ser el desincentivo de la realización de estas labores a menos que se haya obtenido el permiso mediante remate. O simplemente realizarlas en terrenos privados, donde no se tiene la obligación de realizar las labores dentro de cierto plazo ni de entregar informes de resultados a la autoridad.

Nos parece que este esquema no propicia, como debería, la actividad de los privados en la exploración e investigación de aguas subterráneas. Estas normas deberían suponer un incentivo y preferencia de los particulares para realizar estas labores, como parte de la actividad económica protegida por la Constitución y que se entrega primordialmente a ellos, dentro del marco legal. Además, sólo mediante la exploración e investigación del recurso se logrará una mejor planificación del desarrollo del mismo en las fuentes naturales por parte de la DGA.

En nuestra opinión, la obtención de un permiso de exploración de aguas subterráneas debiera otorgar preferencia absoluta para la constitución de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso en uno y otro caso, sin importar si este fue adquirido por simple acto de autoridad o por vía de remate, de manera de otorgar una garantía e incentivo suficiente a los particulares para que inviertan en exploración de aguas subterráneas.

3. Posibles situaciones que pueden presentarse en la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas: interacción de las diferentes "preferencias" de los permisos de exploración

Ahora bien, además de nuestra objeción a que existan dos categorías de preferencias para la constitución de derechos de aprovechamiento por razones de fondo y falta de igualdad entre los titulares de los permisos de exploración, observaremos aquí la forma en que pueden interactuar estos dos tipos

de preferencias con otras solicitudes de derechos de aprovechamiento, y los resultados, injustos y absurdos en ciertos casos, a que llevará la aplicación de estas reglas.

Para entender los casos que plantearemos deben tenerse en cuenta ciertos supuestos. En primer lugar, que en general se ha entendido que cuando el Código de Aguas habla de las "mismas aguas" con el objeto de que la autoridad revise la disponibilidad del recurso hídrico para la constitución de derechos de aprovechamiento, este concepto se refiere a revisar esta disponibilidad a nivel de fuente natural, no del lugar físico de extracción. Por el principio de la unidad de la corriente, establecido en el artículo 3° del Código, se considera que todas las "aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de la misma corriente", lo que obliga a la autoridad a considerar la relación entre aguas superficiales y subterráneas al otorgar derechos de aprovechamiento.[19] De esto se colige que para otorgar derechos de aprovechamiento deben observarse y considerarse como las "mismas aguas" aquellas susceptibles de una explotación sustentable a nivel de fuente. Así se desprende de la exigencia establecida en el artículo 147 bis inciso 5° del Código de Aguas, que se refiere a un requisito especial para la procedencia de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, además de la comprobación de la simple existencia de aguas subterráneas que exigen los artículos 22, 58 bis y 60: "...siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, considerando los antecedentes técnicos de recarga y descarga, así como las condiciones de uso existentes y previsibles, todos los cuales deberán ser de conocimiento público".[20] Entenderlo de otra manera llevaría además a la absurda interpretación de que sólo en caso de coincidir el punto de captación solicitado se estarían pidiendo las mismas aguas, cuestión bastante difícil de darse en la realidad de la exploración

[19] Artículo 22 del Código de Aguas.

[20] En el mismo sentido se refiere a la disponibilidad de aguas subterráneas el "Manual de normas y procedimientos para la administración de los recursos hídricos", aprobado por Resolución D.G.A. N° 1503 de 31 de mayo de 2002, donde se fijan "criterios uniformes acerca de la tramitación de solicitudes o presentaciones sometidas a la resolución de la Dirección General de Aguas". En su punto 3.5.11.4 dice: "para la constitución de derechos sobre aguas subterráneas es necesario saber cuánta agua es posible extraer desde un pozo y además saber cuánta agua hay disponible a nivel de fuente; única manera de cumplir con lo dispuesto por los artículos 22 y 141 del Código de Aguas, en el sentido que la Dirección General de Aguas puede constituir un derecho de aprovechamiento cuando la solicitud es legalmente procedente, cuando hay recursos disponibles y no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros... El caudal de explotación sustentable a nivel de la fuente es aquel caudal de explotación que permite un equilibrio de largo plazo del sistema, otorga respaldo físico a los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados, no genera afección a derechos de terceros (tanto de derechos superficiales como subterráneos) y no produce impactos no deseados a la fuente y al medio ambiente". Sin perjuicio de que este es un manual administrativo, más un instructivo interno del Servicio que una fuente de regulación vinculante para los particulares, sí da luces sobre lo que en la práctica ha entendido en este punto el organismo encargado de otorgar los derechos de aprovechamiento.

de aguas subterráneas ya que para poder pedir el derecho primero se deben hacer labores de extracción y pruebas en un pozo, por lo que difícilmente dos solicitantes tendrán la misma ubicación física de la extracción.

Dicho esto, propondremos diversas hipótesis en que se enfrenten solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento en una misma fuente, un mismo acuífero, sobre el cual pueden haber tanto permisos de exploración otorgados por la autoridad como terrenos privados en los que es susceptible explorar sin requerir el permiso; solicitudes presentadas dentro del plazo de seis meses que establece el inciso 2° del artículo 142 del Código de Aguas, es decir, dentro del plazo que debe considerarse para remate; y asumiendo, por supuesto, que no existe disponibilidad a nivel de fuente para otorgar todos los derechos solicitados.

a) Peticionario que tiene un permiso de exploración y otro que no lo necesitaba porque exploró en terrenos privados: en este caso debe distinguirse cómo se obtuvo el permiso de exploración:

   i) Si el permiso de exploración se obtuvo sin remate, el titular del permiso pierde su preferencia (sería la "excepción" a la preferencia que le otorga el artículo 58 bis del Código) y los derechos solicitados deben asignarse vía remate entre ambos solicitantes.[21]

   ii) Si el permiso de exploración se obtuvo vía remate, debería aplicarse la preferencia absoluta de éste y se excluye la posibilidad de remate por los derechos (el artículo 58 bis del Código dice que "la excepción no será aplicable") y otorgarse los derechos al titular del permiso, quedando fuera el peticionario que exploró en terrenos privados.

b) Peticionarios que tienen ambos permisos de exploración en áreas diferentes pero sobre el mismo acuífero: De nuevo debe distinguirse cómo se obtuvieron los respectivos permisos de exploración:

   i) Primer caso: ambos solicitantes obtuvieron sus permisos de exploración sin remate: en este caso ninguno tiene preferencia sobre el otro, se aplicaría la regla del artículo 58 bis de "excepción a la preferencia" y ambos solicitantes van a remate por los derechos.

   ii) Segundo caso: uno de los solicitantes obtuvo su permiso de exploración vía remate y el otro no: se aplica la regla de la preferencia absoluta y los derechos se le deberían asignar al que obtuvo el permiso vía remate.

[21] De acuerdo al artículo 144 del Código de Aguas, en el remate de aguas subterráneas pueden participar además el Fisco y cualquiera de las instituciones del sector público.

iii) Tercer caso: dos solicitantes con permisos de exploración, ambos obtenidos vía remate: ¿A quién se prefiere para la asignación de los derechos, si la preferencia es absoluta para cada uno? La solución no se encuentra en la ley, el caso no está expresamente regulado. Al parecer, dos soluciones prácticas son posibles: una, preferir el permiso de exploración que se haya otorgado primero, el que sería el criterio que seguía la legislación anterior al 2005; creemos que esta solución no sería aplicable, porque además de no tener sustento legal en el actual articulado del Código es el criterio que se abandonó con la reforma. La segunda opción es que los solicitantes vayan a remate por los derechos, entendiendo que al tener ambos el mismo tipo de preferencia éstas de cierta manera se "anulan" quedando ambos en igualdad de preferencia; esta opción además se apoya en el criterio rector de la reforma para la asignación de derechos de aprovechamiento cuando no hay disponibilidad para todos, mediante la asignación competitiva del recurso. Pero, repetimos, esta es una solución que no está expresa en la ley, lo cual denota una falta de previsión de los casos que podían darse al otorgar preferencias de distinto tipo para la constitución de derechos.

4. Conclusiones

A modo de conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que:

• La reforma del año 2005 al Código de Aguas modificó en forma importante el régimen de exploración de aguas subterráneas al terminar con la preferencia para el otorgamiento de los permisos de exploración por su orden de presentación, y establecer un sistema de remate para su otorgamiento en caso de superposición de las áreas solicitadas, lo que consideramos un avance en cuanto a la transparencia y al rol que se le da al mercado en la asignación de esta concesión.

• Los permisos de exploración para buscar aguas subterráneas en bienes nacionales actualmente otorgan cierta preferencia a su titular para el posterior otorgamiento de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas; pero el carácter absoluto o relativo de esta preferencia dependerá si el permiso se obtuvo vía remate o sin él. La obtención del permiso vía remate teóricamente excluye la posibilidad de un remate por los derechos de aprovechamiento, situación que no se excluye por un permiso otorgado simplemente, sin remate. En nuestra opinión, no existen razones de fondo para esta desigualdad entre tipos de preferencias entre los permisos de exploración de aguas subterráneas, y no incentiva ni asegura correctamente la enorme inversión privada que hay detrás de las labores de exploración de aguas subterráneas que realizan los particulares, de las cuales se beneficia también la autoridad al exigir la entrega de informes de los resultados de los trabajos. Un permiso de exploración, sin

importar su forma de obtención, es una concesión administrativa que debería otorgar los mismos derechos e imponer las mismas obligaciones a sus beneficiarios.

- Además, la existencia de dos tipos de preferencias puede llevar a situaciones injustas, como que un titular de un permiso sobre un área que nadie más se interesó y por lo tanto obtuvo sin remate, pierde su preferencia para constituir derechos de aprovechamiento frente a otro que tiene un permiso igual que el suyo, salvo por el hecho que tuvo que obtenerlo por remate; y absurdas, como que dos titulares de permisos de exploración obtenidos vía remate supuestamente no puedan ir a remate entre ellos aunque no existan recursos disponibles para constituir los derechos solicitados por ambos, quedando este caso sin solución expresa dentro de la regulación del Código de Aguas .

Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls

David Quintero Fuentes*
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

1. Introducción

Este artículo tiene como propósito realizar una exposición y análisis de las principales críticas y revisiones efectuadas a una de las obras más importantes, influyentes y polémicas del siglo XX en el ámbito de la filosofía moral y política: *A Theory of Justice*, escrita por el filósofo norteamericano John Rawls y publicada en 1971.

La trascendencia de esta propuesta teórica es tan enorme que ha sido traducida a decenas de idiomas y ha generado un número de publicaciones, entre libros, monografías y artículos en revistas especializadas, pocas veces visto. Asimismo, el interés que ha despertado, hace ya tiempo sobrepasó los límites de la filosofía y se ha extendido en áreas como la economía, el derecho, la sociología y la ciencia política.[1]

Aunque, por otra parte, no podemos desconocer que la concepción rawlsiana ha sido objeto de críticas severas y arduas polémicas, provenientes de las más diversas corrientes del pensamiento. Quizá sea justamente ello lo que ha contribuido a incrementar su vigencia y proyección.

1.1 Críticas fundamentales formuladas a la teoría de la justicia

La teoría de la justicia de Rawls ha recibido desde su aparición numerosas, diversas y profundas objeciones, provenientes de los más diversos ámbitos.[2]

---

* Candidato a Doctor por la U. de Salamanca, Magíster en Filosofía Moral por la U. de Concepción, Especialista en Argumentación Jurídica por la U. de Alicante.

[1] Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 408-416. Este autor realiza una síntesis bastante apropiada del pensamiento rawlsiano, muy útil como primera aproximación, para quien no lo conoce.

[2] Como era previsible, las críticas se multiplicaron tras la aparición de la versión completa y definitiva de 1971. Existen algunas recopilaciones en las que se seleccionan las más significativas (Daniels, 1975; Hoffe, 1977; Nielsen-Shiner, 1977; Patzig; Blocker- Smith, 1980).

Algunas de las más importantes han sido formuladas por el comunitarismo, aunque es preciso aclarar si efectivamente Rawls afirma lo que sus críticos le adjudican, en particular si es cierto o no que los liberales rawlsianos estiman que el individuo es anterior a la sociedad, que los compromisos morales sólo son preferencias de los individuos y que la persona está liberada de trabas e individualizada en forma previa. En otros términos, se trata de aclarar si este liberalismo se fundamenta en una noción de bien más comprehensiva de lo explicitado o si persigue una concepción de justicia tan abstracta y universal, que llega a tornarse inadmisible.

Entre las primeras y más importantes críticas planteadas a la teoría rawlsiana de la justicia, encontramos la propuesta por Robert Nozick, también profesor de Harvard y adherente a un liberalismo de corte conservador y detractor de la tendencia igualitarista defendida por Rawls. Así, mientras para Rawls una sociedad justa requiere de una fuerte actividad por parte del Estado, con el propósito de igualar las circunstancias básicas de las personas; para Nozick, se necesita un Estado mínimo que tan sólo asuma como tareas la protección de las personas frente al robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, y velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los sujetos. Las críticas de Nozick son expuestas fundamentalmente en su obra principal: *Anarquía, Estado y Utopía* (1974), en la que defiende una concepción de justicia distinta de la formulada por el igualitarismo.

Aunque comparten ciertos presupuestos iniciales, el igualitarismo de Rawls y el libertarismo de Nozick corresponden a propuestas teóricas bien distintas. Ello se refleja nítidamente, por ejemplo, en que lo que Rawls estima como un sistema institucional justo; para Nozick es un sistema temible, ello porque se vulnera el principio de autopropiedad si la suerte de algunos es mejorada a costa del esfuerzo de otros, pudiendo llegarse a instaurar una especie de esclavitud invocando la justicia.

El considerable eco que ha encontrado la crítica de Nozick responde en parte a cierto resurgimiento de las posiciones liberalistas que este autor asume de forma radical, además de un estilo sugerente y de su audacia teórica. *"Pero de modo especial destaca su hábil –aunque falaz– combinación de liberalismo y anarquismo, inédita hasta entonces, sobre la que apoya su rechazo dogmático de todos los modelos propuestos de Estado justo, precisamente en nombre de la vindicación ética; en efecto, el estribillo "el Estado mínimo es el más extenso que pueda justificarse, cualquier otro Estado más extenso viola los derechos de todos", que repite incansablemente a lo largo del libro, traduce una argumentación ética aunque tenga un trasfondo político-económico".*[3]

[3] Rubio Carracedo, José. *Paradigmas de la Política. Del Estado justo al Estado legítimo: Platón, Marx, Rawls, Nozick*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1990, p. 243.

En otro ámbito, Hart ha objetado los argumentos de Rawls a favor de la prioridad de la libertad y ha cuestionado la posibilidad de comparar libertades entre sí.

Otro de los críticos rawlsianos, Ronald Dworkin, aspira a demostrar que la teoría de Rawls se equivoca al responsabilizar a los individuos de situaciones que están fuera de su control y al eximirlos de responsabilidad en casos que sí debieran responder. Según Dworkin, el diseño de la posición originaria no es moralmente neutro, sino que presupone una concepción de filosofía política más profunda (el principio liberal de igual preocupación y respeto hacia todos). Las concepciones de justicia sostenidas por Rawls y Dworkin presentan más semejanzas que diferencias. Este último se propone perfeccionar los planteamientos rawlsianos, pero asumiendo sus fundamentos básicos, pues Dworkin estima que la teoría de Rawls no considera satisfactoriamente las ambiciones y las dotaciones de cada individuo.

Desde otra perspectiva, la crítica feminista a Rawls es una de las más interesantes, puesto que reviste un carácter más amplio y se orienta a los fundamentos, valores y propósitos del pensamiento del filósofo de Harvard. Así, la teoría de la justicia no sería suficientemente igualitaria al no considerar a los sujetos como perteneciendo a grupos (como el grupo de las mujeres, por ejemplo), además por no dar su lugar a la historia –como podría ser una historia de opresión– al reflexionar en torno a la justicia; al centrarse en la noción de elecciones, prescindiendo de las características de esas elecciones (por ejemplo, no se puede optar por algo, cuando se carece de alternativas reales); y por su excesiva abstracción y teorización, distanciándose de los problemas concretos que afectan a personas reales de manera cotidiana. Para el feminismo, la fórmula rawlsiana no piensa la igualdad apropiadamente.

En otro frente, relacionar a Rawls con Buchanan es algo más complejo, pues éste afirma que los esfuerzos en su obra son, a la vez, más y menos ambiciosos que los de Rawls. Es más ambicioso, ya que intenta efectuar el análisis de las perspectivas de una auténtica renegociación contractual entre individuos que no están en una ficticia posición de igualdad para llegar a un acuerdo. Es menos ambicioso, pues no aspira a formular principios sustantivos que individualicen una sociedad justa.

Cohen, como un igualitario radical, enfrenta a Rawls para exponer sus debilidades y contradicciones, pues no comparte su igualitarismo liberal. Para él, uno de los principales problemas se encuentra en la distinción entre circunstancias y elecciones. Para Cohen, los requerimientos de la justicia no se limitan a la estructura básica de la sociedad; y en algunos casos, Rawls abandona la igualdad, únicamente debido a que los talentosos no someten sus acciones a las exigencias de la concepción de justicia a la que inicialmente adherían. También critica el diverso trato otorgado a las decisiones individuales y no

comprende cuál es la razón para que la responsabilidad parcial por el esfuerzo no implique recompensa alguna, en tanto que la sola responsabilidad parcial por formar gustos caros conlleva una penalización total. Cohen centra su interés en el postulado rawlsiano de acuerdo al cual en una sociedad justa nadie debe beneficiarse o perjudicarse por hechos irrelevantes moralmente. Asimismo, pretende dilucidar por qué Rawls estima legítimos determinados incentivos económicos que favorecen a los más beneficiados por la lotería natural. Según Cohen, los estímulos que nuestro autor consagra a través de su segundo principio de justicia únicamente favorecen aun más a sujetos ya privilegiados por la "lotería natural", lo que justamente Rawls pretende superar.

Por su parte, para Amartya Sen, la igualdad de bienes primarios que Rawls presenta adolece de imperfecciones, pues se centra en determinados bienes objetivos y olvida las diversas formas en que los mismos bienes pueden incidir sobre distintos individuos que se integran en otros contextos. Para Sen, un igualitarismo apropiado no debe centrarse ni en la igualdad de bienes primarios (Rawls) ni en la igualdad de recursos (Dworkin). Sostiene que si consideramos que la transformación de recursos y bienes primarios en libertad de elección puede diferir de individuo a individuo, la igualdad en la posesión de bienes primarios o de recursos puede ir acompañada de profundas desigualdades en las libertades efectivas que gozan distintos sujetos.

Desde otra perspectiva, piensa que las posturas de Rawls o Dworkin adolecen de un fetichismo en cuanto a la noción de bienes que utilizan. Esto los conduce a ocuparse sólo de determinados bienes, sin atender a cómo esos bienes inciden en los diversos sujetos, o sea, se preocupa de los medios para obtener las libertades y se olvida de las diferencias en la utilización de los referidos medios. *"Hoy por hoy, parece haber un cierto consenso en la idea de que, así como las propuestas bienestaristas abogaban por una métrica igualitaria demasiado subjetiva, la métrica propuesta por Rawls corre el riesgo de resultar demasiado objetiva. De allí que cobre sentido esta búsqueda de unicidad por Sen, orientada a encontrar un punto intermedio entre posiciones objetivistas y subjetivistas".*[4] Según Sen, su postura pretende ser un reflejo de la libertad personal para escoger entre formas de vida alternativas y no implica unanimidad en cuanto a un conjunto específico de bienes. Para Rawls, este autor se fundamenta en una específica doctrina comprehensiva que jerarquiza los diversos estilos de vida y logros de las personas.

La polémica que ha suscitado Rawls no sólo se circunscribe a la esfera de la filosofía angloamericana, sino que tiene alcances mucho más vastos. Además, las

[4] Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, p. 78.

críticas proceden desde los más variados campos del conocimiento: la filosofía política, la filosofía moral, el derecho público, la economía, la sociología, etc. Probablemente una de las razones de esa polémica sea el anhelo de Rawls de aplicar a la sociedad contemporánea una doctrina surgida para dar justificación al proceso de creación y legitimación estatal. Es como si Rawls hubiese aspirado a traer a la sociedad contemporánea la mayor expresión de libertad e igualdad, características de un socialismo democrático que va más allá de la unicidad valórica liberal, procurando su armonía con el clásico talante conservador de la sociedad estadounidense.

Esta recreación artificial de las características de las personas y de la sociedad genera una multiplicidad de contradicciones que se superan teóricamente, pero que no son salvadas en la realidad. Los principios de justicia defendidos por Rawls prescinden de las bases reales del ordenamiento económico y social; y su teoría sólo aborda problemas de distribución. Las debilidades teóricas rawlsianas encuentran sus raíces en la vieja tradición de filosofía política de la que es tributario y de su aceptación de los fundamentos políticos y sociales propios de los análisis llevados a cabo por la economía política liberal clásica y neoclásica, sin someterlos a crítica alguna.

El núcleo de la filosofía rawlsiana lo encontramos en la original, poderosa, pero insostenible idea del juego del regateo, a través de la cual se pretendía superar el razonamiento formal kantiano y formular un principio alternativo a las corrientes utilitarista e intuicionista; sin embargo, *"el resultado es un modelo de problema de elección del que no está suficientemente determinado que admita una solución, ni bastante histórico ni humano para sostener una relación útil con las cuestiones reales de la teoría social".*[5] *"Cuando se considera que Teoría de la Justicia es, ante todo, una argumentación en defensa de redistribuciones esenciales de los ingresos y de la riqueza, es asombroso que Rawls preste tan poca atención a los ordenamientos institucionales por medio de los cuales ha de llevarse a cabo la redistribución".*[6]

Por otra parte, se cuestiona la pretendida neutralidad de la teoría rawlsiana ante las diversas concepciones de bien. Esto porque necesariamente debe fundamentarse en una concepción abarcativa del bien para sostenerse y porque la sociedad liberal que surgiría de esta teoría podría discriminar a aquellas concepciones de bien que no se sancionen expresamente por la necesidad de brindar protección a la autonomía de todos los ciudadanos.

[5] Wolff, Robert Paul. *Para Comprender a Rawls. Una Reconstrucción y una Crítica de la Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 161.
[6] Ibídem, p. 181.

Respecto a la cuestión del universalismo, éste radica en establecer si la teoría rawlsiana de la justicia está diseñada para ser aplicada universal y transculturalmente, sin atender a la cultura particular que es objeto de dicha teoría. Walser expone una postura que trata de criticar esta concepción de la teoría política y defiende explícitamente que Rawls se ve forzado a admitirla. Rawls en su obsesión por alcanzar una integridad sistemática ha hipertrofiado su exposición, implicando una serie de consecuencias ideológicas. Al recurrir a los modelos analíticos de la tradición liberal clásica y la economía neoclásica, excluye, aunque sin quererlo, la realidad del poder político.

El juego del regateo y el velo de la ignorancia hacen que la teoría sea demasiado abstracta y la apartan de consideraciones empíricas, disminuyendo su valor y sobre todo su utilidad. *"Lo que queda en mi opinión es ideología, es decir, prescripción disfrazada de análisis de valor neutral"*. Al pretender una absoluta universalidad, prescinde de las características humanas y sociales. *"En lo que se refiere a la teoría de los juegos de división equitativa, no existe diferencia alguna entre dividir un pastel que uno u otro de los jugadores ha cocido, y dividir un pastel que ha caído suavemente del cielo"*.[7] El velo de la ignorancia hace que todas las consideraciones en torno a la producción sean demasiado abstractas e hipotéticas, que el principio de la diferencia se convierte en un simple principio de distribución, con los bienes y servicios que se distribuyen dados exógenamente.

Queda así un importante enigma sin resolver: cómo se producen, realmente, los bienes que han de ser distribuidos. Robert Nozick observa: *"Si las cosas cayesen del cielo como el maná, y nadie tuviese ningún título especial para optar a determinada porción de él (título que recibe una significación especial en la teoría de Nozick), y ningún maná cayese a menos que todos estuviesen de acuerdo en una distribución determinada, y la cantidad variase según la distribución, entonces es plausible sostener que las personas situadas de modo que no pudiesen amenazar, ni apoderarse de porciones especialmente grandes, se pusiesen de acuerdo en el principio de diferencia de distribución. Pero ¿es éste el modelo apropiado para pensar acerca de la forma en que han de distribuirse las cosas que los hombres producen?"*.[8]

Desde otro ángulo, la noción de plan de vida elaborada por Rawls presenta algunos problemas: *"El primero es que la concepción tiene unos límites excesivamente culturales, hasta el punto de que levanta, dentro de las exigencias pretendidamente formales de la posición original, ciertos supuestos no manifestados que*

[7] Wolff, R P. Op. cit., p. 185.
[8] Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, Harvard University Press, Massachusetts, p. 198.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

dan expresión ideológica a una determinada configuración socioeconómica y a un conjunto de intereses; el segundo es que, tal como Rawls lo concibe, el ideal de un plan racional de vida entra en conflicto con el carácter evolutivo, orgánico, de una persona humana sana".[9] En una sociedad sometida a constantes cambios, los planes de vida se transformarían en meros planes de contingencia o en simples procedimientos empíricos encaminados a reaccionar ante cualquier incidencia imprevista. Inclusive en una sociedad estable, la clase de plan de vida descrito por Rawls es más bien propio de los estratos medios profesionales. A pesar que se puede admitir que cualquier hombre racional aspira a poseer en mayor cantidad cualquier bien primario, es más complejo sostener que hombres racionales que persiguen planes de vida muy distintos puedan llegar a un acuerdo para jerarquizar diversas clases de bienes primarios.

Resumiendo, podríamos caracterizar la teoría de Rawls: *"como una apología filosófica de un sello igualitario del capitalismo liberal del estado de bienestar. Y, sin embargo, el recurso del juego del regateo y del velo de la ignorancia, aunque preservando los presupuestos políticos, psicológicos y morales de tal doctrina, suscita la discusión a un nivel de abstracción tan alto, que la especificidad empírica necesaria para prestarle alguna plausibilidad se agota".*[10] *"Las condiciones de conocimiento de la posición original son imposibles, la sutil teoría de los bienes primarios es inadecuada a las necesidades de Rawls y la noción de un plan de vida es una distorsión de lo humanamente racional".*[11]

La deducción que Rawls hace, de principios de la justicia moralmente obligatorios, a partir de la posición original "... incorpora graves dificultades, ya que Rawls, no considera la naturaleza de los deseos y de la conducta humana de un modo empíricamente adecuado, además describe los grupos en la posición original, de modo que no se corresponden con la naturaleza humana, no puede argumentarse que los grupos representan las demandas de los seres humanos..".."[12]

1.2 Las revisiones posteriores a la teoría de la justicia

Como ya se ha dicho, la propuesta rawlsiana ha sido objeto de numerosas, variadas y contundentes críticas. Como consecuencia de ello, nuestro autor inició sus respuestas a los críticos, entre las primeras podemos mencionar una respuesta a Lyons y Teitelman en 1972, y a Alexander y Musgrave en 1974; aunque posteriormente ha preferido contestar de forma implícita o indirecta, haciendo explícitos los fundamentos teóricos (1978) o replanteándolos (1980).

[9] Wolff, R. P. Op. cit., p. 126.
[10] Ibídem, p. 175.
[11] Wolff, R. P. Op. cit.. Cuarta Parte "Crítica de la Teoría", pp. 111 y sgtes.
[12] Lewis Shaffer, David. "A critique of Rawls Contract Doctrine". *Critical Study*, vol. 28, 1974-75.

John Rawls siempre ha estado muy atento y ha considerado las críticas formuladas a su obra, desde los más diversos puntos de vista. Esto se demuestra, por ejemplo, en sus reflexiones respecto a las consecuencias internacionales de su teoría de la justicia; en la revisión de sus escritos originales atendiendo a las objeciones provenientes de la teoría feminista; en la defensa de un fortalecimiento de la concepción de democracia, tomando en cuenta las críticas recibidas desde el republicanismo, particularmente considerando la manera en que las sociedades contemporáneas han sufrido transformaciones hasta llegar a ser sociedades multiculturales; también ha revisado el igualitarismo que distingue su proyecto y ha reconocido la necesidad de atender la enorme diversidad cultural presente en los más variados rincones del mundo.

Entre las obras de Rawls posteriores a la *Teoría de la Justicia*, podemos señalar las siguientes:

1972 "Reply to Lyons and Teitelman"
1974 "Reply to Alexander and Musgrave"
"Some Reasons for the Maximin Criterion"
1974-5 "The Independence of Moral Theory"
1975 "Fairness to Goodness"
"A Kantian Conception of Equality"
1977 "The Basic Structure as Subject"
1979 "A Well-ordered Society"
1980 "The Dewey Lectures 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory"
1982 "Social Unity and Primary Goods".

Las revisiones y explicitaciones son frecuentes en la obra rawlsiana, recordemos que ya con anterioridad a la versión definitiva de *Teoría de la Justicia* de 1971, el filósofo norteamericano había presentado dos versiones preliminares en los años 1958 y 1967.

"Justice as Fairness: Political not Metaphysical" y "The Domain of the Political and Overlapping Consensus" corresponden a dos escritos claves en el proceso de revisión de la obra rawlsiana. En éstos, nuestro autor ha dado comienzo al desarrollo de un replanteamiento radical de la teoría de la justicia, morigerando los aspectos metafísicos y las aspiraciones universalistas, hasta transformarla en una mera doctrina política.

En su importante trabajo "Kantian Constructivism in Moral Theory", aparecido en 1980, Rawls se propone a través de la construcción de la posición original, realizar una interpretación procedimental de la doctrina kantiana, apartándola del idealismo trascendental; además de ello, efectúa una revisión considerable de su modelo teórico. Gracias a la revisión de 1980, Rawls mejora ostensiblemente sus planteamientos, haciendo más sólida, coherente y explícita su justi-

ficación teórica. Así, Rawls sigue por completo la metodología constructivista, abandonando cualquier vestigio neopositivista, acarreando como resultado, un alcance mucho más limitado de su propuesta (ahora sólo aplicable a las sociedades democráticas occidentales) y morigerando algunos fluctuantes rasgos normativistas.

Uno de los puntos que Rawls confiesa abiertamente haber sometido a revisión corresponde al concepto de bienes primarios. En efecto, en su teoría de la justicia lo planteaba como el fruto de una investigación psicológica, estadística o histórica, en cambio, ahora recalca que integra una concepción particular de la persona, de inspiración kantiana. Se intenta armonizar de manera consistente los requerimientos de la libertad y la igualdad, conforme a nuestras convicciones acerca de la persona, lo que implica *"articular una concepción solvente de nosotros mismos y de nuestra relación con la sociedad, conectándola con unos primeros principios realizables de justicia"*.[13] El principio de autonomía debe completarse con el de plena autonomía. Nuestro pensador construye esta distinción que hará posible de manera más convincente la conciliación entre el egoísmo racional y el sentido moral, en la posición original. La noción de cooperación social hace suyas dos dimensiones: *"a) los términos equitativos de la cooperación, es decir, reciprocidad y mutualidad, que propone denominar* the reasonable*; y b) el aspecto de ventaja racional que cada uno de los participantes trata de mejorar, que denomina* the rational*"*.[14] Es necesario enfatizar que lo razonable implica y subordina a lo racional. Lo razonable determina las condiciones equitativas de la cooperación, que pueden ser aceptadas por todos, aunque supone a lo racional, ya que sin proteger la ventaja racional de cada una de las partes, no es posible que surja la cooperación social. Por otra parte, lo razonable subordina a lo racional, pues sus principios sirven de límite a los fines que pueden perseguirse, ello más aún desde un punto de vista kantiano.

Ahora distingue el modelo liberal-social del liberal-radical, las dos grandes corrientes surgidas de la vieja tradición contractualista; a diferencia de su escrito de 1971, en que no establecía diferencias entre las propuestas lockeana y russoniana. A pesar de que no se trata de un cambio reconocido expresamente, las profundas objeciones planteadas por los liberales radicales lo condujeron a asumir esa distinción. Por lo demás, llamaba la atención una omisión tan notoria, teniendo en cuenta las controversias políticas y teóricas suscitadas entre ambas corrientes.

Con estas innovaciones, se intenta reafirmar claramente la restricción en el ámbito de aplicación de la teoría sólo a las sociedades constitucionales o de-

[13] Rawls, John. P. 520. Ver *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999.
[14] Rubio, J. Op. cit., p. 203.

mocráticas, pues únicamente en éstas cobra significado total la construcción de la sociedad bien ordenada, aparte de reunir la exigencia preliminar de un desarrollo económico y social adecuado. La antedicha restricción la encontrábamos ya en *Teoría de la Justicia* y aun antes en *Distributive Justice*, aunque coexistía con aspiraciones normativistas de orden general, enraizadas en la concepción de la ciencia proveniente del neopositivismo.

Por ende, no se procura dar con una concepción de la justicia aplicable a todas las sociedades sin importar sus peculiaridades históricas y sociales, sino que, más bien, se orienta a la sociedad de Norteamérica. Se intenta examinar críticamente las creencias afirmadas en su tradición histórica. No se trata ya de una mera cuestión epistemológica, porque no se aspira a hallar una verdad moral como establecida por un orden previo y autónomo de relaciones y objetos, más bien se pretende formular una concepción pública de la justicia que puedan acoger todos, tanto desde el punto de vista individual como social. *"Una concepción de la justicia se justifica por su congruencia con nuestra más profunda comprensión de nosotros mismos y de nuestras aspiraciones, dada nuestra historia y nuestra cultura. Es decir, adopta lisa y llanamente la metodología constructivista de un modo más ortodoxo y exclusivo que en las formulaciones precedentes".*[15]

En la tercera parte de este trabajo, nuestro pensador matiza y desarrolla el problema de la autonomía y la objetividad. En *Teoría de la Justicia* daba un concepto de objetividad de corte congruencial-constructivo, ahora esboza un modelo constructivista puro. Lo relevante está en que Rawls ha optado por una interpretación constructivista de Kant. *"En la revisión de 1980 Rawls desarrolla y matiza significativamente este punto de vista constructivista de la objetividad en oposición al concepto de objetividad-verdad defendido por el intuicionismo racional (Sidgwick y Ross, en particular). En este sentido va a concluir que los principios de justicia son objetivos, pero no verdaderos; esto es, son los principios más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de la persona como libre e igual, y en cuanto miembros plenamente cooperativos de una sociedad democrática. Ello viene a confirmar la limitación de su teoría, comentada ya, y su adopción de un punto de vista situacional, aunque no relativista".*[16]

Finalmente, y dejando al margen otros trabajos de menor significación, en un escrito de 1985: "Justice as Fairness: Political, non Metaphysical", nuestro autor admite una reelaboración de su teoría, enfatizando el carácter constructivista ya iniciado en su anterior trabajo de 1980, y modificando el sentido y el alcance de su proyecto teórico. Este trabajo de 1985 viene a ser una continuación del anterior de 1980, el cual cita en numerosísimas ocasiones y del cual pretende

[15] Ibídem, pp. 200 y sgtes.
[16] Rubio, J. Op. cit., p. 207.

ser una explicitación. De todas maneras, mantiene su propósito de circunscribir su teoría en el marco de la filosofía política, incluso corrige el título de su escrito de 1980, que debió llamarse "Kantian Constructivism in Political Philosophy". Además, el filósofo de Harvard admite la posibilidad de formular otras interpretaciones de su obra, reconociendo que ha variado su opinión en diversos aspectos y que se requiere esclarecer determinados puntos ambiguos u obscuros, llevando a cabo esa tarea en largas notas a pie de página.

El propósito específico de su nuevo escrito es reformular la concepción de justicia como equidad con el fin de evitar determinadas consecuencias filosóficas y metafísicas, puesto que la concepción pública de justicia, en una democracia constitucional, no debe depender de doctrinas religiosas y disputas filosóficas. Ello, por una cuestión de oportunidad; es necesario aplicar a la misma filosofía el principio de tolerancia; por ende, la teoría de la justicia debe poseer un carácter político y no metafísico. Esto puede provocar alguna confusión en el lector, pues no por eso deja de ser una teoría moral. El otro propósito de este escrito es aclarar determinados puntos de su concepción política de justicia, a los que dedica gran parte de esta revisión.

El vigor de la teoría rawlsiana subyace en esta metodología constructivista, sujetándose rigurosamente a los requisitos justificativos de validez, ello conlleva el respeto a la diversidad moral, sólo limitado por la aptitud de justificación racional y moral de cada propuesta. Para Rawls, *Teoría de la Justicia* adolece de un desajuste como concepción política de la justicia, se trata claramente de una concepción moral, pero limita su alcance a la estructura básica de la sociedad, o sea, a las instituciones sociales, políticas y económicas más relevantes, que conforman un sistema de cooperación social. En consecuencia, es evidente que Rawls reafirma la renuncia, comenzada en 1980, a su meta de hallar un procedimiento de decisión ética, constriñéndose a esbozar un procedimiento de decisión para la filosofía política; descarta además explícitamente su intento por presentar su teoría de la justicia como una teoría moral general, como una opción frente al intuicionismo y el utilitarismo, para restringir su alcance a la teoría política en las sociedades democráticas de occidente. Hasta llega a brindar una concepción mucho más estrecha de filosofía política, su teoría de la justicia anhela comprenderla como una concepción de justicia sistemática y practicable de un modo razonable en una democracia constitucional, como una opción ante el utilitarismo predominante en la tradición política anglosajona. Prosiguiendo con la perspectiva de 1980, reitera incesantemente que su propuesta es una construcción normativa diseñada en la posición original desde las intuiciones firmes y admitidas por los miembros de las sociedades democráticas.

Además, John Rawls brinda una renovada formulación del segundo principio, invirtiendo la prioridad léxica adjudicada a la protección de los menos aven-

tajados por encima de la igualdad de oportunidades; este cambio fue fundamentado en un artículo anterior.

La renovada formulación de los principios es la siguiente:

a. Cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de iguales derechos y libertades básicas compatible con un esquema similar para todos.

b. Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primero, que estén anejas a oficios y posiciones abiertos a todos bajo condiciones de una leal igualdad de oportunidades; y segunda, han de redundar en el mayor beneficio de los menos aventajados miembros de la sociedad.[17]

La inversión de prioridades es importante, pues refleja un énfasis en el elemento liberal por sobre el social, en sus planteamientos. Desde 1971, Rawls otorgaba una preponderancia léxica al primer principio por encima del segundo, sin embargo, en éste la preeminencia que otorgaba al elemento social generaba una consecuencia compensadora. Con la modificación que analizamos, el complejo balance entre los requerimientos de la libertad y de la igualdad se rompe manifiestamente en pro de la primera. En ello, ha influido el resurgimiento del liberalismo radical, en sus diversas corrientes, a pesar que Rawls escoge más bien recurrir a la tradición política americana y los clásicos como Kant y Mill. No obstante, el filósofo subraya que los requerimientos de la igualdad se manifiestan además en el primer principio y en la primera parte del segundo, aunque efectivamente esa manifestación no es tan real como formal. *"Por lo demás, Rawls reitera que el sistema de cooperación leal entre ciudadanos libres e iguales que diseñan los dos principios de justicia es el resultado lógico y aceptado por todos de un equilibrio reflexivo entre las convicciones democráticas de partida (intuitivas) y la construcción crítica de las mismas en el artificio metodológico de la posición original; equilibrio que los hace asumibles por todos aquellos que comparten las intuiciones de partida sobre el concepto político (no metafísico) de las personas como seres racionales, libres e iguales (justamente porque se trata de lograr un acuerdo público sobre la estructura social básica; acuerdo fundacional que dará paso a una sociedad plural y tolerante)".*[18]

Después de dejar en claro la naturaleza práctica de su teoría, Rawls explica en qué forma todos y cada uno de los conceptos relevantes que emplea corresponde a una concepción política de la justicia y no están subordinados de

[17] Rubio, J. Op. cit., p. 219.
[18] Ibídem, pp. 219-220.

manera alguna a una concepción iusnaturalista ni de positivismo sociológico (no depende pues ni de un orden social establecido como natural ni de una jerarquía de carácter institucional fundamentada en valores aristocráticos o religiosos).

Rawls concluye la primera parte de su escrito recalcando la explicitación del título: el propósito de su teoría de la justicia, en cuanto concepción política, se circunscribe en el marco de la filosofía práctica y de manera alguna en los campos epistemológico y metafísico. O sea, no la presenta como una teoría verdadera, sino más bien práctica, que fundamenta un acuerdo político entre ciudadanos libres e iguales. Esta advertencia de Rawls huelga, puesto que una teoría moral o política puede calificarse como justificada, plausible o correcta, mas no como verdadera. En síntesis, en este escrito de 1985, Rawls nos presenta una nueva revisión de su teoría de la justicia, concretando y matizando la revisión de 1980 (que ya había anticipado en otros trabajos de 1982, pero en aspectos más específicos). La relación entre estos trabajos es clave para la acertada comprensión de este último escrito, y si se pasa por alto "Constructivismo Kantiano", inevitablemente se incurrirá en errores y confusiones. De esta manera, si se satisface este requerimiento, la teoría rawlsiana se torna más plausible, especialmente gracias al consenso superpuesto, a pesar que no supera su propósito fundamental.

1.3 El liberalismo político: propuesta e importancia

Con *Liberalismo Político*, John Rawls ha modificado de manera importante los planteamientos expuestos en *Teoría de la Justicia*, ello se refleja principalmente en la opción por una concepción "política" de la justicia, la idea del consenso superpuesto, la renovada noción de razón pública y su preocupación por la estabilidad de la concepción política. Sin embargo, estas modificaciones que aspiran a transformar la teoría inicial en una concepción que pueda ser aceptada por cualquier persona razonable, han suscitado más críticas que aplausos en un número considerable de seguidores del pensamiento rawlsiano. Estas modificaciones dicen relación sobre todo con la presentación de su teoría y los aspectos metodológicos que sugiere para reformarla, conservando sus aspectos centrales.

El principal inconveniente de su teoría de la justicia que nuestro autor pretende superar se encuentra en un presupuesto de índole iluminista, en virtud del cual se procuraba encontrar una doctrina filosófica que determinara la corrección o incorrección de nuestras acciones y que pudiera ser aceptada por toda persona razonable. Ahora Rawls descarta esta postura por ser excesivamente ambiciosa y carecer de realismo, y termina por reconocer los obstáculos que existen para dotar a las modernas sociedades plurales de un fundamento justo y estable que las unifique.

El propósito de *Liberalismo Político* es demostrar la posibilidad de construcción de una concepción compartida de justicia que sea eficaz, teniendo en cuenta la ya aludida diversidad. Con este fin, el filósofo de Harvard pretende ir más allá de los desacuerdos planteados entre las variadas doctrinas imperantes y encontrar los fundamentos de un consenso lo bastante amplio para comprender principios substantivos, y lo suficientemente profundo de manera de abarcar concepciones de la persona y la sociedad. Esto presenta a Rawls con una postura distinta a la anterior. Ello se demuestra al confrontar *Teoría de la Justicia* con *Liberalismo Político*, pues los cambios afectan claramente la segunda parte de su obra clave, en que trata el problema de la estabilidad.

En *Liberalismo Político*, John Rawls sostiene que el liberalismo político que plantea aplica el principio de tolerancia a la misma filosofía, lo cual conlleva que las diversas teorías morales y filosóficas comprehensivas tienen que renunciar a sus intentos de otorgar un fundamento de orden político a la sociedad. Rawls concluye que la anhelada congruencia entre lo justo y lo bueno, entre lo razonable y lo racional, no se conseguirá.

Con las nuevas propuestas que vienen a modificar en forma importante su teoría anterior, el filósofo norteamericano procura sostener la viabilidad de transformar su teoría de la justicia como imparcialidad en una concepción justificable públicamente y susceptible de conseguir en forma plena su propio apoyo. El Rawls de *Liberalismo Político* nos presenta su teoría como una concepción moral y no política de la justicia. Esto no quiere decir que sea totalmente diferente o contraria a una concepción moral. Simplemente estamos ante una concepción referida a la estructura básica de la sociedad sin comprender ideales de vida o normas que se apliquen a nuestras acciones individuales. Respecto al sujeto de que se ocupa, es una concepción considerablemente menos amplia. La concepción política de la justicia es una concepción moral referida a las instituciones sociales, políticas y económicas, y por tanto aplicable a un sujeto mucho más específico.

Uno de los cambios más relevantes dirigidos a otorgar estabilidad a la teoría, es la apelación a un "consenso superpuesto" (*overlaping consensus*) orientado a posibilitar que concepciones comprehensivas razonables y opuestas logren ciertos acuerdos básicos. El consenso superpuesto alude a un acuerdo entre individuos razonables que únicamente adhieren a doctrinas abarcativas también razonables. Y solamente podemos estimar que se ha alcanzado ese acuerdo en caso que las personas acepten de manera general la concepción de justicia, otorgando contenido a sus juicios políticos referentes a las instituciones básicas, y simultáneamente las doctrinas comprehensivas irrazonables no conciten respaldo bastante para vulnerar la justicia esencial de la sociedad. De este modo, tomando en cuenta el pluralismo razonable, el consenso superpuesto representa

la única vía para posibilitar al sujeto la adhesión a la concepción pública de justicia, desde su concepción particular del bien. Este consenso se consigue siempre y cuando la concepción pública de justicia sea vista por todos como razonable o incluso verdadera. El consenso superpuesto defendido por Rawls constituye una manifestación de la denominada razón pública que comparte la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, la noción de razón pública cobra una particular relevancia para los nuevos planteamientos rawlsianos, al justificar la forma en que es factible una constitución estable y justa en el marco de una sociedad plural. A pesar de lo dicho, esta innovación no alcanza ribetes tan trascendentales como la idea de un consenso superpuesto.

Los intentos por lograr la estabilidad de su teoría han conducido a nuestro autor a desprenderse de los aspectos más igualitarios de ésta. Esta significativa diferencia entre ambas obras ha sido criticada por muchos autores, y el mismo Rawls ha reconocido que en *Liberalismo Político* hay una renuncia al segundo principio de justicia: el igualitario principio de diferencia.

Como se ha dicho, uno de los aspectos más criticados de la nueva propuesta teórica rawlsiana es su gran preocupación por conseguir la estabilidad de la concepción política de justicia. En pocas palabras, ya formulada la teoría de la justicia, ésta debe someterse a un test de estabilidad. En caso de concluirse que carece de la suficiente estabilidad, la concepción política de la justicia debe revisarse. Esto difiere de lo expresado en *Teoría de la Justicia*, ya que la validez de la teoría no dependía de conseguir la adhesión de las concepciones de bien de las personas, esto es, se calificaba como irrazonables las concepciones de bien que resultasen incompatibles con la teoría expuesta. En cambio, en *Liberalismo Político*, la validez de la teoría depende de su estabilidad, constituyendo esto una opción teórica especialmente polémica.

Al relacionar las ideas presentadas en estas dos obras rawlsianas, no es fácil llegar a conclusiones claras. Desde una perspectiva, es posible adherir a las razones en pos de una concepción puramente política del liberalismo y descartar la teoría de la justicia como imparcialidad, por estimar que no es suficientemente estable. Desde otro ángulo, es factible aceptar lo fundamental de la teoría de la justicia como imparcialidad, sin seguir el paso de Rawls a la política, debido a que le quitaría solidez a la justificación de la propuesta. En consecuencia, hay partidarios del último Rawls que son firmes detractores del primero, en cambio hay quienes defienden al primero sin adherir al segundo. Y esto, a pesar que el propio autor plantea que ambas obras son válidas igualmente y que una se apoya en la otra.

El filósofo de Harvard estima que *Liberalismo Político* no es un simple sucedáneo de la teoría específica del bien presentada en *Teoría de la Justicia*, sino que se trata de una concepción general. Según él, *"la teoría de la justicia como equidad no es sino un ejemplo de una concepción política liberal, cuyo contenido específico no es un resumen de ese punto de vista"*.[19] Es posible concordar con la clase de liberalismo defendida por Rawls sin aceptar su contenido, y el mismo Rawls cree que eso no se puede evitar y hasta es deseable que ocurra de esta manera. Pero para sostener que una teoría es una concepción política liberal, deberá presentar ciertos aspectos esenciales comunes con la teoría de la justicia como imparcialidad. Por otro lado, es en lo referente a los temas de la distribución en los que los adherentes del liberalismo político tienen mayores desavenencias. Rawls está convencido de que su *Liberalismo Político* brinda una fundamentación y una comprensión más cabal de la teoría específica formulada el año 1971.

No obstante la argumentación difícil y compleja de *Liberalismo Político*, los aspectos centrales son sencillos: *"Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas racionales y razonables, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados"*.[20] Puesto que es posible disentir respecto a la verdad de doctrinas filosóficas, morales o religiosas completas, el uso del poder estatal que se justifique en alguna de dichas doctrinas vulnera el principio de legitimidad. Por ende, exclusivamente se debe recurrir a razones públicas (esto es, ideas y valores compartidos o que puedan compartir todos, no obstante sus otros desacuerdos más profundos) que fundamenten la justificación pública; ellas se hallarán en la cultura política pública, que comprende la consideración de la sociedad como un equitativo sistema de cooperación entre ciudadanos libres e iguales, en el transcurso del tiempo.

Ya que una de las condiciones indispensables que justifican una concepción política es la estabilidad en su acepción liberal, es relevante que los sujetos que se formen bajo sus instituciones tengan la disposición de sujetarse a ellas y que pueda ser el núcleo de "un consenso por superposición de las doctrinas completas razonables que probablemente persistirán a lo largo del tiempo (en lugar de entrar en conflicto con ellas)".[21]

[19] Rawls, John. *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 226. (Ver ed. inglesa).
[20] Mullhall, Stephen, y Swift, Adam. *"El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas"*. Editorial Temas de Hoy. Madrid, 1996, p. 253.
[21] Ibídem, p. 254.

1.4 La propuesta alternativa del comunitarismo

El comunitarismo es una corriente filosófica que surge en los años ochenta, como una reacción al liberalismo, especialmente al liberalismo igualitario. Pero esta pugna ideológica no es nueva, puesto que ya la encontramos en el enfrentamiento entre las posturas "kantianas" y "hegelianas". En gran parte, la corriente comunitarista asume la crítica hegeliana a Kant, al dar preeminencia a los vínculos comunitarios, prefiriendo las obligaciones contingentes que se derivan por la pertenencia a una comunidad, por sobre las obligaciones de carácter universal. Hegel planteaba que la realización plena del hombre se lograba por medio de la integración más completa de los individuos en la comunidad, no valorando, como Kant, el ideal de un sujeto autónomo.

Como ya se ha reseñado, el liberalismo rawlsiano no ha pasado inadvertido, generando encendidas polémicas, muchas de ellas provienen del frente comunitarista, con pensadores como A. MacIntyre, M. J. Sandel, Ch. Taylor. Ellos afirman que no es factible formular un planteamiento ético-político que no se fundamente en la tradición de la polis. Estos autores aspiran a demostrar que los postulados claves del liberalismo (prioridad de lo justo sobre lo bueno, pluralidad de concepciones del bien, defensa de los derechos básicos del individuo) no son compatibles con la urgencia del establecimiento prioritario de una concepción abarcativa del bien, que tenga como centro la comunidad estimada como bien básico, imprescindible para justificar principios prácticos de carácter general y que represente el fin último de la vida buena.

Para los comunitaristas, el liberalismo no formula una concepción correcta de lo humano, pues olvida que estamos determinados por compromisos y valores comunitarios que no elegimos libremente; por otra parte, se equivoca al no considerar a la comunidad como un factor crucial en la constitución de la vida buena, ignorando la importancia de que cada individuo participe en la comunidad política como un objetivo primordial para la consecución del ideal de vida y sociedad buenas. En síntesis, los presupuestos metodológicos compartidos por los partidarios del comunitarismo en su crítica al liberalismo, son: *"...La prioridad de las nociones de bien sobre los acuerdos de justicia, la crítica al yo sin atributos del pensamiento atomista liberal y la inevitabilidad de los determinantes contextuales e históricos, en forma de valores comunitarios y tradiciones"*.[22]

A pesar que estos postulados comunes nos permiten calificar el comunitarismo, no podemos desconocer que existen importantes diferencias entre las posturas

[22] González Altable, María Pilar. "Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: Una Concepción Política del Bien)", Doxa 17-18 (1995), Universidad de Alicante, p. 126. El artículo de la profesora González Altable contiene una excelente exposición sobre el debate entre liberales y comunitaristas, el cual ha contribuido en parte a este acápite.

que admiten tal calificativo. Así, por ejemplo, nos encontramos con fórmulas de corte conservador y neoaristotélico (MacIntyre, Bellah, Sandel) y con otras posiciones más bien renovadoras y neohegelianas (Walser y Taylor).

Es conveniente subrayar que las críticas planteadas por la vertiente comunitarista han representado un serio desafío al proyecto normativo de la modernidad propuesto por el liberalismo contemporáneo, pero sin embargo no han acertado totalmente al analizar la concepción liberal rawlsiana que ha hecho suyas algunas de las ideas comunitaristas, sin dejar de lado sus tesis fundamentales como la tolerancia, el pluralismo, la defensa de los derechos individuales y de la libertad. Asimismo, la defensa del individuo por parte del liberalismo, como ha afirmado J. Raz, no implica un rechazo a la relevancia de la comunidad, pues la libertad individual se basa en que la conciencia de la individualidad se manifiesta justamente en una manera configurada por los usos sociales y por medio de su capacidad y tendencia a relacionarse con el resto de los individuos, lo cual exige reconocer a éstos como individuos libres y autónomos.

En el pensamiento comunitarista, la idea de justicia se encuentra vinculada a la idea de bien, presentando una manifiesta prevalencia de la racionalidad teleológica para comprender las cuestiones prácticas.

El carácter inconciliable de las posturas comunitarista y liberalista se hace patente al reflexionar en torno a la legitimidad y no únicamente la moralidad de comportamientos que la mayoría social no comparte o que estiman como una amenaza a la supervivencia moral de la comunidad, y en qué casos dicha comunidad pretende estar legitimada para la persecución y castigo de esas acciones. En esas situaciones, los partidarios del comunitarismo descartan que los poderes públicos adopten una posición neutral ante tales conductas e instarán por una activa vigilancia de las mismas con el propósito de defender la moral de la mayoría. Como señala C. Thiebaut: *"conforme el debate comunitarismo-liberalismo se ha ido realizando y progresando ha dejado de ser teórico para tener cada vez más un alcance político. La tensión teórica entre universalidad y particularidad que poseía al principio un carácter epistémico se presenta ahora como tensión política. Ello se debe fundamentalmente a que la reconstrucción liberal rawlsiana y su crítica comunitarista no se entienden ya como posturas enfrentadas sobre la fundamentación de los principios éticos, sino como interpretaciones diferentes de los límites de las sociedades democráticas"*.[23]

Para comunitaristas como MacIntyre y Sandel, la justicia representa únicamente un remedio necesario cuando la comunidad (la virtud suprema) ha sido vulnerada; por ende, rechazan el liberalismo político rawlsiano que estima a la justicia

[23] Ibídem.

como la virtud más importante de las instituciones sociales. Según Walser, el principio legitimador de lo justo lo encontramos en el sentido o significado social, y los significados sociales tienen un carácter histórico. De este modo, las distribuciones justas e injustas difieren en el tiempo, y por ser los significados distintos, debe optarse por la autonomía de las distribuciones. Cada bien o conjunto de bienes sociales representa un ámbito de distribución en el cual tan sólo son apropiados determinados criterios y acuerdos.

La comunidad política es el medio más apto para la consecución de esta meta. La comunidad es considerada un bien en sí misma, inclusive se trata del más importante bien que se distribuye y es lo que más se aproxima a un mundo de significados comunes. La historia, la cultura y el lenguaje contribuyen a configurar una conciencia colectiva. La humanidad es la única opción válida frente a la comunidad política. Así, la comunidad política, la común conciencia colectiva, constituye el principio legitimador de lo justo, y a pesar que Walser sea un defensor de la diferenciación y el pluralismo, la comunidad política los limitará conforme a la comprensión del bien social que ella posee. En consecuencia, Walser continúa preso del holismo ontológico que caracteriza las posiciones comunitaristas, tan distinto al liberalismo moderno.

Tal valoración de la comunidad la encontramos además en los autores de *Habits of the Heart*, quienes estiman que la sociedad liberal tiene una profunda estructura comunitarista, la cual no es reconocida por los liberalistas, quienes deforman la realidad. *"La retórica del liberalismo limita nuestra comprensión de nuestros propios hábitos del corazón y no nos da ningún camino para formular las convicciones o creencias que nos mantienen juntos como personas y que nos vinculan juntos en una comunidad"*.[24]

Uno de los planteamientos críticos formulados por gran parte de los pensadores comunitaristas recae sobre la defensa efectuada por el liberalismo de la neutralidad estatal ante las diversas concepciones del bien, lo cual se encuentra estrechamente unido al reconocimiento y defensa del pluralismo como un requisito de existencia de las contemporáneas sociedades democráticas. En consecuencia, el respeto de la libertad individual implica asumir que una arista relevante de ese valor abarca la libertad de los sujetos para formar parte de diversas agrupaciones con sus creencias y prácticas propias, además de la posibilidad de esas agrupaciones para surgir; por ende, el liberalismo no excluye la comunidad y valora su importancia. Una manifestación de ello en la filosofía ralwsiana la encontramos en la justificación de la política liberal sobre unos fundamentos normativos que comprenden además de la autonomía del

[24] González Altable, María Pilar. *"Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: Una Concepción Política del Bien)"*, p. 129.

individuo, su *well-being*, reconociendo como elemento del mismo su participación en la comunidad y el éxito en la búsqueda de fines comunes.

En resumen, los derechos individuales han contribuido a que surjan nuevas comunidades y a establecer una racional relación entre ellas, siendo la más efectiva defensa frente al totalitarismo. Así para autores como Allen Buchanan y John Tomasi, los derechos a la libertad de expresión, asociación y religión defendidos por el liberalismo han permitido históricamente oponerse a los intentos por vulnerar el surgimiento y desarrollo de diversas comunidades al interior de un Estado-Nación. Es por ello que la defensa liberal de los derechos individuales no representa un obstáculo, sino más bien un impulso al florecimiento de la comunidad.

Por otra parte, los comunitaristas han obviado que la justicia no es un mero remedio, sino una condicio sine qua non para llegar a una comunidad libre y plural en que los individuos colaboren para proteger y desarrollar los bienes básicos aceptados como tales por medio de un consenso por solapamiento. Así, autores como Sandel no han considerado en su crítica a Rawls que la justicia pretende regular la distribución igual de la libertad y el resto de los bienes básicos. En este sentido, podemos comprender la propuesta rawlsiana de neutralidad estatal con respecto a las diversas concepciones de bien, neutralidad de procedimiento e intención, y no de efecto e influencia, la cual es descartada por ser impracticable (Precisamente, el comunitarismo criticaba la neutralidad rawlsiana por irrealizable).

1.5 La literatura en torno a Rawls. Su recepción en Hispanoamérica. La traducción española de *Teoría de la Justicia.*

El año 1979 se publica, por el Fondo de Cultura Económica, la versión española de *A Theory of Justice*, bajo el título *Teoría de la Justicia*, traducida por María Dolores González, después de ocho años de la edición original. Esta versión española no está a la altura de la importancia que ha cobrado la obra fundamental de Rawls, pues adolece de graves defectos: es inexacta, tremendamente deficiente, se atiene en exceso a la construcción gramatical inglesa, tornándose a ratos ininteligible. Tan sólo es necesario cotejar superficial y rápidamente la traducción con el texto original, para percatarse de ello y hallar fuertes motivos de desacuerdo. Los errores son considerables y no siempre son fáciles de detectar aun realizando un examen detenido.

Hubiera sido deseable que se tratase únicamente de una versión provisional, pero habiendo transcurrido ya casi treinta años, no se ha publicado una nueva traducción, lo que lamentablemente ha afectado la recepción, divulgación y crítica de la teoría rawlsiana en lengua castellana; tampoco parece haber interés en el ámbito editorial por solucionar este inconveniente.

Debido a lo anterior, es recomendable y hasta imprescindible que el lector de Rawls que quiera comprender acertadamente su pensamiento, lea directamente el original en inglés, o al menos lo tenga a la vista, para superar los obstáculos que la defectuosa traducción le formula, como si no tuviésemos ya bastante con las dificultades que plantea la argumentación del filósofo de Harvard.[25]

Pero los problemas no terminan ahí, la traducción castellana no se sujeta al texto del original inglés publicado por Oxford University Press en 1973 (reimpreso en 1976), particularmente a partir de las páginas 178 y siguientes, y de las páginas 589 y siguientes. En la edición de 1973 se hace alusión a una primera edición del año 1972, reproduciendo el prólogo que Rawls redactó para ella en el mes de agosto de 1971, sin dejar constancia de modificación alguna en el texto. Ni los editores ni la traductora hicieron constar la razón de las discrepancias entre el texto original y la versión castellana, lo cual constituye una seria irresponsabilidad.

Luego de una ardua pesquisa más propia de un detective, la profesora de la Universidad de Santiago de Compostela María José Agra, consiguió resolver el enigma, gracias a la "buena disposición" de la Editorial Fondo de Cultura Económica. Las numerosas modificaciones que presenta el texto en castellano fueron introducidas por el propio Rawls al revisar su obra, sin embargo, resulta inexplicable que ello no se hubiera hecho explícito desde un comienzo. (A pesar de ser más que considerables: al margen de la inapropiada traducción de ciertos términos y conceptos, nos encontramos con textos que no corresponden, ampliaciones y supresiones de líneas y párrafos completos, discordancias en las notas a pie de página, etc.).

Sobre este punto, es importante mencionar que las correcciones efectuadas por Rawls recaen fundamentalmente sobre 126 páginas incluidas en 27 de los 87 parágrafos que integran la obra en su totalidad; la mayor parte de ellos (19) se concentran en los tres primeros capítulos, que corresponden a la primera parte del libro que trata de su teoría. En lo que concierne a la segunda parte, seis parágrafos sufren modificaciones, y en la tercera parte sólo se revisa el parágrafo 82. Prácticamente todos los parágrafos modificados, excepto seis o siete, consignan las ideas intuitivas fundamentales de la teoría ralwsiana, lo cual es muy sugerente. Por otra parte, en no pocos casos se trata de revisiones estilísticas y precisión o matización de términos.

[25] Así, la profesora María José Agra Romero expresaba en su artículo dedicado al tema: "Por otra parte, rogaría a la editorial que revisase la traducción e hiciese las correcciones pertinentes a la mayor brevedad posible, pues de lo contrario y a un lector que no conozca el inglés esta traducción de *A Theory of Justice* de poco le servirá, y en bastantes ocasiones le confundirá. Además, realmente es penoso que después de once años de la aparición de la obra de Rawls no se disponga de una versión castellana más apropiada". *¿Es la versión castellana de A Theory of Justice de J. Rawls una versión modificada?* Teorema, vol. XIII/ 1-2 (1983), Valencia, pp. 273-283.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir la necesidad de llevar a cabo un análisis exhaustivo de estas modificaciones, en relación con los escritos posteriores y las críticas formuladas a la teoría, con el propósito de lograr una mejor comprensión de los planteamientos rawlsianos y sus revisiones. En una valoración preliminar de las modificaciones efectuadas por nuestro autor en la versión española de su obra clave se evidencia un intento por alcanzar mayor claridad y matizar algunas ideas.

Retornando ahora a los problemas que presenta la edición española de la *Teoría de la Justicia*, la seria imprecisión al traducir múltiples términos y frases lleva en no pocos casos a alterar el sentido del pensamiento rawlsiano. En lo referente a las supresiones que contiene esta versión con relación al original, son frecuentes las que afectan a una o dos líneas, pero también las hay más considerables que afectan a párrafos enteros. Algunas de ellas no son relevantes, ya que corresponden a reiteraciones de ideas ya expresadas o anticipos de otras que se desarrollarán más avanzada la obra; otras, por el contrario, deben analizarse con detención. Por si no fuera suficiente, en la versión castellana se optó por eliminar el índice de autores y materias que contenía la edición en inglés. De esta manera, se omite gratuitamente una herramienta indispensable para aprehender acertadamente la obra de Rawls, haciendo aun más difícil penetrar en sus argumentos y complicando la discusión a que da lugar.

Entre los errores manifiestos que contiene la traducción, es posible mencionar los siguientes: *"una vez renovado el velo de la ignorancia"* (pág. 169) en vez de *"una vez removido el velo de la ignorancia"*, *"poderes morales"* (pág. 70) en lugar de *"facultades morales"*, *"convenientemente decidida"* (pág. 288) en reemplazo de *"convenientemente definida"*, *"la expresión más adecuada de su naturaleza de ser libre y racional"* (pág. 288) en lugar de *"la expresión más adecuada de su naturaleza como ser racional igual y libre"*, y un largo etcétera.[26] Quizá una corrección de pruebas más detenida y atenta hubiera evitado muchas de estas imprecisiones así como la supresión de términos, líneas y párrafos importantes (págs. 165, 178, 209, 286, etc.). Obviemos la traducción que se hace de *"fair opportunity"* por *"igualdad de oportunidades equitativas"* (pág. 87), para detenernos en otra: *"justa igualdad de oportunidades"*. El significado de "fair" es claramente impreciso, por lo cual es mejor encontrar en cada situación la traducción que resulte más apropiada, entonces no es un acierto traducir "fair" como "justo", si se trata de que una "efectiva" igualdad de oportunidades, por sobre la mera igualdad formal, es importante para elegir los principios de justicia. Recurrir a los términos "justo" y "justicia" en razonamientos que son

[26] Para una reseña interesante y completa sobre este punto, ver el artículo de Jiménez Redondo M. *"A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls, A Theory of Justice"*. Teorema 11, n 2-3 (1981) 231-239. Revista editada por el Instituto de Lógica y Metodología de la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la Universidad de Valencia. Allí se contienen, entre otros, los ejemplos citados.

lógicamente previos a la elección de los principios únicamente lleva a la confusión y al desconcierto. Hablar de la justicia como "*fairness*" o de la poesía como metáfora, precisa Rawls, no implica estimar sinónimos a "*justice*" y "*fairness*" ni a "poesía" y "metáfora", por lo que se debe evitar el reemplazo de "metáfora" por "poesía" en argumentaciones en las cuales se insta por considerar la poesía como metáfora. Por otra parte, no es erróneo traducir "*condition of finality*" como condición de definitividad, aunque luego de haber optado por esa alternativa hubiera sido mejor mantenerla y no cambiarla por "*condición de finalidad*" (pág. 204), cuando aparece nuevamente esa expresión en el texto, pues nos encontramos con una expresión distinta, oscura y de difícil definición, que puede conducir a equívocos.

Analizando, a continuación, sucintamente la recepción de la teoría ralwsiana en Hispanoamérica, podemos constatar que en un comienzo los esfuerzos de los estudiosos del filósofo norteamericano se centraron en divulgar su obra y las críticas que había provocado. Este propósito en mayor o menor medida se ha alcanzado, y los lectores hispanohablantes cuentan con posibilidades para conocer sus planteamientos. Luego, los autores comienzan a recurrir a la obra de Rawls como un estímulo para desarrollar sus propias ideas, no limitándose a reproducir los postulados fundamentales de la teoría de la justicia.

Después de la traducción de *A Theory of Justice*, principalmente los profesores de filosofía moral y de filosofía del derecho comienzan a publicar variados estudios en torno a esta obra en España.[27] Entre los más destacados podemos citar: "J. Rawls: El Sentido de la Justicia en una Sociedad Democrática", de María José Agra (Santiago de Compostela, 1985); "La Teoría de la Justicia en John Rawls", de Jesús Martínez García (Madrid, 1985); "Contrato Social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls," de Juan Manuel Pérez Bermejo (Granada, 1997); "John Rawls. Una Concepción Política y Liberal de la Justicia", por María Pilar González Altable (Valencia, 1993); "Fundamentos, Análisis y Crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls", de María Dolores González Soler, la traductora al español de *A Theory of Justice* (Madrid, 1985), entre otros. A lo cual se suman numerosos artículos publicados en revistas especializadas en economía, derecho, sociología y filosofía moral, además de estudios monográficos dedicados además a otros autores críticos de Rawls, entre estos últimos: "Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan", de Fernando Vallespín Oña (Madrid, 1985); "Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política", de Roberto Gargarella (Barcelona, 1999); "Paradigmas de la Política. Del Estado justo al Estado legítimo...", de José Rubio Carracedo (Barcelona, 1990).

[27] Para un análisis detallado, ver Martínez García, Jesús. *"La Recepción de Rawls en España"*. Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo III, Madrid, 1986, pp. 610-632.

En menos de diez años, los autores de habla hispana, a pesar de una relativa y justificada demora, han ido acercándose a la preocupación que Rawls ha generado en otros lugares como Alemania e Italia, dejando atrás la etapa inicial que se caracterizó por alusiones de carácter esporádico y vacilante. Además de España, merecen mencionarse los estudios llevados a cabo principalmente en México, Colombia y Argentina.

En Chile, los trabajos dedicados a Rawls son mucho menos numerosos (principalmente se trata de artículos en publicaciones periódicas y tesis de pregrado), entre ellos es posible mencionar: "La Teoría de la Justicia de John Rawls", del profesor Dr. Miguel Da Costa Leiva (Cuadernos de Filosofía N° 15-1997 y N° 16-1998. Universidad de Concepción); "Para los que no han leído a Rawls", de Carlos Peña González (Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11-1993); "La prioridad del derecho sobre el concepto moral del bien en la Teoría de la Justicia de John Rawls", de Pablo Ruiz-Tagle Vial (Estudios Públicos N° 35-1989); "Aspectos Jurídicos de la Teoría de la Justicia de John Rawls", de Sergio Muñoz Cartes (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, 1993); "Algunos problemas metodológicos en la justificación de los principios de justicia en la Teoría de la Justicia de John Rawls", de Daniel Hans Loewe Henny (Tesis para optar al grado de Licenciado en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994); "La justicia social de John Rawls: una discusión", de Andrés Burr Ortúzar (Tesis para optar al grado de Licenciado en Sociología por la Universidad de Chile, Santiago, 2003). Además, la Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso ha publicado un número monográfico dedicado a Rawls.

A causa de las repercusiones que ha tenido el pensamiento rawlsiano en diversas áreas del conocimiento, se ha producido una dispersión bibliográfica, la cual dificulta un poco enterarse de todo lo que se publica en torno a él.[28]

Entre algunas publicaciones posteriores, encontramos: "John Rawls y la Justicia Distributiva", de Pablo da Silveira (2003); "Igualdad y Justicia. La Propuesta de Justicia Distributiva de Sócrates en Rawls", de Gustavo Pereira (2001); "Rawls, On", de Robert B. Talisse (2001); "John Rawls y la Teoría de la Justicia", de Jacques Bidet (2000); "Solidaridad Liberal. La Propuesta de John Rawls", de Emilio Martínez Navarro (1999).

Como es posible constatar, el interés por Rawls sigue vivo y se ha renovado con motivo de su fallecimiento en 2002, aunque siempre con un talante más bien crítico.

[28] Para una reseña de las obras críticas a Rawls, ver González Soler, María Dolores. *Fundamentos, Análisis y Crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 333 y sgtes. La bibliografía en inglés es tan numerosa y variada que no habría espacio para enumerarla; en todo caso, las reseñas son de fácil acceso.

Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común

Raúl F. Campusano Droguett
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Pablo A. Romero Zurbuchen
Licenciado en Derecho
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

1. Introducción

La finalidad de este artículo es proponer una reflexión sobre la viabilidad, conveniencia y eventual inevitabilidad de integrar los postulados del derecho común (también conocido como anglosajón) en la matriz jurídica nacional. Para ello, se hará una breve revisión de los principios e instituciones básicas de esta familia del derecho y de la familia del derecho civil (o derecho continental, como también se le conoce) que es la que informa hasta hoy el ordenamiento jurídico chileno y que tiene como antecedente directo para nosotros el derecho español colonial.

Existe una discusión de larga data sobre las virtudes y problemas de cada una de estas dos familias jurídicas europeas y los autores de estas líneas tienen presente tal discusión. Sin embargo, más atingente a la intención del artículo es observar un fenómeno derivado de los procesos de globalización y es que el derecho de la mencionada globalización pareciera ser el derecho común y no el derecho civil. También es relevante observar que la misma globalización ha provocado la difusión de otras familias jurídicas no europeas y que están cobrando cada día más relevancia en el contexto global.[1]

La idea que está detrás de este artículo es que Chile debiera reflexionar sobre la conveniencia de integrar los principios e instituciones del derecho común en su ordenamiento jurídico para equipar así de mejor manera al país para hacer

[1] Por ejemplo, el creciente aumento de la relevancia de China en el contexto mundial ha vuelto la mirada hacia esa cultura, su historia, su política y, por cierto, su derecho. Sobre la búsqueda de aportes al derecho de familias jurídicas no europeas pueden verse los trabajos académicos y jurisprudenciales del juez de la Corte Internacional de Justicia Weeramantry.

frente a los desafíos del siglo XXI. Esta opción sería consistente con su apertura comercial internacional, con su inserción en la globalización, con una concepción moderna de estado de derecho y con una aproximación hacia aquellos que han construido su derecho desde esa matriz jurídica. Esta idea también es consistente con la creciente y acelerada adopción del idioma inglés en Chile como forma de comunicación con el mundo.[2]

Por cierto, el tema propuesto es largo y complejo. En estas páginas no pretendemos agotar el tema ni, ciertamente, decir la última palabra, sino que buscamos generar interés por reflexionar y discutir sobre la materia.

Chile ha ingresado abiertamente al mundo globalizado y una de las expresiones más claras de tal ingreso es la numerosa y significativa firma de tratados de libre comercio con los países y bloques comerciales más importantes de los tiempos actuales. Tenemos libre comercio con Europa, Estados Unidos, China, Japón, Corea, Canadá, México y muchas otras naciones. Es interesante observar que el derecho que se construye en tales acuerdos está inspirado en el derecho común, especialmente en materias procedimentales y de resolución de conflictos. Más aún, en cada uno de estos acuerdos, Chile ha debido aprender y aceptar parte de la idiosincrasia del derecho del Estado con el que negociaba y firmada el acuerdo respectivo.[3]

Los países en desarrollo han emprendido un esfuerzo importante para adaptar sus sistemas jurídicos a las necesidades globales (la protección de los derechos humanos, el resguardo del medio ambiente, la apertura comercial, entre otros) y tienen como modelos principalmente al *Common Law* y al derecho continental. Los países emergentes del sudeste asiático han desarrollado sistemas jurídicos

[2] No cabe duda que el inglés es el idioma dominante en esta etapa de la historia y mientras Chile sea más capaz de expresarse en ese idioma, más fácil será su proceso de inserción en los temas globales y de futuro. En este sentido, hemos estimado pertinente no traducir al español algunos conceptos en inglés, latín y francés. La idea es doble, por una parte subrayar la idea de que la comunidad académica nacional debiera dominar el idioma inglés y tener, al menos, rudimentos de comprensión lectora de latín y francés. En segundo lugar, se busca resaltar la idea de la importancia del lenguaje y más aún, del multilenguaje en el mundo contemporáneo, esto es, poder hablar los lenguajes de los otros y lo difícil que es hacer universidad desde el monolenguaje. Sabemos que es provocador (al menos en Chile, ciertamente no en Holanda) y queremos generar reflexión y debate sobre el particular.

[3] Sobre el tema de tratados de libre comercio con países con una tradición jurídica diferente de la europea ver los artículos de Raúl F. Campusano: 1. "El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Francisco Carvajal. Año VI, volumen 11, enero 2005. 2. "Prevención y Solución de Conflictos Ambientales en la Región Asia Pacífico en el Contexto APEC". En *Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas*. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Diciembre 2004. 3. "El Ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Eduardo Silva. Año V, volumen 10, julio 2004. 4. "El Ascenso Económico de China y sus Actuales Desafíos". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Eduardo Silva. Año V, volumen 9, enero 2004.

mixtos que les han permitido conciliar sus culturas y tradiciones ancestrales con elementos occidentales. Sorprendente es el caso de China, que concilia un sistema político comunista, libre mercado y apertura comercial, e instituciones tradicionales fuertemente imbuidas en el confucionismo. Sin embargo, lo más sorprendente de este fenómeno es que estos países no son los únicos en aportar elementos exógenos a sus ordenamientos jurídicos. Tanto Francia, como Inglaterra y Estados Unidos revisan constantemente las fisuras de sus ordenamientos y buscan respuestas en el de sus vecinos. En cierta medida se observa una aproximación entre sistemas jurídicos aparentemente inconciliables. ¿Qué causa el diálogo entre las "familias del derecho"?

Una primera observación que ponemos para la observación es determinar si la globalización genera efectos en el derecho y cuáles serían estos efectos. Pensamos que la globalización está generando una nueva forma de hacer, aplicar y entender el derecho y que se están produciendo dos fenómenos interesantes que parecieran ser incompatibles y que, sin embargo, no lo son. Por una parte, el sistema jurídico del derecho común se está convirtiendo en el derecho de la globalización, en la lengua franca de las relaciones jurídicas internacionales, en la forma de expresión técnica del *ius gentium* actual. Por otra parte, la globalización también está permitiendo la expresión global, la difusión y la aplicación de otras familias del derecho y especialmente de aquellas que no tiene su origen en Europa. Estamos pensando en la familia jurídica china, en la india, y en la islámica. Cada una de ellas se está haciendo oír hoy más que ayer y está siendo relevante más allá de sus fronteras tradicionales y naturales.

En el contexto de lo señalado, cabe preguntarse si hay un espacio para Chile en estos fenómenos, o presentado de una forma diferente, si en el contexto globalizado actual basta con salir al mundo vestidos con nuestro derecho posthispano de ex colonia europea. En este contexto, es interesante observar el caso japonés, que ha sabido mantener su tradición jurídica milenaria, pero que también supo integrar lo mejor del derecho alemán y francés, y luego del derecho norteamericano. Sería difícil acusar a Japón de falta de identidad nacional, y sin embargo, allí está un proceso claro de mantención de la tradición con apertura a la adopción de las formas jurídicas que le permitieron ser un actor relevante en el mundo contemporáneo. Proponemos que esta es la reflexión que debe hacerse Chile y, por cierto, confesamos nuestra simpatía y apertura al cambio.[4]

[4] De hecho, como lo señala Raúl F. Campusano en el texto que presentó en las Jornadas de Derecho Público de 2007, en la Universidad Católica de Valparaíso, hay una nota de pie de página que dice lo siguiente: "Virginia Postrel es quien quizás de mejor manera ha sabido postular la dicotomía entre aquellos que temen y aquellos que abrazan el cambio. A los primeros los llama "stasists" y a los segundos los llama "dynamists". Dice Postrel que "stasists reclaman al miedo como aliado: miedo al cambio, miedo a lo desconocido, miedo a que aquellas rutinas cómodas sean transformadas en confusión.

2. Las familias jurídicas

¿Cuál es la razón para interesarse en el derecho de un país extranjero? Antaño esa pregunta podía presentar una respuesta simplemente legislativa: el derecho comparado constituye una fuente de inspiración para los legisladores.

La necesidad científica del derecho comparado lleva a distinguir distintos grupos, tradiciones, culturas o *familias jurídicas*. Empero, dicho esfuerzo taxonómico es fundamentalmente secundario, y sobre todo tributario a las finalidades y objetivos del derecho comparado. Se busca entregar sentido y orden a la masa de sistemas jurídicos para efectos de facilitar el trabajo de los comparatistas.

La *teoría de las familias jurídicas* busca responder a ciertas preguntas fundamentales. ¿Es posible dividir el vasto número de sistemas jurídicos en unos pocos grupos generales? ¿Cómo determinar la composición de estos grupos? ¿Cómo saber si determinado sistema legal pertenece a éste o aquel grupo?[5]

Los autores han propuestos varios criterios y elementos para generar dichos grupos. Arminjon, Nolde y Wolff propusieron estudiar la *sustancia* de los sistemas jurídicos prescindiendo de los elementos exógenos. Por su parte Esmein considera una clasificación a partir del escrutinio de las fuentes históricas, así como del estudio de la estructura general, y de las características principales de cada uno de los sistemas. Por su parte, René David[6] consideró exclusivamente dos elementos, a saber, la ideología[7] y la técnica jurídica. Por último Zweigert recurre a los *factores de estilo* para proponer una clasificación: "según nuestra perspectiva, el aspecto decisivo de los sistemas jurídicos lo constituyen sus

Ellos prometen hacer el mundo seguro y predecible, si tan solo les permitimos diseñar el futuro, si tan solo ellos pudieran imponer sus planificaciones uniformes. Estas promesas pueden ser falsas, pero son atractivas. El futuro abierto puede ser realmente atemorizante, y la agitación que crea, genuinamente dolorosa... en su tarea de estabilidad los stasists hacen que la sociedad sea frágil, vulnerable a toda clase de desastres. Ellos no consideran importantes conocimientos, el conocimiento específico a través del cual cada uno de nosotros arma su vida. Ellos desprecian placeres que no son propios, mejoras que no concibieron. Ellos encierran a los individuos en límites de angostas categorías, bloqueando oportunidades y autodefiniciones. Son atemorizadoramente intolerantes". Por su parte, los dynamists se mueven en los bordes, en las fronteras y este moverse en las fronteras se encuentra asegurado desde el amor: "el amor al conocimiento, el amor a la exploración, el amor a la aventura, y, tanto como lo anterior, amor a los pequeños sueños, a las texturas de la vida". Postrel nos recuerda también la frase de Hayek que dice que "es en el proceso de aprender, en los efectos de haber aprendido algo nuevo, que el ser humano disfruta el don de su inteligencia. Es en la curiosidad, en resolver problemas, y en jugar que descubrimos quienes somos". Postrel, Virginia. *The Future and its Enemies: The Growing Conflict Over Creativity, Enterprise, and Progress*. Free Press, New York, 1992.

[5] ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tercera Edición. México. Oxford University Press, 2002, pág. 71.

[6] Véase ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit., págs. 71 a 75.

[7] Entiende por ideología el producto de la religión, de la filosofía, o de la estructura política, económica o social.

estilos, en virtud de que los estilos de los sistemas jurídicos y de los grupos compuestos por éstos son los que definen sus diferencias".[8]

Es menester reconocer que cada uno de los criterios propuestos enfatiza, en una forma u otra, ciertos elementos que según su punto de vista constituyen el quid de la esencia de cada sistema. Empero, las distintas clasificaciones tienden a coincidir en diversos aspectos, esbozando de esa manera grupos coincidentes. Es por ello que zanjamos este problema metodológico, sobre todo teniendo en consideración que no constituye el eje fundamental del presente trabajo, simplemente presentando las familias jurídicas comúnmente aceptadas por la doctrina: 1. la familia romana; 2. la familia del *Common Law*; 3. la familia germana; 4. La familia nórdica; 5. La familia sínica; 6. La familia hindú; y finalmente, 7. La familia islámica.

Cada una de estas familia no constituye simplemente una masa de normas e instituciones jurídicas, sino el resultado emergente que deriva de una cultura determinada. Merryman en este sentido afirma que "la tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.

La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural".[9] Esta forma de entender los sistemas jurídicos nos permite considerar que existen usos sociales arraigados que le dan vida y sentido a los códigos, instituciones jurídicas y *case law*. Limitar una cultura a la suma de textos vigentes nos expone a inmensos contrasentidos, en tanto ese derecho dogmático pueda estar alejado de la realidad sociológica; se corre el riesgo de hacer un paralelo entre prácticas vivas y letras muertas. Para ello, se hace necesario salir del Derecho.

Sin perjuicio de los ribetes culturales implicados en los sistemas jurídicos, en Occidente han surgido dos modelos jurídicos que revisten pretensión universal.

[8] ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit., págs. 75-82.
[9] MERRYMAN, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Fondo de Cultura Económica, 1995. Pág. 17.

Entre ellos el sistema francés y el *Common Law*. Sylvain Solei[10] propone ciertas condiciones *sine qua non* para hablar de modelo jurídico. En primer lugar, un modelo jurídico es un sistema que forma un todo, es decir, un conjunto de postulados jurídicos, de mecanismos, instituciones peculiares y de jurisdicciones. Un conjunto que permite a los ojos de los juristas, esencialmente extranjeros, distinguirlo de los ostros sistemas jurídicos. He aquí la relevancia del derecho comparado que entrega las herramientas para agrupar distintos sistemas jurídicos en grandes familias. En segundo lugar, un sistema de una calidad tal que aparece como un sistema ejemplar, en otras palabras, un modelo de género. Desde este punto de vista, no cabe duda que el Código Civil de Napoleón, ícono del sistema jurídico francés, representó un ejemplo para la codificación posterior.[11] Luego, en tercer lugar, los juristas han de brindarle el apelativo de modelo. En otras palabras, han de considerar que es susceptible de ser reducido a sus características fundamentales y así transportarse e implantarse intacto en otras regiones.

Algunos sistemas jurídicos están tan ligados a su cultura que no son modélicos ni se pueden copiar. Por ejemplo, los usos y costumbres de los pueblos indígenas de Latinoamérica o los pueblos aborígenes de Oceanía. Por último, el cuarto requisito se refiere a un discurso que exalta el valor del sistema jurídico. A lo largo de la historia las grandes potencias europeas, por medio de la literatura o de la fuerza, han difundido el prestigio y la grandeza de su cultura, y por supuesto, de sus sistemas jurídicos. Sistemas jurídicos que, desde su punto de vista, son modernos y capaces de impartir justicia, seguridad en el tráfico comercial, así como paz social.

Sin embargo, las cosas cambian y hoy es posible observar el mundo y utilizar presupuestos de comprensión y sentido que no son necesariamente europeos. El mundo se ha vuelto más diverso y se están desenterrando ideas, valores, comprensiones, aproximaciones al conocimiento y a la praxis política que tienen su origen en múltiples geografías y culturas. Ciertamente, Europa sigue existiendo y seguirá existiendo y parece bueno que así sea. Pero ya no existirá sola en el mundo de las ideas y en el mundo de la acción jurídica y política.

[10] SOLEIL, Sylvain. "La Formación del Derecho Francés como modelo jurídico". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. [Online]. 2006. N° 28. [última visita: 05 de Junio de 2008]. Págs. 387-98. Disponible en la: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011-&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455.

[11] Véase para ilustrar este punto, GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

3. Francia como paradigma del derecho continental

La Asamblea Nacional Constituyente de Francia, por medio de una ley de 16 de agosto de 1790 (título II, artículo 19), dispuso: *"Il será fait un code général de lois simple, claire et appropiées à la constitution"*.[12] En términos formales, los criterios que delinearon la redacción del *Code Civil* fueron la simplicidad y claridad, así como la concordancia del espíritu entre el sistema político (la Constitución) y la legislación. Desde el punto de vista sustantivo, secularización, seguridad jurídica e individualismo fueron los antecedentes que irradiaron su espíritu.

La Revolución Francesa gatilló la oportunidad para cortar las amarras del *ancien régime* y de absolver de manera selectiva los resultados de un largo período histórico. Se observa una feliz combinación de las instituciones legales tradicionales del *droit écrit* del Sur, influidas por el derecho romano, y el *droit coutumier* del Norte, formado por el derecho consuetudinario franco-germánico.[13] "El *Code Civil* logró definitivamente la unificación del sujeto de derecho (el hombre) y no conservó vestigio alguno de las limitaciones exógenas a la propiedad, a la circulación de los bienes y a la libertad de contratación, lo que ciertamente pudo hacer gracias a que la Revolución ya le había despejado el camino cuando abolió el antiguo régimen económico-social".[14] El texto legal constó de 2.281 artículos, distribuidos en un breve *Titre préliminaire* y tres libros. El primero trató *Des personnes*, el segundo, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, el último *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

El sistema jurisdiccional francés se caracteriza por una estructura piramidal doble. Coexisten dos órdenes distintos: las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones judiciales. Cada uno de ellos tiene estructura piramidal: en lo alto, una jurisdicción única y en la base jurisdicciones variadas. Quien no se conforme con una decisión de la justicia puede impugnarla ante la jurisdicción jerárquicamente superior. Una jurisdicción única, en cada orden, asegura, en última instancia, la unidad de interpretación de la ley por las jurisdicciones inferiores.

En lo que sigue revisaremos ciertos aspectos que consideramos característicos del sistema continental moderno, en particular: a) el rol del juez; b) el derecho administrativo.

[12] GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Págs. 123-124.
[13] Véase ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit. Presenta una buena descripción de la evolución histórica del derecho francés.
[14] Ibíd., pág. 124.

a) El rol del juez

La actitud hacia los jueces en el mundo moderno del *civil law* surgió de la reacción en la Francia revolucionaria hacia el enorme poder legal y privilegios adquiridos por la magistratura durante el Antiguo Régimen. La autoridad judicial era uno de los blancos del fervor igualitario que impulsó a las asambleas de 1789-1790 a eliminar el "feudalismo". Con el decreto del 16 de agosto de 1790 los jueces fueron reducidos a técnicos que simplemente aplicarían las leyes (fundamentalmente por medio de operaciones silogísticas) y se remitirían a la legislatura en caso de duda (institución denominada referimiento al legislador). Con el mismo decreto se estableció que "las leyes civiles serán revisadas y reformadas por la legislatura; y se presentará un proyecto para un código general de leyes, sencillo, claro y en armonía con la Constitución".

Así surgió el impulso ideológico no sólo de cancelar la función interpretativa de los jueces, sino también de eliminar la acumulación de legislación pasada en favor de un código que se conformara a la naturaleza y a los derechos del hombre. Era una codificación dirigida por una ideología, la idea utópica de remplazar las leyes del pasado. La asamblea constituyente francesa también decretó el 16 de agosto que "los tribunales no participarán, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo", además de que "las funciones judiciales son distintas, y permanecerán separadas, de las funciones administrativas". Los revolucionarios encontraron apoyo para desconfiar de los jueces y para su determinación de separar los poderes del gobierno en las ideas de Montesquieu, quien había declarado en *El espíritu de las leyes* en 1748 que el juez "es la boca que pronuncia las palabras de la ley".

b) Derecho administrativo.

La manera generalmente aceptada para dividir y clasificar las normas jurídicas en el derecho continental, y particularmente en Francia, es bien diferente a la que realizan comúnmente los juristas del *Common Law*. El derecho continental moderno distingue entre derecho público y derecho privado. Para los juristas de este sistema esta división es básica, necesaria y obvia. Empero, esta separación que tradicionalmente se ha considerado tajante ya no es tan clara. Ciertas áreas especiales de la legislación, como por ejemplo el derecho laboral, son difícilmente susceptibles de ser clasificadas por esta dicotomía. De hecho, la doctrina ha considerado que se trataría de una rama "mixta", compuesta tanto por normas de orden privado como públicas.

El nacimiento del derecho administrativo como disciplina autónoma del derecho, en cuanto reglamenta las funciones a cargo del Estado, se lo ubica a partir o a raíz de la Revolución Francesa de 1789. Nace como una necesidad para resguardar los principios liberales y concretizar la doctrina de separación

de poderes y de estado de derecho. En Francia, esta separación de poderes se asegura, primeramente, a través de la constitución de un tribunal especial para la administración, y luego, en una segunda versión, a través de la prohibición al Poder Judicial de turbar, de cualquier manera, la actividad de la Administración.

Varias son las características peculiares que distinguen el derecho público del privado. La más importante es que el derecho público generalmente no tiene cabida en el Código Civil.[15] El derecho público se compone de diversas leyes y reglamentos, y es complementado por disposiciones que derivan de la jurisdicción administrativa. Toda esta masa normativa regula la organización y funcionamiento de los órganos públicos, así como la relación entre las agencias públicas y los particulares. La regulación pública tiende a ser más fluida que la privada dado que debe mutar rápidamente para responder a las fuerzas políticas.

La distinción entre público y privado establece muchas de las características básicas de la práctica legal de los países pertenecientes a esta familia del derecho. Así la estructura y competencia de los tribunales atiende a este criterio. En Francia asuntos privados deben ser conocidos por tribunales "ordinarios", mientas los asuntos públicos corresponden a tribunales administrativos independientes. Tal es la dicotomía que un profesor de derecho privado evitará referirse en su clase a asuntos constitucionales ajenos al derecho civil o al derecho tributario, dichos tópicos son entregados a un especialista del derecho público. Sin embargo, en las últimas décadas varios factores han llevado a examinar esta estricta distinción. Estos factores incluyen, entre otros, una expansión del *Common Law* y su forma de entender el derecho, un rol más activo del Estado en áreas tradicionalmente entregadas al derecho privado, y el aumento de campos legales que desafían estas categorías.

[15] Decimos generalmente porque es posible encontrar en el Código Civil ciertas normas que son propias del derecho público. Pensamos, por ejemplo, en el caso chileno, en el artículo 591 del Código Civil, que reza lo siguiente: "El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas. Otro ejemplo similar es el artículo 593: "El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medida de la misma manera (...)".

4. El derecho común

Para los juristas continentales el *Common Law* se encuentra sumergido en un misterio cuyo develo parece difícil alcanzar. Para éstos "es axiomático que el punto de partida para el análisis de un problema jurídico siempre estará constituido por las normas del Código Civil, aun si son interpretadas ampliamente por la doctrina o aplicadas creativamente por los tribunales. Incluso, si una cuestión específica no está reglamentada directamente por el Código Civil (o por otra legislación, ya sea codificada o 'especial'), el Código establece la forma en que el asunto debe ser resuelto, proporcionando expresa[16] o tácitamente[17] los principios jurídicos orientadores y un conjunto de instrumentos jurídico-conceptuales".[18] Todo el sistema continental gira alrededor del "código", en otras palabras, de la norma escrita. La creatividad jurídica tanto del académico como del juez está acotada a la norma textual, tanto es así que generalmente la misma legislación establece la manera en que deben ser interpretados y aplicados sus preceptos.

Por el contrario, la idea central del *Common Law* es "la antelación del derecho, que debe ser entendida tanto en sentido político, como la preeminencia de la *rule of law*,[19] como histórico".[20] La razón de esta particular paradoja se halla inmersa en la historia inglesa.[21] Whittaker explica el asunto de la siguiente manera: "Los jueces ingleses desde antiguo aceptan que, cuando tiene aplicación, una ley del Parlamento posee la virtud de modificar o incluso sustituir el *Common Law*, lo que en términos constitucionales es visto como resultado del principio

[16] Así, por ejemplo, numerosos Códigos Civiles establecen la aplicación preferente de normas especiales frente a otras generales. En Chile el artículo 4° del Código Civil dispone que "las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejercito y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código". En forma inversa, es habitual que las legislaciones especiales se remitan a las generales cuando no prevean una solución a un caso determinado. Ilustra esta situación el artículo 2° del Código de Comercio de Chile, el cual dispone: "En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil".

[17] Ilustra este aspecto el artículo 24 del Código Civil chileno: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". En la misma línea, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil de Chile: "Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 5. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

[18] WHITTAKER, Simon. "El Precedente en el Derecho Inglés: una visión desde la ciudadela". *Revista Chilena de Derecho*. [online]. abr. 2008, vol.35, no.1 [última visita: 06 de Junio 2008], p.37-83. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>.

[19] *Rule of Law* no equivale exactamente a *Estado de Derecho*. La aproximación conceptual más certera lo define como "primacía del derecho". GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, Loannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law*. Colombia. Legis. 2006. Pág. 24.

[20] GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, op. cit., pág. 23.

[21] La germinación del *Common Law* es el producto de la convergencia de tres conflictos históricos: las tensiones feudales entre la multiplicidad de jurisdicciones locales y del aumento del poderío real; la concurrencia entre normas del *Common Law* y las reglas de *equity*; y la lucha entre el parlamento celoso de sus nacientes prerrogativas y las jurisdicciones fuertemente arraigadas.

de la soberanía parlamentaria.[22] Sin embargo, si el derecho legislado emanado del Parlamento es la fuente jurídica (nacional) suprema, el *Common Law* lo precede, pues configura el cuerpo normativo que reglamenta un conjunto de hechos en defecto de cualquier otro".[23] En otras palabras, el único derecho que existe en el *Common Law* es aquel pronunciado por el juez, y las "normas" que lo componen se encuentran en un sinnúmero de *Case Law* regidos por la doctrina del precedente o *Estare Decisis*.

En lo que sigue nos referiremos a dos aspectos del *Common Law* que hemos considerado característicos: a) la doctrina del precedente, y b) el rol respectivo de las partes y del tribunal. Por cierto, el *Common Law* presenta muchos otros aspectos que merecen ser destacados, empero los límites de este trabajo nos restringen a efectuar una selección.

a) Doctrina del precedente o *Estare Decisis*:[24]

La doctrina del precedente o *Estare Decisis* constituye la piedra angular del *Common Law*. La fuente formal del derecho anglosajón es la jurisprudencia. Utilizando las palabras de Zweigert, el factor de estilo que caracteriza al *Common Law*, y que lo distingue sobre todo del resto de las familias del derecho. Esta doctrina no existe como principio general, o regla formal, en los sistemas jurídicos continentales. Tradicionalmente la primacía de la ley sobre la jurisprudencia ha sido absoluta, y el legislador le ha privado de toda fuerza vinculante. Vienen a ilustrar claramente este aspecto las siguientes normas:

Art. 5° del Código Civil de Francia: « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*».

Inc. 2° del art. 3° del Código Civil de Chile: *"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"*.

En gran medida este aspecto ha servido para oponer el *Common Law* con los sistemas romano-germanos. Sin perjuicio de que la evolución reciente de los sistemas continentales ha brindado una mayor atención a la jurisprudencia. Si bien no constituye una fuente formal propiamente tal, ella ha pasado a tener un rol argumentativo importante garantizando de esta manera coherencia normativa y mayor seguridad jurídica. A modo de ejemplo podemos citar el artículo primero del Código Civil suizo:

[22] Los ingleses consideran a la legislación parlamentaria como algo excepcional que interrumpe el *Common Law*. Sin embargo, esta forma de entender la labor parlamentaria no le resta importancia, por cuanto viene en la gran mayoría de los casos a complementarlo.

[23] WHITTAKER, Simon. Op. cit. Pág. 42.

[24] El nombre completo de la doctrina del precedente es *"estare decisis et quieta non movere"*, que significa, en términos gruesos, "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido".

« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

La doctrina de los tribunales del *Common Law* ha establecido dos elementos para determinar que fallos anteriores pueden ser vinculantes para el proceso decisorio posterior. El primer elemento identifica la parte de la sentencia capaz de obligar; mientras el segundo se refiere al origen jerárquico de la sentencia para efectos de determinar si ésta es vinculante para el juez que está conociendo de un asunto.

En el *Common Law* no todo el contenido de los casos anteriores reviste fuerza vinculante. El sistema opone dos conceptos: *obiter dicta* versus *ratio decidendi* (o *holding* en Estados Unidos).[25]

Ratio decidendi significa "razón para decidir, razón suficiente, motivación principal en la sentencia".[26] Los ingleses definen este concepto de la manera que sigue: "*A ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case".[27] En contraposición a *ratio decidendi* (o *holding*) se encuentra *obiter dicta*. La oposición es extrema, pues este último se define negativamente. *Obiter dicta* es todo aquello que no constituye *ratio decidendi*. En otras palabras, es aquello incidental o colateral al caso. Es el lenguaje sobreabundante, innecesario para la decisión del caso, por cuanto se remite a hechos hipotéticos, o hechos no controvertidos o argumentos jurídicos superfluos.

Consecuentemente *obiter dicta* no tiene aptitud de vincular el proceso de decisión de un tribunal posterior, empero puede revestir de cierta autoridad persuasiva. Aunque no tenga un carácter fundamental en la doctrina del *Estare Decisis*, ayuda a comprender las resoluciones adoptadas. Puede tratar sobre opiniones dadas por los jueces, en forma de digresiones, lo que se llama en inglés *by the way*. Cuanto más prestigio y formación tenga el juez, tanto más apreciadas serán sus opiniones y reflexiones. De ahí la autoridad persuasiva.

[25] En términos conceptuales *ratio decidendi* y *holding* tienen la misma base conceptual. Son acepciones separadas por el Atlántico.

[26] CISNEROS FARÍAS, Germán. *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. Pág. 106.

[27] MACCORMICH, Neil. "Why cases have *Rationes* and what these are", in: L. Goldstein (Ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 155-182. Whittaker define *ratio*

La *ratio decidendi* establece una relación entre las proposiciones de derecho y los hechos del caso. Los hechos de un caso no se encuentran circunscritos al simple contexto: ellos trascienden y juegan una función decisiva al determinar la fuerza del proceso. "La *ratio decidendi* (...) de una sentencia queda delimitada por los hechos a los cuales se aplica. Sólo cuando en un caso futuro existen hechos relevantes análogos a los del precedente, su *ratio* obliga".[28] En este sentido corresponde a los jueces que conocen de procesos posteriores realizar operaciones analógicas a partir de los antecedentes fácticos de casos anteriores para identificar una o más proposiciones de derecho que configuraron la *ratio*. "En consecuencia, las proposiciones jurídicas contenidas en las sentencias (...) se supeditan a los hechos en un doble sentido: su fuerza vinculante depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación".[29]

El segundo ingrediente que da estructura a la doctrina del precedente anglosajón es el rol de la jerarquía judicial. La organización judicial determina en gran medida qué sentencias obligan. El valor vinculante del precedente tiene dos dimensiones: *Stare Decisis* horizontal y *Stare Decisis* vertical.

En virtud de la dimensión horizontal el juez que conoce de un asunto determinado debe tomar necesariamente en consideración las sentencias precedentes que versaron sobre hechos analógicamente similares (esto es, la *ratio* según recién fue explicada) dictadas por "jueces de la misma jurisdicción de jerarquía de coordinada, incluidos ellos mismos".[30] En el sistema inglés, por ejemplo, el *stare decisis* horizontal es aplicable a la jurisprudencia de las Cámaras de Apelación, que están obligadas a seguir sus propios precedentes.[31] Hasta 1966 la Cámara de los Lores se consideraba a sí misma obligada por sus propias sentencias, pero a partir de dicha fecha anunció, mediante una *practice statement*, no encontrarse necesariamente obligada por su jurisprudencia. Para evitar injusticias y restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la *House of Lords* acordó el poder apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado adecuado (doctrina).[32] El "*practice Statement*" fue anunciado el 26 de julio de 1966, y reza de la siguiente manera:

---

decidendi como "la proposición o proposiciones de derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos". WHITTAKER, Simon. Op. cit., págs. 49-50.

[28] LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. "Naturaleza y Dimensiones del "Stare Decisis". *Revista Chilena de Derecho* [online]. Abril de 2006, vol. 33, N° 1 [última visita: 07 junio 2008]. Pág. 122. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007&lng=es&nrm=iso>.

[29] WHITTAKER, Simon. Op. cit., pág. 51.

[30] LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Op. cit., pág. 114.

[31] LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Op. cit., pág. 115. También WHITTAKER, Simon. Op. cit., pág. 51.

[32] DUXBURY, Neil. "The Authority of Precedent: two problems". Legal Theory Workshop Series [online]. Faculty of Law, University of Toronto. Octubre de 2005. Pág. 11. [última visita: 07 Junio 2008] <http://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>.

"Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta *House* como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta *House*".[33]

La doctrina del *overruling* se funda intrínsecamente en consideraciones de justicia, es tanto un acto político como judicial, y consiste en una especie de derogación de la norma jurisprudencial. Aun cuando la *House of Lords* proclamó el poder de apartarse de su propia jurisprudencia, la práctica ha demostrado que ocurre muy excepcionalmente. A primera vista podemos considerar que este poder es fundamentalmente arbitrario, y lleva a perturbar la certeza jurídica, empero la aplicación de esta doctrina debe cumplir ciertos requerimientos (igualmente establecidos por la jurisprudencia) e ir acompañada de una argumentación tal que explique las razones jurídicas por las cuales el juez decidió apartarse del precedente.

La dimensión vertical *Stare Decisis*, al igual que la dimensión precedente rige los países que adoptaron el *Common Law*. Manda al juez que conoce de un asunto determinado a tomar necesariamente en consideración las sentencias precedentes que versaron sobre hechos analógicamente similares dictadas por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior. Esto significa, en el sistema judicial inglés, que las sentencias pronunciadas por la Cámara de los Lores son vinculantes para los tribunales superiores de primera instancia (particularmente la *High Court*) y la Corte de Apelaciones.

Un aspecto que merece ser mencionado es que la *Stare Decisis* vertical no viene forzada por una estructura jerárquica de la jurisdicción. La relación entre tribunales de primera y ulteriores instancias no se explica tanto por razón de

[33] [1966] 1 WLR 1234. La doctrina del *overruling* no solamente tiene aplicación en el Reino Unido. Ésta se ha desarrollado de la mano de la doctrina del *Stare Decisis* en los países que han adoptado el *Common Law*.

jerarquía como de competencia o, incluso, especialidad. Ello se explica porque la *Stare Decisis* está en la base de la división de funciones entre tribunales de primera instancia (tribunales encargados de resolver disputas) y tribunales de apelación (encargados del mantenimiento y provisión de reglas y estándares vinculantes y sólo residualmente de la corrección de errores *in judicando* o, todavía más raramente, *in procedendo*).

5. Una visión comparada del *Common Law* y del derecho continental

El siguiente esquema intenta dar una visión simple de la comparación entre derecho civil y derecho común en relación con sus características principales. Con este esquema damos por terminado nuestro artículo y, como lo señalábamos al comienzo, quedamos con la esperanza de haber generado curiosidad, reflexión y deseos de discutir sobre el tema.

Característica	*Common Law*	Derecho Continental
Concepto de orden social.	Individualismo: el individuo posee derechos subjetivos.	Ídem.
Liberalismo.	El individuo está protegido por principios jurídicos muy fuertes.	La Constitución y la ley protegen al individuo.
Estado de Derecho (sumisión de poderes públicos a la ley).	Separación de poderes y clara independencia de la justicia.	Separación de poderes, aunque con una independencia de la justicia menos pronunciada.
Control de la constitucionalidad de las leyes.	Inexistente en Gran Bretaña.	Órgano independiente y respetado (por ejemplo en Francia *Le Conseil Constitutionnel*, y en Alemania el Tribunal Constitucional Federal.
Preponderancia de la ley como primera fuente del derecho.	No.	Legislación superabundante (Derecho escrito y de reglamentos).
Preponderancia de los precedentes judiciales como primera fuente del derecho.	Derecho esencialmente jurisprudencial (primacía de la Doctrina del *Stare Decisis*)	No.

Característica	*Common Law*	Derecho Continental
Nociones abstractas de derecho.	Pocos conceptos abstractos (los jueces pueden atemperar el carácter abstracto de las leyes, por medio de normas jurisprudenciales)	Numerosos conceptos abstractos (por ejemplo: el espíritu general de la legislación, orden público, bien común).
Formulación de normas jurídicas generales.	Débil.	Frecuente (por ejemplo, en materia penal: *"Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia"* o *"societas delinquere non potest"*).
Distinción entre derecho privado y derecho público.	Concepto desconocido.	Es uno de los puntos básicos y característicos de este derecho.
Imbricación de las normas jurídicas de fondo y de procedimiento.	Muy marcada.	Casi inexistente.
Proceso penal de característica inquisitivo.	No. El *Common Law* coloca en condiciones de igualdad a la acusación y a la defensa.	Si. Sin embargo, ha girado paulatinamente hacia un sistema acusatorio.
Derecho administrativo.	Existe un contencioso cuasijudicial (*Boards, Tribunals y Commissions*).	Orden administrativo autónomo separado del orden judicial.
Separación de las normas de fondo y de procedimiento.	Poco claras.	Muy diferenciadas.

6. Bibliografía

CISNEROS FARÍAS, Germán. *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

DUXBURY, Neil. "The Authority of Precedent: two problems". Legal Theory Workshop Series [online]. Faculty of Law, University of Toronto. Octubre de 2005. Pág. 11 [última visita: 07 junio 2008] <http://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>.

GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, Loannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law*. Colombia. Legis. 2006. Pág. 24.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

MACCORMICH, Neil." Why cases have Rationes and what these are", Oxford, L. Goldstein, *Precedent in Law*, Clarendon Press, 1987.

MERRYMAN, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Fondo de Cultura Económica. 1995.

SOLEIL, Sylvain. "La Formación del Derecho Francés como modelo jurídico". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Online]. 2006. N° 28. [última visita: 05 de Junio de 2008]. Págs. 387-98. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011-&lng=es&nrm=iso>.

WHITTAKER, Simon. "El Precedente en el Derecho Inglés: una visión desde la ciudadela". *Revista Chilena de Derecho* [online]. Abr. 2008, vol.35, N° 1 [última visita: 06 de junio 2008], pp. 37-83. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso.

ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tercera Edición. México. Oxford University Press. 2002.

SEROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*. España. Ariel. 1998.

El contrato swap[1]

José Miguel Sarroca Poblete
Abogado, Magíster en Derecho de los Negocios (MBL)
Universidad Adolfo Ibáñez

Profesor Auxiliar de Derecho Internacional Privado y
Coordinador de Postgrado de la Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Las líneas que siguen a continuación tienen por objeto aportar algunos puntos de vista en relación a la naturaleza jurídica del contrato swap, sin referencia a una regulación particular, en el entendido que a partir de dicha naturaleza jurídica resultará posible la correcta interpretación de la regulación pertinente en la solución de cualquier controversia surgida a propósito del contrato financiero que nos ocupa.[2]

1. Orígenes

A diferencia de otros derivados financieros, como los futuros, cuyos antecedentes se remontan al siglo XVII, cuando ya existían mercados organizados de futuros tanto en Japón como en Holanda y en Inglaterra, el swap constituye un derivado financiero muy reciente. Sólo a partir de los años 70, y a raíz de los temores relacionados con la variación del tipo de cambio, y en los años 80, a raíz de la inestabilidad en las tasas de interés, surgen los primeros swap.[3] En efecto, el primer contrato swap del que se tiene noticia data del año 1981.[4]

[1] En este capítulo se ha seguido de cerca a Engler Palma, María Cecilia, *Mecanismos Jurídicos de Administración de Riesgos*, Santiago, 1997, Editorial Jurídica Conosur.

[2] Este artículo es un extracto que forma parte de una monografía intitulada *Derivados Financieros*, cuyos autores son Alejandro Celis Nuñez, Andrés Tavolari Goycoolea y el suscrito.

[3] Villegas, Carlos Gilberto, *Operaciones Bancarias*, Santa Fe, 1996, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, pág. 143.

[4] Engler Palma, ob. cit., pág. 87.

2. Descripción[5]

Para describir en términos más simples una operación swap, cabe tener presente, por una parte, que estamos en presencia de una herramienta de financiamiento, que en cuanto tal busca incorporar, o contribuir a que se incorporen, recursos financieros a una empresa para el desarrollo de sus negocios.

Por otra parte, al igual que los forwards o futuros, persigue eliminar la incertidumbre que para una empresa suponen ciertas variables cuyo control escapa de lo que constituye propiamente su giro, como por ejemplo el precio de un insumo determinante en la cadena de costos del negocio.

Finalmente, y de manera muy relevante, el swap persigue y permite que una empresa aproveche las ventajas comparativas en que se encuentra otra, en una relación que resulte beneficiosa para ambas.

Como anticipamos, dentro de su corta historia, el contrato swap se ha utilizado para constituir un resguardo frente a las variaciones en el tipo de cambio o en las tasas de interés. Así es posible hablar de **swap de divisas** y de **swap de tasas de interés**.

Es posible celebrar un contrato swap de tipo de cambio respecto de dos empresas nacionales cada una de ellas de un país, que desean invertir en el país de la otra empresa.

Así, por ejemplo, supongamos dos empresas, una española y una norteamericana, la primera de las cuales desea hacer una inversión en los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que necesita dólares, y la segunda, en España, por lo que necesita euros.

La empresa española desea financiamiento por US$ 10.000.000 a cinco años, con tasa de interés fija, para desarrollar su negocio en los Estados Unidos de Norteamérica; sin embargo, por su calidad de empresa extranjera sólo puede conseguir dicho financiamiento en los Estados Unidos de Norteamérica a una tasa del 8.2%; en circunstancias que, en España, por ser conocida en ese medio financiero, puede conseguir un financiamiento en euros por el equivalente a US$ 10.000.000, a una tasa del 3.75%.

[5] Las descripciones de los contratos de swaps a que se refiere este número están tomadas de Engler Palma, María Cecilia, ob. cit., págs. 87 y ss., quien en este punto ha seguido el material de trabajo preparado por Juan Luis Dietert, para el seminario "La Administración de Riesgo Financiero en la Empresa. Uso de futuros, forwards, swaps y opciones" y la publicación denominada "A Guide to Financial Instruments, Coopers and Lybrand", Euromoney Publications, Londres, 1987.

Por otra parte, la empresa norteamericana puede conseguir, en Estados Unidos de Norteamérica, un financiamiento por US$ 10.000.000 a cinco años con tasa fija de 7.5%; dicha empresa puede obtener en España ese mismo financiamiento, esto es, el equivalente en euros de US$ 10.000.000 a una tasa de 4.25%.

De esta forma, cada empresa puede obtener en su respectivo país el financiamiento que desea la otra empresa, en condiciones más ventajosas que las que puede lograr cada una de ellas en el extranjero. Ante esta perspectiva, para ambas empresas resulta atractiva la posibilidad de intercambiar las ventajas comparativas que resultan para cada una de ellas de la situación de privilegio –respecto de los extranjeros– que gozan frente al mercado financiero local.

En nuestro ejemplo cada empresa deberá tomar el financiamiento en su país de origen en las condiciones arriba señaladas: la empresa norteamericana tomará el financiamiento por US$ 10.000.000 a cinco años, con una tasa fija de 7.5% y la empresa española tomará el financiamiento en euros por el equivalente a US$ 10.000.000 a cinco años, a una tasa fija de 3.75%.

Luego, dado que el empresa norteamericana necesita euros y la empresa española necesita dólares, ambas empresas se intercambiarán el capital obtenido. Posteriormente, durante el desarrollo de la deuda, cada empresa entregará a la otra, para su pago al acreedor respectivo, los intereses que devengue el crédito. Así la empresa norteamericana entregará a la empresa española, para su pago al acreedor respectivo, euros equivalentes al 3.75% del capital, y la empresa española entregará a la empresa norteamericana, para su pago al acreedor respectivo, dólares equivalentes al 7.5% del capital. De esta forma, la empresa norteamericana gracias al contrato swap realizado en los términos precedentes, pagará, a través de la empresa española, intereses de 3.75% sobre el capital en euros equivalente a US$ 10.000.000, en circunstancias que de no mediar dicho contrato swap, debió haber pagado dichos intereses con una tasa de 4.25%. A su vez, la empresa española gracias al contrato swap realizado en los términos precedentes, pagará, a través de la empresa norteamericana, intereses de 7.5% sobre el capital de US$ 10.000.000, en circunstancias que de no mediar dicho contrato swap, debió haber pagado dichos intereses con una tasa de 8.2%.

En el caso expuesto, el empleo del contrato swap ha permitido que la empresa norteamericana logre el financiamiento en euros que buscaba, a una tasa considerablemente menor que la que pudo haber obtenido si hubiese recurrido por sí sola al mercado financiero español. A su vez, la empresa española ha obtenido el financiamiento en dólares que necesitaba a una tasa menor que la que originalmente le ofrecía el mercado financiero norteamericano.

Por otra parte, el swap de **tasas de interés** puede tener aplicación respecto de dos empresas que, por sus particulares características, no pueden conseguir financiamiento en igualdad de condiciones.

Así, por ejemplo, una empresa desea obtener un financiamiento de US$ 10.000.000 a cinco años, a tasa variable, por lo que el mercado le ofrece dicho financiamiento a tasa Libor[6] + 25 puntos base (p.b.).[7] Con tasa fija, el mercado le ofrece dicho financiamiento a una tasa de 8.85%.

Por otra parte, una segunda empresa también desea un financiamiento de US$ 10.000.000 a cinco años, pero a tasa fija. El mercado le ofrece dicho financiamiento a una tasa de 9%. De igual forma, el mercado le ofrece dicho financiamiento a tasa Libor + 10 p.b.

Ahora bien, mediante un contrato swap de tasas de interés cada empresa puede obtener el financiamiento con la tasa de interés que desea, en condiciones más favorables que las que pudo haber obtenido actuando directamente con el mercado.

En efecto, la empresa que desea financiamiento a tasa fija puede financiarse con tasa Libor + 10 p.b. y la empresa que desea financiamiento con tasa variable puede financiarse con tasa fija de 8.85%.

Posteriormente, en virtud del contrato swap, la empresa que deseaba financiarse a tasa fija y se financió a tasa variable entrega a la empresa que deseaba financiarse a tasa variable y se financió a tasa fija, los recursos necesarios para pagar los intereses devengados por el financiamiento a tasa fija. A su vez, la empresa que deseaba financiarse a tasa variable y se financió a tasa fija entrega a la empresa que deseaba financiarse a tasa fija y se financió a tasa variable, los recursos necesarios para pagar los intereses devengados por el financiamiento a tasa variable.

En el ejemplo señalado el financiamiento se obtuvo en un caso a una tasa fija de 8.85% y a una tasa variable Libor + 10 p.b., en circunstancias que, de no mediar el swap, el financiamiento se habría obtenido a una tasa fija de 9% y a una tasa Libor + 25 p.b. Luego, dado que cada empresa le entrega a la otra los

[6] **Libor (London Interbank Offered Rate):** Tipo de interés interbancario de Londres. Tasa de interés al cual los bancos internacionales más importantes de Londres se prestan entre ellos. LIBID es el demandado en el Interbancario y LIMEAN es la media entre el tipo de interés ofrecido y demandado. Ver: http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=L

[7] Un punto base (p.b.) equivale a 0.01%.

recursos para pagar los intereses, en los hechos cada empresa se ha financiado en la forma en que originalmente deseaba hacerlo. De esta forma, mediante el contrato swap se ha conseguido que cada empresa se financie en la forma económicamente más conveniente y con la tasa que originalmente buscaba.

En relación a los ejemplos antes descritos cabe destacar lo siguiente:

Para las empresas, ocupadas de desarrollar su giro propio, no es fácil encontrar una contraparte para el contrato swap, puesto que es necesario lograr una coincidencia exacta en cuanto a los intereses contrapuestos que deben tener cada una de dichas empresas (en los ejemplos indicados, financiamiento con mismo capital y plazos, pero, por una parte, con países de origen y destino de las inversiones contrapuestos y, por otra, con tasas de interés fijas y variables en uno y otro caso). Por tal razón, en la celebración de los contratos swap es común la presencia de un intermediario, que normalmente suele ser un banco de inversiones. La presencia de dicho intermediario en nada afecta a la operación del swap en los términos arriba explicados, puesto que, además de juntar a las partes interesadas en el swap, la función del intermediario se limita a que a través de él se realicen los intercambios de moneda que hemos señalado y que constituyen la forma en que opera el contrato swap.

Una segunda observación dice relación con la forma en que tienen lugar dichos intercambios de moneda, los que comúnmente se realizan por **compensación**. En efecto, fácil es concluir que si una empresa debe entregar a otra una determinada suma de dinero, y la segunda debe entregar a la primera una cantidad distinta de dinero, en la práctica, antes que realizar dos entregas de dinero, **sólo se entregará la diferencia que resulte de ambas operaciones**. De esta forma, tales entregas de dinero, en los hechos, operarán por compensación.

Por otra parte, desde ya cabe hacer presente un elemento de la mayor relevancia y que distingue al **swap de divisas** respecto del **swap de tasas de interés**, y que se refiere a la circunstancia de existir en el swap de divisas **un intercambio del capital del financiamiento**, lo que no ocurre en el swap de tasas de interés. En efecto, en el ejemplo de swap de divisas expuesto, **la empresa española debe entregar a la empresa norteamericana el total de euros que obtiene; a su vez, la empresa norteamericana debe entregar a la empresa española el total de los dólares que consigue**. En el swap de tasas de interés no ocurre dicho intercambio de capital, puesto que, **durante el desarrollo del swap, sólo existe un flujo de moneda de una empresa a otra y que corresponde a la compensación que se produce respecto de las cantidades que deben ser pagadas a título de intereses.**

Finalmente, habrá que convenir que, de la misma forma en que tiene lugar el swap de divisas, es perfectamente posible realizar un swap entre flujos de pesos, en cuanto moneda de curso legal y de unidades de fomento.[8]

3. Concepto

Se ha definido, en general, el **swap como un contrato privado, de mayor plazo relativo, que establece el compromiso entre dos partes, para intercambiar los flujos de pago asociados a dos tipos de deuda o de otros activos o pasivos.**

Ahora bien, en cuanto a cada una de las variantes del swap a que nos hemos referido se ha señalado que: **El swap de divisas es un contrato financiero entre dos partes para intercambiar su principal en diferentes monedas, por un periodo acordado, y pagar sus intereses recíprocos.**[9]

Otra definición señala que es *un intercambio de activos, también llamado permuta financiera. Esta palabra procede del inglés y significa cambio o permuta. Las operaciones de swaps son frecuentemente entre las grandes empresas y se realizan en un mercado que cotiza en el interbancario. Por este contrato dos empresas acuerdan que una de ellas se obliga a atender el pago de los intereses de una deuda con los de otra. Como sólo permutan los intereses, no supone un cambio de la titularidad de la deuda. Con ello, las grandes empresas diversifican la composición de su endeudamiento.*[10]

El **swap de divisas** se define como *un contrato financiero entre dos partes que desean intercambiar el principal de ciertas deudas de igual cuantía y en distintas mo-*

[6] **Unidad de fomento:** La unidad de fomento (UF) es uno de los sistemas de reajustabilidad autorizados por el Banco Central de Chile al amparo de lo establecido en el número 9 del artículo 35 de su Ley Orgánica Constitucional. De acuerdo a la definición de este organismo, la UF se reajusta a partir del día diez de cada mes y hasta el día nueve del mes siguiente, en forma diaria, a la tasa promedio geométrica correspondiente a la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor que determina el Instituto Nacional de Estadísticas o el organismo que lo reemplace, en el mes calendario inmediatamente anterior al período para el cual dicha unidad se calcule. Esta unidad fue creada el 20 de enero de 1967, cuando comenzó a funcionar con un valor trimestral de 100 escudos y que era calculado trimestralmente. A partir de octubre de 1975 este instrumento comienza a expresarse en pesos y ese mismo año se fijó mensualmente. Todo en el ánimo de enfrentar los bruscos cambios inflacionarios con una herramienta que identificara un precio reajustable y por un período acotado. Un decreto de julio de 1977 determinó los valores diariamente para los períodos comprendidos entre el día 10 de cada mes y el 9 del mes siguiente, de acuerdo a la variación experimentada por el IPC. A partir del 8 de enero de 1990 el Banco Central de Chile pasó a determinar el valor diario. Ver: http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=U.

[9] Engler Palma, María Cecilia, ob. cit., pág. 96.

[10] http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=S.

nedas, por un periodo de tiempo acordado. Estas deudas se originan en préstamos obtenidos de los respectivos mercados y, por lo tanto, el intercambio de principales entre los prestatarios lleva consigo asumir el pago de los intereses recíprocos que se devenguen. Al vencimiento los principales son nuevamente intercambiados al precio de contado de la operación inicial (spot). Cada prestatario de origen conserva su obligación con su prestamista respectivo.[11]

El **swap de tasas de interés** es *un contrato financiero entre dos partes que desean un cambio de intereses derivados de pagos o cobros de obligaciones, que se encuentran en activos a diferentes bases (tipo fijo - tipo flotante) sin existir transmisión del principal y operando en una misma moneda.*[12]

El **swap de tasas de interés** también se ha definido como *el contrato financiero entre dos partes que intercambian o permutan obligaciones de pago de intereses correspondientes a préstamos financieros, por un determinado periodo de tiempo y en una misma moneda, de los cuales ambos son prestatarios.*[13]

4. Finalidad del contrato swap

a. La primera finalidad que tuvo el contrato swap fue evadir las barreras al mercado cambiario, permitiendo el acceso a divisas no disponibles. Por tal razón, este contrato fue criticado por cuanto afectaba la política monetaria.
b. Sin embargo, en un segundo momento, el contrato swap se presentó como una herramienta para los actores económicos que les permitía obtener financiamiento en condiciones más favorables.
c. Sin perjuicio de lo anterior, el contrato swap es también una herramienta de cobertura de riesgos, por cuanto permite modificar las estructuras de deudas (y/o activos), entre otras vías, calzando activos y pasivos.

5. Elementos

A partir de las definiciones transcritas es posible identificar una serie de elementos propios de los contratos swap. Algunos de dichos elementos serán

[11] Costa Ran, Luis, y Font Vilalta, Montserrat, *Nuevos instrumentos financieros en la estrategia empresarial*, Madrid, 1992, Esic Editorial, Segunda edición revisada y actualizada, pág. 286, citado por Villegas, Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 153.
[12] Diez de Castro, Luis, y Mascareñas, Juan, *Ingeniería Financiera. La Gestión en los Mercados Financieros Internacionales*, McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., España, 1991, pág. 260, citado por Engler Palma, ob. cit., pág. 94.
[13] Villegas, Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 154.

comunes tanto al swap de divisas como al swap de tasas de interés, en tanto, otros elementos serán propios de cada una de las modalidades de swap ya referidas.

a. Serán elementos comunes a ambas categorías de swap los siguientes:

   i. la circunstancia de tratarse de un **contrato privado**, en cuanto dicho contrato compete exclusivamente a las partes que lo celebran sin producir efectos de ninguna especie respecto de terceros;
   ii. la circunstancia de tratarse de un **contrato financiero**, en cuanto persigue, precisamente, mejorar las condiciones de financiamiento de las empresas;
   iii. la circunstancia de suponer siempre, en alguna medida, un intercambio de flujos entre las partes del contrato, sea que dicho intercambio efectivamente se produzca en forma recíproca, sea que el mismo sólo opere por vía de compensación, que permita el pago de intereses; y
   iv. la circunstancia de operar siempre sobre la base de un periodo determinado previamente acordado por las partes.

b. En cuanto a los elementos propios del swap de divisas, cabe destacar:

   i. la circunstancia de suponer siempre un intercambio del capital de cada una de las deudas; y
   ii. la circunstancia de operar siempre sobre la base de monedas distintas.

c. En cuanto a los elementos propios del swap de tasas de interés, cabe destacar:

   i. la circunstancia de suponer un cambio de intereses derivados de pagos o cobros de obligaciones que se encuentran en activos a diferentes bases;
   ii. la circunstancia de no existir intercambio del capital de la deuda; y
   iii. la circunstancia de operar en una misma moneda.

6. Características

En cuanto a los aspectos propios del swap que permiten identificarlo, cabe destacar:

a. se trata de un contrato privado, negociado en el mercado ***over the counter***, esto es, sin la intervención de un organismo regulador del mercado;

b. por lo anterior, es un contrato muy flexible, en cuanto las partes pueden darle el contenido que quieran;
c. sin embargo, presenta poca liquidez, puesto que no es fácil encontrar agentes económicos que presenten o persigan estructuras de financiamiento contrapuestas que coincidan en tal forma que se puedan vincular en un contrato swap, por ello la cesión de dicho contrato es más bien limitada. Para favorecer la liquidez de estos contratos, distintos organismos han elaborado documentos tendientes a normalizar este contrato, como veremos en las notas a pie de página;
d. se trata de un contrato consensual, aunque por su complejidad siempre se celebra por escrito;
e. bilateral, porque ambas partes resultan obligadas;
f. oneroso, puesto que cada parte se obliga a hacer algo que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe hacer a su vez;
g. conmutativo o aleatorio, según el caso, dependiendo de la posibilidad de determinación de las obligaciones que contrae cada parte al momento de celebrar el contrato;
h. principal, en cuanto es un contrato independiente de los contratos de que emanan las deudas que son objeto del contrato swap;
i. cesible, con el consentimiento de la contraparte cedida;
j. de tracto sucesivo, puesto que las obligaciones que nacen del contrato swap nacen y se extinguen escalonadamente en el tiempo;
k. el intercambio de flujos entre las partes contratantes, sea que dicho intercambio se realice efectivamente, sea que el mismo opere por compensación;
l. consecuencia de lo anterior, cada parte asume el pago de los intereses recíprocos que se devenguen;
m. la posición jurídica de cada una de las partes respecto de sus acreedores no se ve alterada;
n. es posible afirmar que en el contrato swap se produce una agregación de varios contratos forwards, por cuanto se establece, al menos para una de las partes, la realización de varios pagos futuros bajo condiciones previamente determinadas;
o. las obligaciones que derivan del swap son de tracto sucesivo, a diferencia de lo que ocurre en los forwards, donde las obligaciones son de ejecución instantánea;
p. la principal dificultad en la celebración de un contrato swap consiste en hacer equivalentes los flujos de las partes, de manera que estos se complementen y permitan la operación del contrato; y
q. cuando el swap se realiza con la intervención de un intermediario, éste no arriesga capital, por cuanto su función se limita a buscar flujos complementarios y a canalizar los intercambios de los mismos.

7. Contenido del contrato swap

Desde que la operación de swap tiene por objeto el intercambio de flujos financieros en fechas futuras, el contrato swap debe contener todos los elementos necesarios que permitan determinar el importe de tales flujos; además del capital, los intereses y/o el tipo de cambio, debe establecer la fecha de entrada en vigor del contrato, la fecha de vencimiento y cada una de las fechas de liquidación.

En el contrato se incorporan también una serie de aspectos de índole jurídica, que se establecen en un contrato marco o condiciones generales, que incluyen, entre otros aspectos:

a. procedimientos de confirmación de aspectos de orden económico del contrato;
b. procedimientos para el cumplimiento de cada obligación en cada fecha de liquidación;
c. causales de resolución del contrato (incumplimiento de alguna obligación; solicitud de quiebra; insolvencia de alguna de las partes, etc.);
d. efectos de la resolución, lo que es de la mayor relevancia dado que el contrato es de tracto sucesivo;
e. normas sobre cesibilidad del contrato;
f. jurisdicción.

8. Efectos

En cuanto a los principales efectos del contrato swap cabe destacar:

a. La posición jurídica de las partes contratantes, respecto de sus acreedores, no se ve alterada en ningún sentido;
b. Mediante el contrato swap, cada una de las partes contratantes puede financiarse en condiciones más ventajosas respecto de lo que habría logrado si hubiese recurrido directamente al mercado;
c. Cuando el swap opera por efectivo intercambio de flujos entre las partes, cada una de ellas será recíprocamente acreedora y deudora de la otra; y
d. En el caso que el swap opere por compensación, si bien ambas partes se obligan recíprocamente, sólo una de ellas recibirá el flujo de la otra. Cabe tener presente que en determinadas circunstancias es posible que se alteren las condiciones de la compensación (por ejemplo en un swap de tasas de interés en que existe una tasa fija y una tasa variable) que lleve a que en un momento dado, la parte que recibía el flujo pase a ser la parte que debe entregar el flujo monetario a la otra.

9. Regulación acerca del contrato swap

Como señalamos precedentemente, el propósito de estas líneas es hacer un comentario desde el *punto de vista de las ideas*, del contrato swap. Por tal razón, se aparta de nuestra intención entrar a analizar la regulación positiva de tales contratos.[14]

[14] Sin perjuicio de lo anterior, debemos hacer referencia que en nuestro *ordenamiento jurídico* el contrato swap se encuentra regulado fundamentalmente en el *Capítulo IX del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile,* que regula las operaciones con instrumentos derivados que personas domiciliadas o residentes en Chile (los *usuarios*) realicen con personas domiciliadas o residentes en el exterior, o en Chile con entidades del mercado cambiario formal. Las operaciones con instrumentos derivados están autorizadas por el Banco Central de Chile, pero deben ser informadas por el usuario a dicho Banco y los pagos que corresponda efectuar al exterior o recibir en Chile deben hacerse **necesariamente a través del mercado cambiario formal.**
Este Capítulo IX fue modificado en septiembre del año 2004 para incorporar una norma que regula las consecuencias del pago con entrega física (en lugar de compensación). En efecto, si las partes acuerdan entrega física (a manera de ejemplo), el usuario podría recibir dólares en los Estados Unidos y la contraparte extranjera recibir pesos en Chile. Dado que no existe disposición que obligue a retornar los dólares a Chile o a adquirir y transferir dólares al exterior, estas sumas podrían ser invertidas en el exterior o en Chile, respectivamente.
También el *Capítulo XI del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile* señala que, si como consecuencia de una operación de derivados se produce la adquisición de activo o pasivo con el exterior pagadero en moneda extranjera, el usuario deberá informar al Banco Central mediante formulario del *Capítulo XII* (inversiones en el exterior por personas domiciliadas o residentes en Chile), *Capítulo XIV* (inversiones, depósitos o créditos desde el exterior por personas sin domicilio ni residencia en Chile) o el que corresponda.
Por otra parte la *Superintendencia de Valores y Seguros* ha dictado normas que regulan la inversión en instrumentos derivados de las compañías de seguro y los fondos de inversión:
1. *Fondos de Inversión regulados por la Ley N° 18.815 (Norma de Carácter General N° 113, de 9/03/01),* sólo pueden celebrar contratos de opciones, de futuros, de forward y de swap. Podrán actuar como compradores o vendedores del respectivo activo objeto, adquirir o lanzar contratos de opciones (esto es, la compra o venta del activo objeto) en Chile y en el exterior.
Las opciones y futuros deben transarse en mercados bursátiles dentro o fuera de Chile y la entidad contraparte debe ser una cámara de compensación. Los contratos de forward y swap deberán tener como contraparte a las entidades que se establezcan en el reglamento interno del fondo; los contratos swap deben constar por escrito.
Los activos objeto de los contratos de opciones, futuros y forwards podrán ser monedas, índices, acciones, tasas de interés e instrumentos de renta fija. En el caso de los swap, el activo objeto podrá ser monedas, tasas de interés, índices de tasas de interés e instrumentos de renta fija. La norma establece diversos límites para estas inversiones.
2. *Compañías de Seguros y de Reaseguros (Norma de Carácter General N° 200, de 7/08/06),* estas entidades pueden efectuar las siguientes operaciones para la cobertura de riesgos financieros que puedan afectar su cartera de inversiones y su estructura de activos y pasivos: contratos de opciones, de futuros, de forwards y de swap.
Contrapartes autorizadas: (a) Operaciones en el extranjero. *En Bolsa*: Cámaras de Compensación formales, autorizadas o supervisadas por una Comisión Nacional de Valores o entidad equivalente.; *Fuera de Bolsa*: bancos, filiales bancarias u otras entidades con clasificación de riesgo internacional mínimo en categoría "A"; (b) Operaciones en Chile. *En Bolsa*: Cámaras de Compensación regidas por el Título XIX de la Ley N° 18.045; *Fuera de Bolsa:* (i) bancos, filiales bancarias u otras entidades distintas a compañías de seguros o reaseguros, con clasificación de riesgo mínima de Nivel 1 (N-1) y "A"; (ii) compañías de seguros y reaseguros constituidas en el país clasificadas al menos en categoría "A"; y (iii) intermediarios de valores inscritos en el registro de corredores y agentes de valores de la SVS o sociedades anónimas abiertas cuyas acciones puedan ser adquiridas por las AFP. En este último caso, sólo para operaciones

de corto plazo, es decir, inferiores a 1 año.
La NCG N° 200 señala los activos objeto elegibles para las operaciones de cobertura y los límites para cada una de estas operaciones. Además, establece normas para inversión en productos derivados financieros y operaciones de préstamo de acciones.
El Capítulo III.D.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central regula los contratos con productos derivados en el mercado local que pueden realizar las empresas bancarias establecidas en Chile y sociedades financieras, entre sí o con terceros domiciliados o residentes en el país. Estas normas se aplican a los contratos de futuros, forwards, swap y combinaciones de éstos, sobre moneda nacional o unidades de reajustabilidad autorizadas, tasas de interés locales e instrumentos de renta fija, que celebren las empresas bancarias establecidas en Chile y sociedades financieras entre sí o con terceros domiciliados o residentes en Chile, así como los contratos de futuros, forwards, swap y combinaciones de éstos, sobre monedas extranjeras y tasas de interés extranjeras que celebren los bancos establecidos en Chile, entre sí o con terceros domiciliados o residentes en Chile.
Esta normativa también se aplica a los contratos de opción en que los bancos o sociedades financieras ofrezcan a su contraparte la facultad de ejercer un derecho de compra (*"call"*) o de venta (*"put"*). En todo caso, las instituciones financieras que actúen como emisoras de la opción deberán estar clasificadas en nivel A de solvencia.
Las transacciones indicadas pueden realizarse en bolsa o fuera de bolsa y no podrán efectuarse sobre acciones o índices que consideren precios accionarios.
Además la *Circular N° 1285 (y sus modificaciones) de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones* reguló la inversión de los fondos de pensiones y fondos de cesantía en el extranjero. Las AFPs pueden efectuar operaciones que tengan como único objetivo la cobertura de riesgos financieros de los documentos, operaciones o contratos en que inviertan, referidas a riesgo de fluctuaciones entre monedas extranjeras o riesgos de tasa de interés de una misma moneda extranjera. Para estos efectos, podrán celebrar exclusivamente contratos de opciones, de forwards y de futuros.
Las contrapartes autorizadas para estas operaciones son *Cámaras de Compensación* u otras entidades que hayan sido previamente aprobadas por la *Comisión Clasificadora de Riesgos* ("CCR"). Los contratos de opciones, forwards y futuros deberán tener, como activo objeto o activo subyacente: (i) monedas extranjeras en las que se expresen los instrumentos en que se hayan invertido los recursos del fondo o (ii) tasas de interés extranjeras, grupos o índices de ellas; (iii) instrumentos de renta fija tales como bonos extranjeros, grupos o índices de ellos, todos expresados en monedas que estén autorizadas para operaciones de cobertura de riesgos de moneda extranjera. Las AFPs no podrán emitir o lanzar opciones con los recursos del fondo a su cargo, esto es, no podrán ser vendedores de opciones.
Antes de celebrar un contrato de opción (por ejemplo) con una contraparte distinta de una Cámara de Compensación, o un contrato forward, la AFP deberá suscribir un contrato marco o *Master Agreement*, tal como el *ISDA Agreement*, con las contrapartes aprobadas por la CCR.
Creemos de importancia destacar estos contratos, que utilizan todos los *bancos de inversión externos* en sus operaciones con contrapartes domiciliadas o residentes en Chile. La sigla *ISDA corresponde a International Swaps and Derivatives Association*. Estos contratos se rigen por la ley del estado de Nueva York o por la ley de Inglaterra. El *ISDA Master Agreement (ISDA)* es un contrato general, cuyo objeto es regular una o más operaciones de derivados. El *ISDA* en sí no contiene operación específica alguna, sino que cada operación se negocia y se cierra entre las partes a través de documentos individuales separados, cada uno de los cuales se denomina *confirmación*. Una *confirmación* es un documento escrito que especifica la operación que se quiere cerrar en particular (por ejemplo, un *swap con tasa fija Libor*). Así durante la vigencia del *ISDA*, las partes pueden cerrar varias operaciones (cada una, una *transacción*), todas las cuales se rigen por las normas generales del *ISDA* y la respectiva confirmación (Nota: hay otros documentos que pueden suscribirse y que modifican los términos del *ISDA*, tales como el *Schedule* y el *Credit Support Agreement* entre otros).
Por otra parte, una de las principales preocupaciones de los bancos de inversión y, por tanto, la gran mayoría de las preguntas en relación a los *ISDA*, se refiere al *otorgamiento de garantías (collateral)* y la eventual quiebra de la contraparte chilena. En materia de garantías, hay que tener presente que las garantías que se constituyan sobre bienes situados en Chile ***se rigen por la ley chilena*** (por ejemplo, prenda de acciones, otras prendas sobre bienes situados en Chile, hipotecas, etc.). Es por esta razón, que las contrapartes extranjeras normalmente requieren garantías constituidas en el exterior, tales como *depósitos en dinero (cash collateral)* o *garantías sobre instrumentos emitidos y transados en el exterior*, con el objeto de aplicar la legislación que rige al *ISDA* a la ejecución de las garantías.
La *ejecución de las garantías* ocurre cuando se produce un *incumplimiento del ISDA (event of default)*, de los cuales el más importante es *la quiebra de la contraparte chilena*. El *ISDA* normalmente contempla que la quiebra de una de las partes da derecho a la otra parte a solicitar la terminación anticipada del

10. Naturaleza jurídica

Desde el momento en que se concibe el Derecho, desde un punto de vista teleológico, como un conjunto de soluciones planteadas frente a distintos problemas, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución jurídica será una herramienta de la mayor utilidad en la aplicación del mismo, ya que facilita su comprensión, dado que lo aclara, explica y fundamenta. Desde este punto de vista, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato swap puede constituir una contribución a la solución de dificultades que puedan surgir en la aplicación del contrato financiero que aquí nos ocupa.

No obstante la importancia que puede revestir la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, por las razones señaladas precedentemente, en materia de swap ha existido un avance, si no nulo, escaso.

---

contrato. Sin embargo, las partes pueden pactar *automatic early termination*, en cuyo caso, de ocurrir ciertos eventos de incumplimiento, entre ellos la declaración de quiebra, *se produce la terminación anticipada automática de todas las transacciones en ese preciso momento.*

Abogados chilenos han recomendado a las contrapartes extranjeras, para efectos de hacer efectiva las garantías, que el *ISDA* contemple la fórmula de *automatic early termination* y que *la causal sea la declaración de quiebra*, por las razones que se explican a continuación: *producida la terminación anticipada de todas las transacciones, el ISDA establece un proceso para determinar la pérdida o ganancia neta que dicha terminación anticipada le genera a la parte no declarada en quiebra. Si el monto neto determinado es favorable a la parte declarada en quiebra, la otra parte deberá pagar a la quiebra conforme a las normas generales. Por el contrario, si dicho monto fuera a favor de la parte no declarada en quiebra (en este caso, la contraparte extranjera), la norma general sería que ésta devolviera las garantías a la quiebra y verificara su crédito en la misma.*

Sin embargo, también se podría señalar como otra opinión fundada, que en el caso del ISDA puede proceder la aplicación del artículo 69 de la Ley de Quiebras, que dispone textualmente "La declaración de quiebra impide toda compensación que no hubiere operado antes por ley, entre las obligaciones recíprocas del fallido y sus acreedores, ***salvo que se trate de obligaciones conexas, derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos"***. En efecto se ha sostenido que las obligaciones derivadas de un *ISDA*, aun cuando se trate de distintas transacciones reflejadas en confirmaciones diferentes, son conexas y derivan de un mismo contrato, por cuanto el *ISDA* es un contrato marco, bajo cuyo marco general las partes celebran varias transacciones con distintos vencimientos, pero cuya terminación anticipada hace que se hagan exigibles en la misma fecha. En consecuencia, producida la declaración de quiebra y siendo ésta un *event of default* automático, se terminan anticipadamente todas las transacciones amparadas por un mismo *ISDA* y se determina un único monto que representa el valor neto de todas ellas. *Así por aplicación del artículo 69 citado, la contraparte extranjera puede utilizar la garantía que tiene en su poder para compensar las obligaciones recíprocas con el fallido.*

Finalmente la *Ley N° 19.908*, de octubre de 2003, autorizó al Fisco y a otras entidades del sector público para suscribir contratos de swap, futuros y forward. La autorización se extiende a todos los servicios e instituciones del sector público, como los ministerios, pero se exceptúan las municipalidades y los gobiernos regionales, así como las empresas públicas, las que seguirán rigiéndose por las normas aplicables al sector privado. La contratación debe efectuarse por licitación. Sin embargo, si el Ministerio de Hacienda estima que razones de mercado justifican un trato directo, podrá hacerlo "procurando mantener una rotación de sus contrapartes".

El Ministerio de Hacienda está encargado de evaluar todos estos contratos, para lo cual se crearon cuatro áreas especiales: legal, contratación, control y análisis de riesgos. Los términos y condiciones financieras que se acuerden deberán ajustarse a condiciones de mercado y las contrapartes deben estar clasificadas por entidades clasificadoras de riesgo de reconocido prestigio internacional, en una categoría igual o superior a la que tenga la República de Chile a la fecha de aprobación de la ley. Normalmente el Fisco y entidades del sector público suscriben el *ISDA Master Agreement*.

Se ha señalado que se trata de **dos préstamos paralelos**, y también se ha afirmado que se trata de una **permuta financiera**. Por nuestra parte, planteamos la posibilidad de enfocar este contrato desde la óptica de la **asociación o cuenta en participación** y también desde **el mandato**, en cuanto mandato a nombre propio.

a. Préstamos paralelos

Bajo esta idea el contrato de swap se entendería como dos préstamos paralelos que, recíprocamente, se hacen dos empresas. Dichos préstamos dicen relación con cantidades equivalentes, en dos monedas distintas y con el mismo vencimiento.

Este planteamiento permite explicar con facilidad el swap de divisas. En relación al swap de tasas de interés, habría que afirmar que los préstamos se realizan en la misma moneda, por la misma cantidad, pero a tasas diferentes.

Las críticas que se han realizado a esta teoría dicen relación con la circunstancia de tratarse de dos contratos distintos, por lo que el incumplimiento de una de las partes no libera a la otra.

Sin embargo, dicha crítica no es sólida, por cuanto la autonomía de la voluntad de las partes perfectamente puede vincular ambos contratos de manera tal que se trate de un solo y único contrato, en que el incumplimiento de las obligaciones de uno de ellos libere a la contraparte del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del otro contrato.

b. Permuta financiera

En apoyo a esta teoría se ha señalado que la traducción de swap es precisamente permuta o cambio. De esta forma, mediante el swap existiría una permuta o cambio de ciertas estructuras financieras de las partes contratantes.

Frente a esta teoría existen variadas críticas. Así a partir del artículo 1897 del Código Civil, que define la permuta como un ***"contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otra"***, se ha señalado que la permuta supone una transferencia recíproca de derechos, que no pueden ser la deuda u operación subyacente al swap, porque éste es independiente de aquélla, ya que en el swap no hay cesión de estas deudas.

En efecto, el objeto del swap son las "medidas de valor representadas por las diversas modalidades de tipos de interés o de cotización de las divisas".[15]

Al respecto cabe plantear que existen variados argumentos para negar que el contrato swap sea tenga la naturaleza jurídica de una permuta:

i. lo que las partes intercambian es dinero y el dinero no es una especie o cuerpo cierto, como exige la permuta, sino que es una cosa genérica;
ii. la permuta es un título translaticio de dominio, y el contrato swap no lo es;
iii. la permuta es un contrato de ejecución instantánea y el contrato swap es de ejecución diferida en el tiempo, esto es, de tracto sucesivo;
iv. en el contrato swap no existe un intercambio de "deudas", sino de "estructuras de deudas"; y
v. finalmente, entender que se trata de una permuta supone afirmar que se deben aplicar las normas de la compraventa.

c. Asociación o cuenta en participación

El artículo 507 del Código de Comercio señala que ***"la participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la forma convenida".***

Luego es posible concebir el contrato swap como dos contratos de asociación o cuenta en participación paralelos en que cada parte asume el *fronting* de uno de dichos contratos y en que sólo de la combinación de ambos contratos resultan ventajas para ambas partes. Como señalamos a propósito de la teoría de los préstamos paralelos, la voluntad de las partes puede vincular de tal manera ambos contratos que ellos conformen un único contrato, en que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en uno de dichos contratos libere a la otra del cumplimiento de sus obligaciones en el otro contrato.

Existen argumentos que permiten apoyar y refutar esta teoría:

i. Existen varias características de la asociación o cuenta en participación que coinciden con el contrato swap y que, por tanto, permiten apoyar esta teoría:

[15] Valenzuela Garach, Fernando, "La contratación de las entidades bancarias: nociones preliminares". En *Derecho Mercantil*, coordinación de Guillermo Jiménez Sánchez, 2ª edición, Editorial Ariel Derecho, Madrid, 1992, pág. 428, citado por Engler Palma, María Cecilia, ob. cit., pág. 101.

1) se trata de un contrato no solemne (artículo 508 inciso primero del Código de Comercio);

2) queda entregado al convenio el objeto, la forma, el interés y las condiciones del contrato (artículo 508 inciso segundo del Código de Comercio);

3) se trata de una participación privada, por lo que no existe una persona jurídica distinta de los contratantes, tampoco hay una razón social, patrimonio ni domicilio distintos e independientes; y

4) el gestor es reputado único dueño en las relaciones externas, por lo que los terceros sólo tienen acción contra el administrador.

ii. Sin embargo, también existe una serie de elementos para refutar lo expuesto:

1) requiere la presencia de dos o más comerciantes, lo que no es propio del contrato swap;

2) tiene por objeto la realización de una o más operaciones mercantiles y, puesto que el contrato swap no requiere la presencia de comerciantes, es posible que las operaciones propias del contrato swap no sean mercantiles;

3) en el contrato swap no existe la obligación de rendir cuenta; y

4) entre los partícipes se producen iguales efectos que la sociedad, salvas las modificaciones resultantes de la naturaleza de la participación. Este último no es una observación decisiva, por cuanto el contrato swap permite, en el largo plazo, distribuir entre los contratantes los riesgos derivados de la variación de las tasas de interés y del tipo de cambio.

d. Mandato a nombre propio

El artículo 2116 del Código Civil define el mandato como un ***"contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"***.

El contrato swap puede ser concebido como dos mandatos a nombre propio paralelos, en que dos personas recíprocamente realizan a nombre propio, pero por cuenta del otro, determinada gestión. De esta forma, cada parte es,

recíprocamente, mandante y mandatario de la otra, y cada una de ellas espera beneficiarse con la gestión que, en su favor, haga la otra parte. Ahora bien, respecto de terceros sólo aparecerá actuando y sólo resultará obligado el respectivo mandatario, sin perjuicio de sus obligaciones para con su mandante.

Igual como ocurre en el caso de las teorías anteriores, existen argumentos para apoyar y rechazar lo expuesto:

i. Existen varias características del mandato que coinciden con el contrato swap y que permiten defender esta teoría de los dos mandatos a nombre propio:

   1) Si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta (...), habrá verdadero mandato. (artículo 2120 del Código Civil);
   2) El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo intelegible y aun por la gestión de sus negocios por otra persona (artículo 2123 del Código Civil). Lo que coincide con el consensualismo propio del contrato swap;
   3) El artículo 2137 del Código Civil señala que, cuando la delegación a persona determinada ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato; y
   4) La responsabilidad exclusiva que pesa sobre cada parte en el contrato swap por sus actuaciones frente a terceros, aparece reflejada en el artículo 2151 del Código Civil: El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante.

ii. Existen ciertas características propias del mandato que se alejan del contrato swap:

   1) el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración (artículo 2155 Código Civil), en circunstancias que no pesa esta obligación sobre ninguna de las partes del contrato swap;
   2) respecto de las partes del contrato swap no existen las obligaciones que el artículo 2158 del Código Civil señala para el mandante; y
   3) de acuerdo al artículo 2165 del Código Civil, el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, lo que no ocurre en el contrato swap.

11. Conclusión

El contrato swap es un contrato de reciente creación, desarrollado en el derecho anglosajón, que en sus orígenes tuvo por objeto superar los obstáculos al mercado cambiario, posteriormente se perfiló como una útil herramienta de financiamiento y de cobertura de riesgo. No obstante, no resulta fácil de aplicar, por cuanto requiere del concurso de dos contrapartes con estructuras financieras idénticas y contrapuestas, lo que no es fácil de encontrar. Por lo mismo, su cesibilidad y, por ende, su liquidez, también se ven entorpecidas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se han esbozado diversas teorías. De ellas, resulta muy atractiva, por su simplicidad, la teoría de los préstamos paralelos, superada que sea la crítica formulada a la unidad del contrato swap. En este sentido, el carácter netamente consensual de dicho contrato, unido a la autonomía de la voluntad de las partes, permite interrelacionar ambos préstamos. No obstante dicha calificación jurídica, será determinante al momento de la interpretación del contrato swap la intención de los contratantes. Así, los detallados documentos de normalización preparados tanto por la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, como por la ***International Swap and Derivatives Association (ISDA) y la British Banker's Association***, permiten deslindar con claridad la intención de los contratantes cuando suscriben contratos swap basados en tales documentos.

Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa

Juan Pablo Novoa Zegers
Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales
UNIVERSIDAD DE BARCELONA – UNIVERSIDAD POMPEU FABRA
Investigador
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Planteamiento general

En el derecho penal económico, la criminalidad de empresa, más que la criminalidad "en la empresa", ha acaparado, principalmente en las últimas décadas, la atención de la doctrina penal. Tal vez esta atención responda a la constatación empírica de que los clásicos criterios de atribución de responsabilidad penal, así como el monopolio que en materia de imputación de responsabilidad penal ostentan las personas naturales, demuestran que no siempre se satisfacen las aspiraciones de prevención que se persiguen con la pena.

En efecto, es una realidad en la criminalidad económica que los delitos de este ámbito no sean cometidos por una sola persona, sino que por varios sujetos cuya intervención puede provenir de dos planos distintos. Por una parte, y en forma habitual, esta intervención se realiza en un plano horizontal, lo cual supone una intervención conjunta en el hecho, pero con una relación de independencia entre los diversos sujetos. Por otra parte, esta intervención conjunta puede provenir también del plano vertical, vale decir, aquella que se ordena jerárquicamente.

Es aquí donde la dogmática jurídico-penal ha observado uno de los temas que más controversia y discusión han generado en el ámbito del derecho penal económico, en donde destaca, principalmente, la problemática relativa a la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa (superiores jerárquicos) que ordenan a sus subordinaos (empleados) la realización de conductas ilícitas y la posible responsabilidad de estos subordinados por la ejecución directa de esas conductas.

La importancia de estos problemas se hace evidente dada la enorme dimensión social que han adquirido las entidades mercantiles y el florecimiento del

mercado y de la actividad económica, lo que representa un importante riesgo para los distintos intereses individuales o sociales involucrados en el normal funcionamiento de todo el sistema económico.

En la actualidad, una considerable parte de la criminalidad económica es criminalidad de empresa, vale decir, criminalidad que se produce dentro o en función de esta organización.[1] Ahora bien, en la generalidad de las empresas existe una estructura organizada que está basada en los principios de división del trabajo y de jerarquía. Dada esta estructura, no nos resulta difícil comprender que la conducta puramente ejecutiva del sujeto subordinado, que por sí sólo o en conjunto con otros produce el hecho delictivo, no siempre es la más relevante desde el punto de vista penal, pues, de hecho, con la sanción exclusiva de éstos, no se alcanzan las finalidades político-criminales perseguidas en el combate de la delincuencia patrimonial económica.[2]

En efecto, a diferencia de lo que sucede con las modalidades delictivas clásicas, como pueden ser los delitos contra la vida, los delitos sexuales o los delitos de falsedad, en los delitos patrimoniales que tienen lugar dentro de estructuras organizadas en forma jerarquizada lo frecuente será que el ejecutor inmediato, vale decir, el que ejecuta materialmente la conducta, no se revele como el principal protagonista del hecho delictivo; ello se puede deber a un gran número de circunstancias, como son que el subordinado que ejecuta el hecho, se encuentra en una situación de error acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo o error de prohibición) o, bien, porque obra en una situación de estado de necesidad ante la amenaza de perder su puesto de trabajo o de sufrir otro tipo de consecuencias perjudiciales.[3]

Lo anterior hace indispensable determinar, en primer lugar, si el órgano jerárquico puede responder criminalmente por los actos cometidos por sus subordinados y, luego, precisar a qué título de autoría o participación responde. Estas serán básicamente las dos preguntas que trataremos de responder en esta exposición, para lo cual, tendremos como punto de partida la distinción entre

[1] La criminalidad de empresa, en palabras de Schünemann, comprende los delitos económicos en los que por medio de la actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa, citado por Meini, Iván, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", *Revista Derecho*, número 52, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 883.

[2] Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico*, Parte General, Valencia, 1998, pág 198.

[3] Silva Sánchez, Jesús María, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, (Dir. Bacigalupo Zapater), CGPJ, Madrid, 1997, pág. 32.

la responsabilidad penal de los órganos directivos por sus actos comisivos y la responsabilidad penal de éstos por sus conductas omisivas. Ambas hipótesis abarcan, como veremos, la mayoría de los problemas jurídicos penales que la doctrina ha observado en este ámbito del derecho penal económico.

II. Responsabilidad de los órganos directivos por sus actos comisivos

1. Punto de partida

En el marco de los delitos comisivos, los problemas más patentes, pero también los más frecuentes a la hora de fijar responsabilidad en los órganos de dirección de la empresa, se presentan en relación con los delitos comunes puramente resultativos, como son las lesiones, el homicidio, los delitos contra el medio ambiente y, en general, todas aquellas conductas en donde carecen de relevancia práctica tanto las modalidades limitadas de acción como la condición especial del autor.[4] Por ello, interesa, en primer lugar, determinar en qué medida es responsable la empresa –y con ello su órgano directivo– de que su giro no conduzca a lesiones de bienes jurídicos. Pero, además, hay que contestar también a la pregunta (al menos en el caso de las empresas de gran tamaño) de qué es lo que el órgano directivo ha de abstenerse de hacer para que no se produzcan lesiones de bienes jurídicos a través de la estructura productiva, regida por el principio de división de trabajo.

2. Actualidad de la discusión

Los instrumentos que se disponen en la actualidad para responder a las preguntas antes señaladas parecen en principio modestos, incluso aunque se tengan en cuenta las más modernas posturas de la dogmática penal acerca de los delitos comisivos de resultado.

El punto de partida utilizado por la dogmática señala que la realización del tipo exige que el sujeto actuante haya creado un riesgo desaprobado que se realice en el resultado.[5] Esto se aplica tanto al delito imprudente[6] como a los delitos dolosos.

---

[4] Frisch, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, (Mir/Luzón), Barcelona , 1996, pág. 101.

[5] Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª Edición, Barcelona, 2005, pág. 254; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª Edición, Granada , 2002, pág. 307.

[6] Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2005. Señala esta autora que este es el criterio dominante tanto en la jurisprudencia alemana como la española.

Ahora bien, a objeto de abordar el tema de esta exposición, creemos pertinente para un desarrollo más armónico de los problemas teóricos que aquí se planteen, diferenciar las siguientes hipótesis: si ha sido el comportamiento del órgano directivo de la empresa el que mediante una relación de causalidad natural, ha producido al resultado típico, o bien si la lesión al bien jurídico ha sido provocada por la propia conducta de la víctima o por la conducta de terceros, principalmente la de los empleados de la empresa. Veamos a continuación estas alternativas.

2.1. Acciones inmediatamente lesivas

Los casos más simples desde un punto de vista normativo son aquellos en los que la conducta del órgano produce inmediatamente el resultado típico. Sin embargo, debemos ser conscientes de que este tipo de situaciones no es común ni mucho menos frecuente, ya que las acciones que pueden producir la lesión de bienes jurídicos de terceros o de la colectividad no suelen ser realizadas por el gerente de la empresa desde su despacho ni por el directorio de ésta, sino que, generalmente, serán realizadas materialmente por un subordinado o empleado de inferior jerarquía.

No obstante, el supuesto planteado no es impensable; un ejemplo para graficar lo propuesto sería: El directorio de una central de energía nuclear, desconociendo en forma directa un informe elaborado por la gerencia de seguridad, que recomienda el reemplazo de piezas desgastadas del reactor principal de la planta, ordena a sus empleados no sustituir dichas piezas, a objeto de abaratar los altos costos que dicho cambio significa para la empresa, y a consecuencia de esta negativa a reemplazar las piezas se produce una fuga de material radioactivo que provoca el envenenamiento de algunos de sus empleados. Ciertamente, en este ejemplo se puede observar que la conducta del órgano directivo produce activa y directamente la lesión en sus empleados, ya que fue él quien ordenó el no cambio de las piezas gastadas, con el peligro que ello acarreaba, existiendo una relación de causalidad entre la acción del órgano directivo y el resultado producido, lo cual permitiría imputar dichas lesiones, tanto objetiva como subjetivamente,[7] a una conducta activa de ese órgano.

Uno de los más influyentes autores en la materia, Wolfgang Frisch, ha señalado que la conducta del órgano directivo produce inmediatamente el resultado típico cuando ese órgano encarga la explotación de determinadas instalaciones peligrosas a subordinados que no son versados en los problemas de seguridad, y

[7] Ragués I Valles, Ramón, "Atribución de responsabilidad en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva", en *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa* (Coord. Reyna Alfaro), Perú, 2005, págs. 579 y ss.

producto de esas acciones se producen accidentes dañosos, como, por ejemplo, explosiones, contaminación del medio ambiente, lesiones, etcétera.[8]

Si llevamos este criterio al ejemplo, tendríamos que concluir que también habría responsabilidad por una conducta activa del órgano directivo en el caso de que el directorio de la central nuclear nombre como gerente de seguridad de la planta a un sujeto que no tiene los conocimientos necesarios para garantizar su normal funcionamiento y la seguridad de sus empleados y, producto de ello, se produce una fuga de material radioactivo que envenena a los empleados. En este caso, también podría observarse una relación de causalidad entre la acción del órgano directivo y el resultado producido, lo cual abre la posibilidad de imputar las lesiones a una conducta activa del órgano y fijar una posible responsabilidad de sus miembros.

2.2. Acciones lesivas a través de un comportamiento de la víctima

En este segundo grupo de casos, el signo distintivo está en que el daño al bien jurídico se produce por el propio comportamiento del sujeto que es objeto de la lesión. Aquí, la responsabilidad del tercero (por ejemplo, la del órgano directivo o de un empleado subordinado de la empresa) desaparece debido a que la víctima resulta ser una persona con un ámbito de responsabilidad propio y donde el daño aparece como resultado de la conducta del tercero que ejecuta el acto bajo su propia responsabilidad.

Ejemplos citados en la doctrina son: alguien se introduce en una demolición o en un taller mecánico ajeno y allí se lesiona siendo el mismo tercero el responsable de las consecuencias dañosas. Algo similar sucede en el caso de trabajadores de la construcción que a causa de su negligencia al no observar las normas sobre seguridad en el trabajo, se lesionan; de tales daños es la propia víctima la responsable y no el órgano directivo de la empresa, a pesar de que evidentemente el "comportamiento de este órgano ha sido causa del resultado (ya que ha seleccionado y elegido a ese trabajador) y ha abierto la posibilidad de que se produjera el daño".[9]

Frisch sostiene que este grupo de casos tienen relevancia práctica cuando a consecuencia del uso de productos elaborados por la empresa se produce la lesión de bienes jurídicos de los compradores. Para este autor habrá que distinguir dos aspectos, si el comprador utiliza el producto para fines que no son los previstos por el fabricante o desatiende las advertencias acerca de los peligros del producto o de las instrucciones de uso que se le proporcionan,

[8] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 103.
[9] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 104.

entonces será responsable de los perjuicios que se deriven; por el contrario, si no se les ha informado a los consumidores acerca de los peligros del producto que para la empresa eran conocidos o que sabía como posibles, o si dichos peligros les eran desconocidos producto de su propia negligencia, será la empresa (y con ello, en principio, también su órgano directivo) la responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores, por el consumo de dichos elementos.[10]

El fundamento de esta responsabilidad se puede encontrar, por una parte, en el legítimo interés que tienen los consumidores de adquirir productos que no resulten peligrosos para sí mismos o su entorno familiar y, si son riesgosos, puedan éstos ser advertidos en forma adecuada y oportuna de los peligros que los productos implican a objeto de autoprotegerse de los mismos; por otro lado, si la empresa utiliza su libertad para comercializar productos peligrosos, estará obligada a respetar las condiciones antes señaladas, ya que si pone en circulación un producto peligroso desatendiendo estas obligaciones, creará un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, que en el caso de que produzca resultados típicos fundamentará la responsabilidad de la empresa, y en su caso, la responsabilidad del órgano directivo de la entidad.[11]

2.3. Acciones lesivas a través de comportamientos de terceros

Este tercer grupo de casos nos lleva al núcleo central de la responsabilidad por conductas comisivas de los órganos directivos de la empresa en el caso de organizaciones empresariales regidas por el principio de división jerarquizada del trabajo. Abarca aquellos supuestos en los que se producen lesiones de bienes jurídicos de terceros como consecuencia de incurrir los empleados de la empresa en defectos, equivocaciones o acciones dolosas cometidas por ellos mismos, o bien, en caso de que sea el propio órgano directivo de la empresa quien instruya directamente a sus empleados a cometer el hecho ilícito o, en su caso, éste hecho haya sido provocado o favorecido por dicho órgano.

El círculo de los hechos punibles imaginables en estos casos es muy amplio, ya que, por ejemplo, puede tratarse del desempeño descuidado de las funciones del trabajador o del incumplimiento de los deberes asumidos o, bien, de daños a clientes por estafa o defraudaciones, por infracciones a la normativa económica, pero, también, puede provenir de hurtos en trabajos realizados fuera de las instalaciones de la empresa o por chantajes a clientes, etcétera. Analizaremos a continuación los efectos jurídicos penales que producen cada una de estas alternativas:

[10] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 105.
[11] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 105.

A. Delitos cometidos por empleados de la empresa producto de defectos, equivocaciones o acciones dolosas de ellos mismos

En relación a estos hechos ilícitos, creemos necesario para abordar este tema responder previamente la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto se puede responsabilizar, al tenor de los principios de los delitos comisivos, al órgano directivo de la empresa por la contratación o el nombramiento de los empleados en cuestión, o por haberles proporcionado los instrumentos para su trabajo o las informaciones necesarias para el ejercicio de sus labores?

Como punto de partida podríamos señalar que no es posible hablar de una actuación ilícita del órgano directivo de la empresa por el mero hecho de designar a un empleado para un puesto de trabajo o de proporcionarle ciertas herramientas y sea éste quien cometa un error o una actuación dolosa en perjuicio de bienes jurídicos ajenos. La razón radica en que no es posible restringir la libertad de actuación de una persona, en este caso la del empleado, y prohibirle aquellas acciones que ofrezcan la oportunidad de cometer delitos, puesto que debe confiarse en que las personas se decidirán por realizar actuaciones conforme a derecho, incluso para el caso de que existan factores favorables para llevar a cabo una actuación inadecuada.[12] Así, si el órgano directivo nombra en un puesto de trabajo a una persona idónea para ejercer la función encomendada y producto de esa función éste comete un hecho ilícito que lesiona bienes jurídicos ajenos, en principio no existiría ninguna razón para que el órgano directivo responda por dicha lesión; obviamente, existen excepciones a este principio, un ejemplo que podría citarse es cuando se atribuyen a un empleado o sujeto dependiente tareas que por sus propias limitaciones (ya sean de salud o por falta de capacidades o conocimiento) no está habilitado para realizar sin un peligro concreto para bienes jurídicos de terceros.

Frisch observa que "la propia atribución de tales tareas crea un riesgo desaprobado; y, si se producen lesiones de bienes jurídicos como consecuencia de alguna de esas previsibles actuaciones erróneas, el órgano directivo de la empresa será responsable de ellas".[13] Pensemos en el caso de que el órgano directivo entregue explosivos a un operario que no conoce el manejo ni el uso de los mismos y producto de su desconocimiento causa una explosión y mata a terceras personas o, bien, encomienda la conducción de un bus de pasajeros a un empleado que no tiene los conocimientos, la experiencia o la habilidad para conducirlo y producto de ello choca y mata a varios pasajeros, ciertamente en estos ejemplos es posible fundamentar la responsabilidad del

[12] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 106.
[13] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 107.

órgano directivo por las muertes producidas a través de una acción inmediatamente lesiva de éstos.[14]

Fuera de estos casos, debemos reconocer que en la práctica sólo en raras ocasiones se reunirán las condiciones para que pueda imputarse a un órgano directivo un delito de comisión activa sobre la base de la conducta infractora de un subordinado, pues es muy raro que una empresa contrate a trabajadores que resulten ser notoriamente incapaces o indignos de la confianza necesaria a la hora de asumir las tareas que les competen, toda vez que el buen funcionamiento de la empresa va a depender del acierto en la elección de tales operarios; por otra parte, tampoco será frecuente que allí donde pueda constatarse un peligro grave para un bien jurídico se produzca un incremento del mismo imputable a un comportamiento activo del órgano directivo, ya que lo normal será que existan fallas en el sistema de organización o carencias en las medidas de control, cuya solución no deberá buscarse en los principios de los delitos activos o comisivos, sino en los principios que informan los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, de los cuales nos ocuparemos más adelante.[15]

B. Delitos que provienen de instrucciones directas del órgano de administración o han sido provocados o favorecidos por éste

En caso de que los delitos respondan a instrucciones directas del órgano de administración que no interviene causalmente en la ejecución del hecho, o en que el delito ha sido provocado o favorecido por el órgano de dirección, tanto en la doctrina española como en la alemana se han defendido prácticamente todas las soluciones imaginables a la hora de atribuir responsabilidad a los miembros de estos órganos.

Así, se ha señalado que los miembros del órgano directivo pueden responder como autores, como coautores, como autores mediatos, sin perjuicio de que se ha señalado también que pueden responder a través de las diversas formas de participación en el hecho punible.[16]

Silva sostiene que en la medida en que el delito cometido por el empleado subordinado responda a un plan diseñado por los órganos directivos de la

[14] Véase, supra, II, 2, 2.1.
[15] Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico*, pág 201. En este mismo sentido Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 109.
[16] Gallego Soler, José Ignacio, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Generalitat Valenciana, número 72, pág. 58; Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 39.

empresa o haya sido provocado o favorecido por ellos, podría calificárseles de partícipes,[17] para lo cual resultaría conveniente recurrir a la figura del cooperador necesario.[18] Sin embargo, no deja de producir perplejidad, como ha observado Silva, que "se clasifique de simple partícipe a quien domina de forma esencial todo el hecho típico, en la medida que posee la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma".[19] En tal caso, parece evidente que la conducta del "hombre de atrás" realiza un comportamiento que reviste todos los caracteres de una evidente autoría.[20]

Producto de esta incongruencia, se ha sostenido por algunos autores que la estructura básica de imputación en este ámbito la conforma la autoría mediata.[21] La autoría mediata es un supuesto de los que se denominan de "comisión activa", esto es, se hace responsable a un sujeto por la conducta que efectivamente realiza, por un "hacer" positivo.[22] La doctrina entiende que es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.[23] Según su concepción tradicional, la autoría mediata es un caso en que la persona de atrás, pese a estar alejada formalmente del delito, es quien tiene el dominio normativo de la situación, porque la persona que tiene delante opera como un mero instrumento en sus manos en la medida en que actúa sin libertad o sin conocimiento, vale decir, actúa desconociendo el carácter delictivo de su conducta y, por ende, no se le puede imputar el hecho ni castigársele.[24] El elemento definitorio de esta figura está en que la persona de atrás, el autor mediato, coloca frente al delito a una persona que conforme a las reglas de responsabilidad penal no puede merecer pena.

Ahora bien, con independencia de esta solución doctrinal y sin adentrarnos en los cuestionamientos que realiza la ciencia penal a la hora de establecer los alcances y límites de la autoría mediata, lo cierto es que el problema de

[17] Silva Sánchez, Jesús María, "Responsabilidad penal de las empresas", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (Schünemann/de Figueiredo), Barcelona, 1995, pág. 369.

[18] La figura del cooperador necesario se encuentra regulada en la letra b) del artículo 28 del Código Penal español de 1995, el cual establece que: "También serán considerados autores: Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

[19] Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 369.

[20] Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 200.

[21] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 14; Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 59.

[22] La figura de la autoría mediata se encuentra regulada en el artículo 28 del Código Penal español de 1995, el cual establece que "Son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento".

[23] Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, pág. 23; Mir Puig, *Derecho Penal*, pág. 379.

[24] El VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, definió al autor mediato como "aquel que determina a cometer un delito a una persona que no puede ser considerada responsable".

la calificación jurídica del comportamiento del órgano directivo que actúa desde arriba se plantea en toda su dimensión cuando el empleado que realiza directamente el hecho es plenamente responsable del mismo, lo cual, impide apreciar una autoría mediata en los términos expresados.

Para solucionar este problema un sector de la doctrina[25] ha pretendido recurrir aquí a la discutida doctrina del "autor detrás del autor", en concreto a la modalidad referida a los "aparatos organizados de poder",[26] con la finalidad de intentar fundamentar la punibilidad de los directivos o dueños del negocio, afirmando igualmente la responsabilidad de los operarios de niveles inferiores. Se trata en definitiva de un mecanismo para poder alcanzar la cúspide empresarial, lo cual coincide con la concepción generalizada de que la permanencia de la responsabilidad penal en los niveles inferiores de la organización empresarial trae consigo un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas jurídico-penales.[27]

Fue Roxin en el año 1963 quien postuló una tercera forma de ejercer el dominio de la voluntad en los supuestos de la autoría mediata, ajena a la coacción y al error, que él denominó "dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder".[28] Esta teoría surgió como respuesta a los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por los miembros y funcionarios del aparato de poder del gobierno nacionalsocialista alemán en el período 1943 a 1945, respecto de los cuales podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan deleznables hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.[29] Uno de estos personeros fue Eichmann, un alto funcionario nazi encargado de planificar los actos de exterminio ejecutados materialmente por otros en los campos de concentración nazis. En el proceso

[25] En la doctrina española podremos mencionar a Gonzalo Rodríguez Mourullo, José Manuel Gómez Benítez, Enrique Bacigalupo Zapater, Juan Bustos, Ushala Joshi Jubert y Carolina Bolea Bardón, todos citados por Meini, Iván, "Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados", Valencia, 2003, pág. 121.

[26] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 43.

[27] Véase, supra, I.

[28] Como es sabido, esta propuesta procede de los trabajos de Claus Roxin, principalmente en *Straftaten im rahmen organisatorischer machtapparate*, 1963. Al respecto Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 109; Muñoz Conde, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", disponible en http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/htlm/artmun1.htm.

[29] Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ª Edición, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Barcelona, 2000, págs. 274 y ss.

a que fue sometido en Jerusalén y que condujo a su condena a muerte, quedó probado que Eichmann jamás llevó a cabo personalmente algunas de estas ejecuciones, pero ello no fue obstáculo para considerársele responsable de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Para Roxin, la única razón que podía fundamentar esta conclusión era que Eichmann fuera considerado como autor mediato de estos delitos, en la medida que, por su posición en el aparato de poder, controlaba y dominaba los hechos que otros ejecutaban.

Los factores que Roxin consideraba determinantes para su tesis de los "aparatos de poder organizados" eran originalmente tres: el dominio de la organización, la fungibilidad del ejecutor y que la organización operara al margen de la legalidad. En el último tiempo, este destacado autor incluyó, además, un cuarto elemento denominado de la "considerablemente elevada disponibilidad al hecho".[30]

a) Respecto al requisito del dominio de la organización, Roxin sostiene que la calificación de autor mediato en virtud del dominio de la voluntad en una maquinaria organizada de poder puede recaer en cualquier persona que ocupe un lugar en la organización desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado y las ejerza para causar realizaciones del tipo.[31] Lo relevante para este autor está en que el sujeto detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le estaba subordinada, sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito.[32] De ahí "que puedan encontrase en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena".[33]

b) Luego, en cuanto al requisito referido a la fungibilidad del ejecutor, Roxin sostiene que en los aparatos de poder organizado la consecución del plan se encuentra asegurada en la medida en que si uno de los agentes que coopera en su realización, que según el organigrama de la maquinaría estaba llamado a ejecutar la orden, fracasaba o se negaba a cumplirla, inmediatamente otro iba a suplirle, sin afectar la realización del plan global.[34] A partir de ello es posible deducir el contenido del concepto de fungibilidad empleado por Roxin, entendiendo por éste la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de los aparatos de poder ejecutan el último acto que realiza el tipo.[35]

Este es quizá el elemento más criticable en la construcción de Roxin, ya que no es demostrable empíricamente que en todos los casos de comisión de

[30] Roxin, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de estudios de la justicia*, número 7, Santiago de Chile, 2006, pág. 20.
[31] Roxin, *Autoría y dominio...*, pág. 275; "El dominio de organización...", pág. 16.
[32] Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 113.
[33] Roxin, "El dominio de organización...", pág. 16.
[34] Roxin, *Autoría y dominio...*, pág. 272.
[35] Roxin, "El dominio de organización...", pág. 17.

un hecho por medio de un aparato organizado de poder se pueda partir de la fungibilidad del ejecutor directo.[36] Así, en el caso de ejecutores directos "especialistas", la fungibilidad no puede operar si no es posible intercambiar a ese ejecutor especialista por otro que posea igual cualidad, ya que de otra manera el ilícito no podría llevarse a cabo de acuerdo al plan global diseñado por la organización.[37]

A esta crítica se suma que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación *concreta del hecho* que se está enjuiciando, en donde el ejecutor del hecho, fácticamente, no puede ser intercambiado en cualquier momento con respecto al hecho concreto. Por ejemplo, "si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría haber impedido la fuga de ese fugitivo. Esta falta de intercambio podía deberse a que en la situación concreta no se disponía de suficientes medios de reemplazo y que, por lo demás, la certeza de la que habla Roxin se transforma claramente en una mera probabilidad si se parte de que el ejecutor es una persona responsable, esto es, que actúa libremente y puede decidir si ejecuta o no la acción.[38] Ante dicha crítica, Roxin argumenta que, como cualquier forma de autoría, la autoría mediata no supone un éxito asegurado, sino que resulta perfectamente concebible una tentativa, como sucede en aquellos casos en que el instrumento no lleva a cabo el delito y no es posible su reemplazo por otro miembro de la maquinaria de poder.[39]

c) Finalmente, Roxin sostuvo la necesidad de que la maquinaria de poder actuase al margen de la legalidad, lo cual se justificaba en el hecho de que "de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que mientras la dirección y los órganos ejecutores se mantienen en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delito no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás".[40]

[36] Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Alemán y Comparado*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2007, pág. 78

[37] Schroeder, Friedrich-Christian, "Der Sprung des Täters hinter dem Täter. Aus der Theorie in die praxis", citado por Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, pág 78.

[38] Herzberg, "Mittelbare Täterschaft", citado por Gómez-Jara Díez, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *Cuadernos de Política Criminal*, número 88, Madrid, 2006, págs. 132 y 133.

[39] Roxin, "Armenkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzeberg", citado por Gómez-Jara Díez, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos...?", pág. 133.

[40] Roxin, *Autoría y dominio...*, págs. 276 y 277.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Es precisamente este requisito el gran obstáculo que deben sortear los partidarios del "autor detrás del autor" en los aparatos organizados para poder atribuir responsabilidad penal al órgano empresarial, aun cuando en el último tiempo ha sido el propio Roxin quien ha tendido a matizar la necesidad de que el aparato como tal actúe desligado del ordenamiento jurídico; en efecto, dos han sido los matices difundidos por este autor alemán: por un lado, "el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él", y, por otro lado, "esta desvinculación al derecho no depende ya de la manera como la juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica".[41]

Son estas matizaciones, que la doctrina denomina "desvinculación en sentido restringido",[42] las que han dado lugar a la aplicación de esta figura en el ámbito empresarial. Así, el Tribunal Supremo alemán ha elaborado una jurisprudencia en la que se establece la posibilidad de aplicar esta figura en el ámbito de las estructuras organizativas empresariales o de carácter similar señalando expresamente que "el problema de la responsabilidad en los negocios de las empresas económicas puede solucionarse de esta manera".[43]

Por otro lado, la figura de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder ha cobrado una inusitada relevancia en el seno del incipiente Derecho Penal Económico Europeo, puesto que en las discusiones que están teniendo lugar con motivo de la elaboración de un texto que contenga la regulación positiva de los "eurodelitos", la introducción expresa en el texto legislativo de la autoría mediata se está contemplando como una posibilidad cierta dada la dificultad que supone comprender estas conductas bajo las figuras tradicionales de autoría y participación.[44]

d) En el último tiempo, Roxin incluyó, dentro de los elementos propios de esta modalidad de autoría mediata, un nuevo criterio denominado de la "considerablemente elevada disponibilidad al hecho". Según éste, "el sujeto que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, más preparado para el hecho que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho

[41] Roxin, "El dominio de organización...", pág. 16.
[42] Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, pág 96.
[43] BGH 40, 218, 236 y ss, del año 1994.
[44] Gómez-Jara Díez, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos...?", pág. 139.

del hombre de atrás".[45] Son múltiples los supuestos que desempeñan aquí un papel central: por ejemplo, se puede mencionar la tendencia a la adaptación que acarrea la pertenencia a la organización, el empeño excesivo en prestar servicios, sea por arribismo, por afán de notoriedad o por ofuscación ideológica o, también, a causa de impulsos criminales sádicos a los que el miembro de una organización desvinculada del derecho cree poder ceder impunemente.[46]

Como advierte Silva, la teoría de los aparatos de poder organizados, tal cual fue elaborada por Roxin, obedece a una "evidente necesidad político-criminal y se muestra, a la vez, conforme con el sentido del lenguaje, con lo que el marco ontológico no se vulnera al atribuir la condición de autor a estos sujetos".[47]

Sin embargo, ello no obsta a que tal solución haya sido duramente criticada por la doctrina. En efecto, no son pocos los autores que de la mano del principio de responsabilidad penal, han señalado que no es posible afirmar la punibilidad del autor mediato ahí donde el instrumento es también un sujeto responsable.

Se argumenta que la responsabilidad penal que le incumbe al superior jerárquico en los aparatos de poder organizados por los delitos que realicen sus colaboradores subordinados debe ser a título de coautor, y como tal deben ser tratados. Así, Jescheck sostiene que sólo cabe hablar de autoría mediata en los aparatos organizados de poder cuando los ejecutores directos no puedan ser considerados plenamente responsables, "en el caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización es un coautor".[48]

Se decanta también por la coautoría Jackobs, quien critica la aplicación de la autoría mediata en el "aprovechamiento de aparatos de poder organizado por considerarla superflua y nociva tanto desde criterios objetivos como subjetivos". Entiende este autor que todos los casos de realización de un delito a través de un aparato de poder deben incluirse en la figura de la coautoría, porque "sólo por la comunidad entre los que ordenan y los que ejecutan las órdenes puede interpretarse un hecho concreto del ejecutor como aportación a una unidad comprensiva de varias acciones ejecutivas".[49]

Otra corriente doctrinal sostiene la idea de que a los mandos superiores de la maquinaria de poder se les debe atribuir responsabilidad penal sólo a título de participación. Pionero en ello fue Gimbernat Ordeig, quien postuló que

[45] Roxin, "El dominio de organización...", págs. 19 y 20.
[46] Un análisis más acabado de estos supuestos en Roxin, "El dominio de organización...", pág. 20.
[47] Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 371.
[48] Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 722.
[49] Jackobs, Günther, *Derecho Penal*, Parte general (Trad. Cuello Contreras/Serrano González), Madrid, 1997, pág. 784.

la actividad de aquellas personas en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y configuraran el aparato de poder que el delito exigía, debía ser calificada de inducción, lo cual permitiría castigarlos con la misma pena que corresponde a los autores.[50]

Por su parte, Maurach/Gössel/Zipf señalan que el problema de los aparatos organizados de poder debe resolverse tomando en cuenta el grado de presión que puede ejercer el superior jerárquico sobre el instrumento mediante el aparato de poder organizado. Así, habría autoría mediata cuando la presión del órgano es de tal entidad, que pasa a controlar o dominar la voluntad de quien lleva a cabo la acción, y en donde el instrumento es verdaderamente tal, motivo por el cual no tendría que responder penalmente, pues habría actuado por medio del error o la coacción. En cambio, habría inducción cuando la presión ejercida por el órgano superior es insuficiente para la exculpación del ejecutante.[51] Como puede observarse, estos autores distinguen para la calificación de los intervinientes en el aparato de poder organizado, la magnitud de la presión que sobre ellos ejerce el aparato, con la novedad de que no ven coautoría cuando la presión del aparato sobre el instrumento no es muy intensa, reconociendo que en este caso el autor tras el autor es un inductor.

En el último tiempo, Muñoz Conde ha recurrido a la figura de la "coautoría mediata" para atribuir responsabilidad en los aparatos de poder organizados, en donde el ejecutor material es un mero instrumento del hombre de atrás y éste último se caracteriza por mantener el dominio funcional del hecho, aun cuando no se encuentra presente en su ejecución material.[52]

La doctrina nacional, en su mayoría, tiende a acoger la postura de Gimbernat Ordeig, señalando que quien ordena una ejecución masiva es inductor, debiendo aplicársele el número 2° del artículo 15 del Código Penal chileno; por su parte, el que la ejecuta es autor ejecutor del artículo 15, número 1°, y quienes se encuentran en medio de la maquinaria de poder responderán, según su concreta participación en el hecho, ya sea como autor-cómplice del artículo 15, número 3° o, bien, como cómplice del artículo 16 del Código Penal.[53]

---

[50] Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, 2006, pág. 163.

[51] Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II (Trad. Jorge Bofill), Buenos Aires, 1995, págs. 354 y ss.

[52] Muñoz Conde, "¿Cómo imputar...?"; En un sentido similar Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 133.

[53] Cury/Matus, "De las responsabilidades de los delitos, artículos 14 a 17", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General (Politoff-Ortiz Quiroga), Santiago de Chile, 2002, pág. 243. En un sentido similar Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Parte General , Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1997, pág. 309.

2.4. La cuestión de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizados en la jurisprudencia chilena

Un importante obstáculo para efectuar un diagnóstico sobre el tratamiento de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizados en la jurisprudencia chilena lo constituye el hecho de que en muy pocas ocasiones los pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores se han referido expresamente a esta cuestión. En efecto, en esta materia a menudo sucede que las sentencias que recogen esta modalidad de autoría mediata tan solo aludan a alguno de sus requisitos, con lo cual ya de entrada es difícil pronunciarse sobre si la jurisprudencia admite o no en forma general esta estructura dogmática.

De hecho, un repaso de los diversos pronunciamientos de los tribunales en este tema muestra que la utilización de esta modalidad suele invocarse en procesos judiciales que contienen un fuerte contenido político en donde muchas veces es difícil entender si se persigue una real y verdadera necesidad de obtener justicia para las víctimas o bien se busca un afán de venganza por hechos ocurridos, en algunos casos, hace más de treinta años. Por ello no debe sorprender que el abordaje jurisprudencial a la modalidad de los aparatos de poder organizados naciera y siga manteniéndose para los procesos denominados "sobre derechos humanos", por hechos ocurridos durante el gobierno del ex presidente Augusto Pinochet Ugarte.

Como a continuación se verá, es en estos casos cuando nuestros Tribunales Superiores de Justicia han recurrido a la modalidad de los aparatos organizados de poder, admitiéndola como título adecuado para hacer responsables criminalmente tanto al general Pinochet como a sus colaboradores.

Sea como fuere, el tratamiento de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizado puede sintetizarse a partir de los siguientes fallos jurisprudenciales:

1. En el enjuiciamiento del famoso "caso Letelier" nuestros Tribunales Superiores, a través del Ministro Instructor Adolfo Bañados Cuadra, tuvieron ocasión de pronunciarse, por primera vez, sobre la autoría mediata en su modalidad de aparatos organizados de poder. Más allá de la opinión que nos merezca la decisión del Ministro Instructor en cuanto a qué título debían responder los autores de dicho atentado, lo cierto es que su establecimiento supuso la trascendental consecuencia de que nuestros Tribunales reconocieron la posibilidad de aplicar esta modalidad de la autoría mediata. Los concretos términos de esta importante sentencia fueron los siguientes:

"138°) Que esta inter-relación humana ha sido estudiada por Claus Roxin en su monografía, Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal (incorporada a la recopilación Problemas actuales de las Ciencias Penales, *Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1970) y la caracteriza como el dominio de la voluntad que se produce en un órgano de poder, que puede ser de índole militar, política, ideológica, de Estado, en que los jefes emplean el instrumento de poder que aquellas les confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir, intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que en la vida real anula o hace casi imposible toda resistencia u oposición; aquel que imparte la orden es el autor mediato.*

Este es un estado de cosas perfectamente asimilable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que si legalmente no podían ser compelidos a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el Coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediablemente a cometer un determinado acto.

140°) Que en consecuencia los procesados son responsables del delito de homicidio en calidad de co-autores, en razón de lo que preceptúa el artículo 15 N° 2 del Código Penal, cuando define entre los autores de un delito, a los que fuerzan a otro a cometerlo. Los razonamientos que se han desarrollado son excluyentes de la posibilidad de que a los acusados les sea aplicable la fórmula del N° 3 del citado artículo 15 o aquella del N° 2 en la parte que se refiere a la inducción. En efecto la concertación mencionada en ese N° 3 implica de la idea de confabularse o deliberar en un plano de más libertad e independencia que el que cabe suponer en la situación en que se hallaba Townley, y por lo que concierne a la inducción ella consiste en u proceso psicológico dirigido a conquistar la voluntad de un tercero, acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo que acaba de atribuirse al mandato que recibió Townley de parte del Director de la DINA...".[54]

2. A partir del fallo del "caso Letelier", nuestra jurisprudencia ha utilizado esta modalidad en otras causas sobre derechos humanos, como es en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que desaforó al General Pinochet, por el caso "Caravana de la Muerte", en donde, si bien no se menciona en forma expresa la autoría mediata en lo aparatos de poder organizado, puede concluirse que sí se le considera al fundamentarse el fallo, ya que algunos de sus elementos están presentes:

"12°) Que... para reputar autor, cómplice o encubridor al parlamentario sujeto a fuero... era público y notorio que en la época de los acontecimientos que in-

[54] *Revista Fallos del Mes*, año XXXV, noviembre, 2003, págs. 154 y 155.

vestiga el ministro instructor... el General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte se desempeñaba simultáneamente como Presidente de la Honorable Junta Militar de Gobierno, que acumuló en si las funciones constituyentes, ejecutiva y legislativa, y Comandante en Jefe de la institución castrense a la que pertenecía. En esta última calidad tenía la tuición directa de los Servicios de Inteligencia del Ejército y era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempos de guerra... pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades.

13°) Que el carácter de Presidente de la Honorable Junta Militar de Gobierno, del general Augusto Pinochet Ugarte..., lo mantuvo hasta fines de mil novecientos setenta y cuatro...

14°) Que, bajo el prisma enunciado en las dos motivaciones precedentes, nace la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio, la que se apoya en aquella delegación de sus funciones jurisdiccionales como jefe máximo de los tribunales militares en tiempos de guerra que exhibió el general Sergio Arellano Stark...".[55]

3. También se recurrió a esta figura, aun cuando tampoco se le señala en forma expresa, en la sentencia que desafuera a Augusto Pinochet Ugarte en la denominada "Operación Cóndor". Los términos utilizados en esta sentencia fueron los siguientes:

"14°) Que... el Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada y, por lo mismo, igualmente jerarquizada en que, por regla general, el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia, de lo cual, además, deben rendir cuenta en tiempo predeterminado, aspectos que controla el mando...

15°) Que tales elementos de juicio... dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir...".[56]

4. En donde sí se alude expresamente a esta modalidad de autoría mediata es en el fallo recaído en la denominada "Operación Albania":

"20°) Que atendida la calidad de autor que precedentemente se ha atribuido a los seis acusados y para establecer claramente la participación... es útil y necesario

[55] Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2000. En http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/jurisp.noticiosa/fallo7.html.
[56] Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2004. En http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/desafpin8.html.

aclarar que en el presente caso y dada la estructura militar y jerarquizada y compartimentada del organismo que participó en el operativo en estudio, existió al menos dos tipos de autores claramente definidos: a) los autores directos y materiales de los delitos cometidos, que son todos los participantes, menos el Comandante de la División Metropolitana de la Central Nacional de Informaciones...; b) el autor mediato, quien dio las órdenes pertinentes, manteniendo siempre el control de todas las acciones, atendida su competencia y atribuciones, con lo que ha adquirido la condición antes señalada en los delitos investigados, al forzar a otros para su comisión, usando su jerarquía y autoridad;

21°) Que en relación a la segunda forma de autoría recién citada y para centrar ésta a nuestro derecho positivo, procede recordar que el N° 2 del artículo 15 del Código Penal considera autores de un delito a "los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo".

...En nuestra legislación, en la autoría mediata, el intermediador actúa dolosamente, y no como simple instrumento; tiene conocimiento de que comete un delito forzado o inducido y, por ende, si bien es mediador entre el que fuerza o induce y el resultado, es mucho más que un medio de ejecución, y por ello es también autor, pero inmediato.

El N° 2 del artículo 15 consagra legislativamente lo que la doctrina denomina "el autor detrás del autor, con las siguientes características: a) Coexisten dos acciones, la del autor mediato, constituida por el empleo de la instigación, y la del autor inmediato, que materialmente realiza el hecho, y b) Tanto el autor mediato como el inmediato actúan dolosamente en el mismo sentido, de modo que este último no es un instrumento del primero, porque sabe lo que hace y la significación de su actuar, que viene a ser el efecto o consecuencia complementaria de la acción del inductor. Se trata de dos acciones complementarias, de cuya concurrencia se requiere para la existencia del delito: sin el comportamiento del autor mediato no se incurriría en delito...".[57]

5. Finalmente, especial hincapié en los requisitos doctrinales que exige esta modalidad de autoría mediata pone el fallo dictado recientemente por la Corte Suprema, que acogió el pedido de extradición solicitado por el Gobierno peruano en contra del ex presidente de dicha nación Alberto Fujimori:

"NONAGÉSIMO SÉPTIMO: ...Que en este orden de ideas, en la autoría mediata el autor obviamente no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que se mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete

[57] Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de julio de 2006. En http://emol.com/noticias/documentos/pdfs/sentencia_homicidio.pdf.

a sus propósitos. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total. De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá...".[58]

La importancia de esta resolución está en que reconoce con carácter general que son requisitos propios de esta modalidad de autoría mediata la fungibilidad del ejecutor y la existencia de una estructura organizada, no mencionándose, eso sí, la necesidad de la desvinculación del ordenamiento jurídico por parte del aparato de poder, aun cuando se entiende que la Corte Suprema la considera en su sentido "restringido", por cuanto utiliza esta figura respecto de delitos de homicidio calificado y lesiones graves.

2.5. Toma de posición

A la luz de los principios y fundamentos que rigen la figura de los aparatos de poder organizados, no nos resulta correcto entender que la responsabilidad del "hombre de atrás" en estos supuestos pueda ser encuadrada en las figuras de la coautoría o de la inducción.

En efecto, si calificamos de coautor al hombre de atrás, tendríamos que reconocer que éste no solo participa o ejecuta acciones en la fase preparatoria del delito, sino que también ha intervenido de igual forma en la fase ejecutiva de éste, lo cual supondría que el hombre de atrás conoce a los ejecutores materiales del delito, o los conocerá al instante de su ejecución, o tomará contacto con ellos.

Sin embargo, estas circunstancias no se condicen con el supuesto de hecho del autor detrás del autor en las maquinarias de poder organizado, que exige que el autor de atrás no conozca ni tome contacto con los ejecutores materiales de la conducta delictiva. Por eso, concuerdo con Roxin, cuando descarta

[58] Corte Suprema, 21 de septiembre de 2007. Rol número 3744-2007.

considerar al hombre de detrás como coautor del que ejecuta materialmente la conducta delictual.[59]

Y lo mismo puede afirmarse respecto de la figura de la inducción, ya que para su configuración, como bien reconoce la doctrina,[60] se necesita de un contacto directo y concreto entre la persona que induce y quien es inducido. El inductor tiene que influir psicológicamente en una persona determinada para que cometa el delito, requisito que no es posible de observar en el hombre de atrás, ya que éste no conoce a quien debe inducir, por ser, precisamente, un sujeto fungible e intercambiable del aparato de poder organizado.[61]

Pero la pregunta que debemos responder ahora es si ¿pueden aplicarse las reglas del dominio de la organización a los delitos cometidos por la empresa? Y la respuesta dependerá de si concurren, en el hecho concreto, los requisitos propios de esta figura doctrinal.

Como punto de partida, debemos reconocer que en la mayoría de los casos faltarán, generalmente, tres requisitos de ésta: las empresas no suelen trabajar desvinculadas al derecho, vale decir, no se forman para desarrollar actividades criminales. Tampoco se da una disponibilidad al hecho ilícito considerablemente elevada por parte de los miembros de la empresa, ya que, se ha demostrado empíricamente, la comisión de delitos lleva aparejado un alto riesgo de que el subordinado sea castigado por su comisión o, bien, de que pierda su puesto de trabajo.[62] Finalmente, también faltará el requisito de la fungibilidad, ya que no es común que en la empresa haya un gran número de empleados que estén dispuestos a cometer acciones criminales y que sean intercambiables entre sí, cuando uno de ellos no quiera o no pueda cometer el ilícito decidido por el órgano de administración. Es en virtud de esta argumentación que Roxin ha rechazado, en forma expresa, esta modalidad de la autoría mediata en los ilícitos cometidos en el ámbito empresarial.[63]

Pero, por otra parte, también debemos ser conscientes de que no son pocos los autores que se manifiestan a favor de su aplicación en el ámbito empresarial, para lo cual descartan como elementos integrantes de ella, la desvinculación

[59] Roxin, *Autoría y dominio...*, 330; "Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ª Edición, Barcelona, 2000, págs. 171 y ss; "El dominio de organización...", pág. 13.

[60] Mir Puig, *Derecho Penal*, págs. 404 y 405; Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2005, págs. 167 y ss.

[61] Véase, supra, II, 2, 2.3, B.

[62] Roxin, "El dominio de organización...", pág. 19.

[63] Roxin, "El dominio de organización...", pág. 21.

del derecho del aparato organizado y la fungibilidad de los subordinados, "que se considera como un mero dato fáctico que cobra relevancia cuando se valoran las probabilidades de ejecutar el delito, mas no para la existencia del mismo".[64]

Con esta interpretación, la aplicación y justificación, en el ámbito empresarial, de esta modalidad de autoría mediata se hace en extremo expedita, lo cual obedece claramente a una necesidad político-criminal de atacar de manera eficiente esta forma de delincuencia. Sin embargo, el que ello sea así puede obedecer no sólo a una necesidad político-criminal, sino también a que la construcción de Roxin no ha sido capaz de establecer con claridad cuál es el contenido preciso de cada uno de sus elementos.[65]

De lo dicho hasta el momento, y recogiendo esta necesidad de perseguir criminalmente esta forma de criminalidad de empresa, podemos señalar que aceptamos la utilización de la autoría mediata en su modalidad del "autor tras el autor", pero sólo en aquellos casos en donde concurren todos los elementos integrantes de ésta. Creemos que sólo de esta manera puede fundamentarse el dominio que el órgano de dirección tendrá sobre las acciones ilícitas realizadas por los subordinados de esa organización empresarial.

Ahora bien, como en el caso concreto faltará, generalmente, alguno de los requisitos antes mencionados, la aplicación de esta teoría será de escasa ocurrencia. Por ello, no creemos conveniente descartar de antemano la posibilidad de calificar al hombre de atrás en un aparato de poder organizado como coautor (junto con los ejecutores), como inductor, o como cualquiera otra de las formas de autoría y participación que reconoce el ordenamiento jurídico. Entonces, la calificación jurídico-penal dependerá, en última instancia, de la intervención efectiva que haya tenido el sujeto en el acontecer delictivo, razón por la cual así como no se puede afirmar que siempre alguna de las categorías de autoría y participación va a ser aplicada, tampoco es posible descartar alguna de ellas.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, los diversos criterios doctrinales, muchas veces irreconciliables, y los problemas prácticos que se producen a la hora de imputar la realización de un delito en comisión activa al órgano directivo,[66] han determinado que en el ámbito de la criminalidad de empresa,

[64] Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 197.
[65] Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, págs. 76 y ss.
[66] A todos los problemas a que ya nos referimos con anterioridad, debemos agregar que, en opinión mayoritaria de la doctrina, la posibilidad de responsabilizar penalmente, a título de autoría, a los órganos directivos en la esfera de los delitos comisivos se desvanece completamente si el ejecutor material comete un delito de medios determinados, dado que en éstos únicamente podrá ser autor aquella persona que materialmente utilice tales medios, pero no aquella (en este caso el órgano directivo) que

se revele como un medio especialmente apto para superar dichas dificultades, la estructura de la comisión por omisión.[67]

A través de esta estructura, se puede considerar que cometen el correspondiente delito por omisión el órgano directivo que no hubiese evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u "hombre de atrás" se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa. A continuación trataremos en profundidad dicha estructura.

III. Responsabilidad por actos omisivos

Para el análisis de este tema, creemos conveniente partir con un par de preguntas que tienen la ventaja de resumir la problemática jurídica que se plantea en este tipo de casos: ¿pueden ser responsables penalmente los titulares de los órganos de dirección de una empresa que no cometen activamente el delito?, ¿pueden tener responsabilidad por un mero "no hacer"? En la dogmática actual de la autoría de la delincuencia empresarial, "ésta es la verdadera cuestión controvertida, esto es, la cuestión de la responsabilidad omisiva atribuible al órgano directivo por el comportamiento del subordinado".[68]

Un calificado sector doctrinal, entre ellos Frisch en Alemania y Silva y Martínez-Buján Pérez en España,[69] han decidido acudir a la estructura de la comisión por omisión, con el fin de atribuir responsabilidad penal a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no han evitado que el hecho delictivo sea ejecutado por sus empleados, "siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u hombre de atrás se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligros derivados de la misma y, consecuencialmente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa".[70]

simplemente se limita a no impedir el hecho, el cual sólo podrá ser calificado, en su caso, de partícipe. Algo similar ocurre con los delitos de mera actividad, en Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, pág. 201.

[67] Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201; Silva Sánchez, *Responsabilidad penal de las empresas*, pág. 371; Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 110.

[68] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 67.

[69] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 110; Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 371; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201.

[70] Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201.

Esta idea, aun cuando es relativamente reciente, ya ha encontrado eco en algunos proyectos legislativos europeos; mención especial merece el artículo 13 del *Corpus Iuris*, que contiene las normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, que establece que "cuando se cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 1 a 8 en nombre de la empresa por una persona sometida a su autoridad, serán penalmente responsables el empresario o cualquier otra persona con poder de decisión o de control en el seno de la empresa que conscientemente hubieran dictado órdenes, permitieran la comisión del delito u omitieran los controles debidos". Esta norma nos permite deducir que pueden ser títulos de imputación de la responsabilidad penal del órgano directivo, la omisión de los controles debidos y el permitir que otra persona cometa un delito.

Corresponde fundamentalmente a Schünemann[71] el mérito de haber aplicado la dogmática de la comisión por omisión en el ámbito de la delincuencia empresarial y de haber efectuado un convincente desarrollo de las ideas básicas que deben estar presentes en el traspaso de la dogmática general de la omisión impropia a la problemática de la responsabilidad penal de los órganos directivos en estructuras jerarquizadas.[72]

El mencionado autor reconoce que es posible encontrar en la legislación penal de su país (ya sea en el propio Código Penal o en leyes penales especiales) algunos preceptos concretos que, respondiendo en principio al esquema propuesto, regulan *expressis verbis* la responsabilidad penal, en comisión por omisión, de los órganos jerárquicamente superiores por los hechos cometidos directamente por los subordinados.[73] Así, el punto de partida propuesto por Schünemann consiste en recurrir a los preceptos generales que regulan la omisión impropia y a la correspondiente doctrina elaborada a partir de ellos, para luego elaborar principios generales que se adapten a la peculiar posición que ocupa el órgano directivo dentro de la organización de la empresa.

En relación con esto, Schünemann advierte que "las tradicionales fuentes de la posición de garante (no sólo las fuentes formales, sino incluso las más modernas fuentes materiales de garante, basadas en el deber de proteger

[71] Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln (y otras), 1979, págs. 70, 77 ss., 84 ss. y 95 ss., citado por Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 70.

[72] Tomaré las ideas principales de esta estructura de la obra de Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, págs. 201 ss.

[73] Del mismo modo, algunos penalistas españoles que se han ocupado del tema han apuntado también que en la legislación penal española pueden encontrarse algunas normas vinculadas a concretas figuras delictivas de la parte especial que reflejan este esquema de imputación por omisión, entre ellos están los arts. 238 y 499 bis del C. Penal de 1995. En contra de esta postura por observar una grave confusión teórica se manifiesta Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 373.

determinados bienes jurídicos o el deber de velar por determinadas fuentes de peligro) no ofrecen un apoyo suficiente para averiguar en qué casos de la criminalidad empresarial es posible entender que un determinado resultado es imputable a una omisión de la misma manera que si se hubiese realizado a través de un comportamiento activo".[74] Para este autor, el factor de "dominio que posee el órgano directivo que se encuentra en posición de garante sobre la causa del resultado" es el elemento de equiparación entre comisión activa y omisiva.[75]

Esta idea del dominio ha sido adoptada por Silva, quien entiende que conforma una exigencia que va más allá de una genérica posición de garantía del órgano directivo respecto de los delitos que pueden llevarse a cabo en el seno de la empresa. Señala que el fundamento de la imputación de la responsabilidad a los órganos directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica). De cada uno de esos ámbitos de competencia se hace responsable un sujeto, "quien, de ese modo, pasa a responder del *output* que surja de la correspondiente esfera de dominio, cuya organización interna le compete".[76]

Por ello, en opinión de Silva, la posición de garantía reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza mucho más específica, "aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no-adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo equivalente a la comisión".[77] Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual, el cual traslada su competencia, que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad. Sólo "tal compromiso, en virtud del cual se asume la correspondiente competencia, tiene la virtualidad de producir en el hecho una identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa".[78]

De lo anteriormente dicho, es posible deducir aquí dos principios que tienen la virtualidad de ser el punto de partida para determinar la responsabilidad penal de los órganos directivos por los delitos perpetrados en comisión por omisión:

[74] Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 203.
[75] Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 204.
[76] Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 371.
[77] Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 372.
[78] Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 372.

a) En primer lugar, que lo decisivo para determinar la posición de garante del órgano directivo es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y

b) Que no es posible afirmar que todos los directivos de una empresa responden en comisión por omisión por los delitos cometidos en ella, primando la idea de la inexistencia de una responsabilidad por el cargo (condición formal por el cargo).[79]

Debemos agregar que algunos autores, entre ellos Frisch, han opinado que este criterio general de dominio no sirve para justificar en exclusiva el fundamento y los límites de la responsabilidad omisiva del órgano directivo en la criminalidad de empresa. Por tal motivo, se ha agregado un segundo criterio genérico que dice relación con el "ejercicio de las facultades de autoorganización".[80]

Expuesto de forma abreviada, este planteamiento deriva del principio de libertad y del derecho al desarrollo de la personalidad, por el cual se entiende que la actividad de los seres humanos no conocen más límite que los derivados del correlativo derecho de los demás ciudadanos. Acorde con ello, la responsabilidad en el ámbito de la organización encuentra su fundamento "en el deber, que se deriva de una pacífica convivencia en sociedad, de asegurar que los cursos peligrosos desplegados por cada cual en su propia actividad no importen lesiones a bienes jurídicos de otros".[81]

Trasladado lo anteriormente dicho al ámbito de esta exposición, quiere decir que, sobre la base de la autoorganización en el ámbito empresarial, se puede fundamentar la existencia de un derecho y un deber que le corresponden al titular de la empresa, que a estos efectos será aquel que configura y organiza la actividad con exclusión de terceros, en cuya virtud asume las consecuencias de dicha organización, sean éstos positivos, los cuales se manifiestan en el derecho de hacerse con los beneficios que produce su actividad, o bien negativos, que se expresan en el deber de responder de las lesiones a los bienes jurídicos protegidos.[82]

[79] A igual conclusión llegan Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 205; Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 71, y Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 372.

[80] Frisch, "Problemas fundamentales...", págs. 112 y 113.

[81] Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*,, pág. 811.

[82] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 112, para quien el fundamento normativo de la posición de garante se encuentra en la ponderación de intereses que se derivan del principio de organización, y de la exclusión de terceros de conductas que uno emprende y que se suponen un riesgo para otros; en términos similares Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª Edición, Barcelona, 2007, pág. 68.

Ahora bien, con carácter general, podemos señalar que la estructura básica del tipo objetivo de la comisión por omisión requiere acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos: una situación típica de la que surge el deber de realizar una determinada acción, pero sólo para quien se encuentre en una posición de garante; la ausencia de la conducta debida, y la capacidad individual de realizar la acción.

El especial deber de actuar sólo concurre en el garante, esto es, en quien ostenta una específica función protectora del bien jurídico afectado (ya sea por una estrecha vinculación familiar o por una comunidad de peligro) o en quien tiene una función personal de control de una fuente de peligro que opera en su propio ámbito de dominio, porque crea el peligro (actuar precedente) o ejerce su vigilancia y prevención (cosas, animales o personas).[83]

Expuestas estas líneas generales de la comisión por omisión, conviene que nos detengamos a analizar los dos grandes temas que derivan de ésta y que influyen de manera sustancial en la delincuencia empresarial, como es, por una parte, el fundamento del deber objetivo de garantía del órgano directivo derivado de las especiales posiciones de responsabilidad, y, de otro lado, la forma de ejercitar dichos deberes y, en concreto, el caso del cumplimiento de deberes en supuestos de delegación de competencias.

1. Fundamento del deber de garantía del órgano de administración

En relación al fundamento del deber de garantía del órgano directivo, concuerdo con Gallego Soler, cuando señala que el punto de partida en esta materia nos lleva a afirmar "que el titular de una actividad empresarial tiene que asegurar la legalidad, de tal modo que debe no sólo observar personalmente la ley penal, sino que también tiene que impedir que se conculque por los sujetos que cooperan con él".[84]

Por su parte, Silva afirma la existencia de "una posición de garantía inicial", que consiste en la competencia originaria del empresario, en donde éste crea una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios. Esta organización conlleva la asunción del compromiso que de la misma no resulten hechos lesivos.[85] De acuerdo con esto, el empresario

[83] Por todos Mir Puig, *Derecho Penal*, págs. 317 y ss; Silva Sánchez, Jesús, *El delito de omisión*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2003, págs. 351 y ss., y Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1ª, Edición, Buenos Aires, 1984, págs. 121 y ss.

[84] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 69.

[85] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 14; también en Robles Planas, *Garantes y cómplices...*, pág. 68.

se encuentra obligado a controlar que las conductas que se desarrollen en el ámbito de la empresa, que él ha configurado (tanto omisivas como comisivas) no generen resultados lesivos para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Como puede apreciarse, la posición de garantía del órgano directivo, o en su caso del empresario, proviene del compromiso asumido desde el momento en que el órgano superior jerárquico se ve involucrado dentro de la estructura de la empresa y acepta el cargo que se encuentra desempeñando. A partir de ese momento este órgano asume frente a los demás y frente a la propia empresa un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que pueden proceder de las personas o cosas que les resulten sometidas en virtud de su posición, alcanzando tal responsabilidad hasta el punto en donde el hecho resulte ser una expresión de esa posición de dominio del grupo.[86]

No obstante, ésta no es la única razón para afirmar la responsabilidad penal del empresario en comisión por omisión. Se hace necesario, además, adoptar un criterio con contenido material que permita imputar el resultado producido por la conducta del subordinado-ejecutor al órgano directivo. Y como partimos de la hipótesis de que el órgano directivo responde omisivamente, el criterio, creemos, deberá ser el mismo que opera en la teoría general de la imputación en los delitos omisivos, esto es, "el dominio sobre el riesgo que se desencadena en la fuente de peligro que el garante se comprometió a mantener estable".[87]

2. La delegación de funciones

En relación a la segunda de las cuestiones generales señaladas más arriba, y que dicen relación con las posibles formas a través de las cuales el órgano directivo puede ejercer su deber de garantía, adquiere especial relevancia la figura de la delegación de funciones.

[86] En España, éste ha sido el criterio utilizado por el Tribunal Supremo para dotar de contenido al deber de garantía del empresario; en efecto, en la famosa sentencia de fecha 23 de abril de 1992, Ponente Bacigalupo Zapater, sobre el aceite de colza, dicho Tribunal sostuvo: "cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean de consecuencia de la actividad de la sociedad, para lo cual cada uno de aquellos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso para que no sea introducido en él, y aunque no consta que el procesado en el caso haya sido personalmente quien creó el mayor peligro, pues no aparece que haya tenido participación activa en el desvío del aceite desnaturalizado hacia el consumo, pues es indudable que la acción de otro socio administrador creó un riesgo mayor y antijurídico, al enviar diversas partidas del aceite citado para su refino y posterior comercialización para el consumo humano, sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondiente para que aquello no tuviera lugar, es decir, de hacer el intento serio de cumplir con dicho deber, y en la medida en que no lo hizo su omisión es también causal del resultado, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido –con un alto grado de probabilidad– la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido".

[87] A similar conclusión llega Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 303.

En efecto, el desarrollo de la actividad empresarial, salvo raras excepciones, requiere que el titular de la empresa utilice un conjunto de personas que se relacionan entre sí a través de un reparto de funciones y que dirijan sus comportamientos a la obtención de los objetivos sociales fijados por el ente empresarial. Es evidente que el empresario no puede abarcar todos los sectores de su organización empresarial, de ahí que tenga que delegar alguna de sus actividades o funciones. En esta línea de pensamiento, la delegación de funciones es concebida como una operación válida de cara al buen funcionamiento de la empresa, "ya que permite aprovechar las ventajas de la especialización".[88] Así, la delegación de funciones en persona cualificada supone "un deber de cualquier empresa moderna bien organizada".[89]

De los muchos problemas doctrinales que abarca esta materia, creemos indispensable que nos detengamos a analizar los fundamentos de esta institución y luego ver qué efectos produce la delegación de funciones en la responsabilidad del empresario u órgano directivo. Asimismo, es preciso analizar cuáles son los requisitos de esta institución y en qué medida el delegante se puede exonerar de la responsabilidad penal que le acarrea el hecho delictual cometido por sus delegados en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, deberemos detenernos a examinar a qué título de autoría o participación debe responder el empresario u órgano directivo delegante y el empleado subordinado o delegado.

2.1. Fundamento de la delegación de funciones

Hay que empezar por aclarar que en la medida en que la empresa es una fuente creadora de riesgos y peligros para bienes jurídicos que el empresario, generalmente, no es capaz de controlar directamente, necesitará de personal con capacidad profesional y técnica para un adecuado control de esos riesgos. Aquí la delegación de funciones surge como una exigencia que podríamos ubicar en dos planos diversos: la delegación se manifiesta primeramente como una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos, y por otra parte, como una exigencia de la propia posición de garante del órgano directivo, en aquellos casos en que éste no posea la especial capacitación técnica que la actividad empresarial requiere.[90]

[88] Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 121.

[89] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 100. En este mismo sentido Lascurín Sánchez, José Antonio, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 218 y ss.

[90] En este mismo sentido Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", op. cit., pág. 101; Silva Sánchez, señala que la delegación de competencias constituye "una condición de la posibilidad de ejecución de lo pretendido con la creación de la misma", en "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 14.

Esto es así, pues el hecho de dar curso a una actividad empresarial no implica, necesariamente, que el empresario sea un experto en todos y cada uno de los ámbitos que componen dicha actividad, por lo que la delegación queda plenamente justificada en el ámbito empresarial y económico.

2.2. Efectos que produce la delegación de funciones

En cuanto a los efectos que produce la delegación de funciones, hay que tener presente previamente que los efectos de prevención que debemos observar en el tratamiento jurídico penal de la delegación nos demuestran que no es posible tolerar que esta distribución y reparto de competencias en el ámbito empresarial acarree la imposibilidad de imputar responsabilidad penal al delegante; luego, hay que tener presente que el empresario poseedor de la posición de garantía inicial u originaria delega, generalmente, su competencia en un órgano colegiado de administración (que suele ser el directorio de la empresa), el cual puede, a su vez, delegar en uno o varios de sus miembros la gestión inmediata de la sociedad.

A partir de ello se van produciendo sucesivos actos de delegación en empleados de los más diversos niveles jerárquicos, que abarcan desde el personal de la más alta gestión de la empresa hasta el último de los operarios. Todo ello, como indica Silva, acaba configurando "un organigrama de competencias que pueden ser de mayor o menor complejidad, pero que, en todo caso, acaba afectando de modo absolutamente significativo el modo de atribución de responsabilidad penal"[91] en el ámbito empresarial.

De ello se infiere que el primer efecto que produce la delegación de competencias o funciones en el seno de la empresa es que la delegación crea una nueva posición de garantía, la del delegado.[92]

En todo caso, hay que tener claro que aun cuando el acto de delegación constituye una nueva (o nuevas) posición de garantías para él (o los delegados), ésta no cancela o pone fin al rol de garantía que ostenta el delegante, ya que éste mantiene una suerte de responsabilidad residual o "resto de posición originaria de responsabilidad",[93] o dicho en otras palabras, "el garante primario

[91] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 15.
[92] En palabras de Silva Sánchez, esta nueva posición de garantías proyecta sobre el delegado un nuevo ámbito de organización y responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos, en "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 15. En el mismo sentido Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 103; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 208.
[93] Concepto utilizado por Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 15.

(delegante) seguirá siendo, en todo caso, un garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto".[94] Lógicamente, como veremos más adelante, esta posición de garantía residual incide sustancialmente en la atribución de responsabilidad penal en la esfera del delegante.

Sin embargo, hay que dejar en claro que esta posición originaria no puede entenderse como fundamentadora de una responsabilidad por el cargo, ya que, plantearlo de esa forma, supone constituir una inadmisible responsabilidad penal de autor y no una responsabilidad por el hecho.[95]

El contenido de esta posición de garantía residual en el delegante es bastante extenso, y podemos mencionar como sus elementos integrantes el de selección del delegado, el de vigilancia y supervisión de su actuación, el de información y formación, el de dotación de los medios económicos y materiales para que el delegado realice su encargo, el de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados, etcétera.[96]

2.3. Requisitos de validez en la delegación de funciones

En cuanto a los requisitos de validez que debe contener el acto de delegación de competencias, creemos que no pueden ser otros que aquellos que permiten al delegado cumplir a cabalidad, con puntualidad y de manera diligente, el encargo recibido resguardando la indemnidad de los bienes jurídicos que la actividad empresarial pone en riesgo. Los requisitos específicos son:[97]

a) La idoneidad técnica y profesional del delegado

El primer requisito de validez de la delegación de funciones es que se realice en una persona profesional, idónea, competente y cualificada para el encargo. Esta exigencia se justifica por la necesidad de nombrar garante a una persona

[94] Bacigalupo Zapater, Enrique, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia", en *Curso de derecho penal económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005, pág. 189.

[95] Sobre el derecho penal de autor, vid. Gómez Martín, Víctor, *El derecho penal de autor*, 1ª Edición, Valencia, 2007, págs. 35 y ss; Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2ª Edición, Navarra, 2006.

[96] Martínez-Buján concuerda en que esta competencia residual tiene un contenido variable, según el caso concreto, pero que, en esencia, obliga al delegante a comprobar periódicamente si el delegado cumple realmente con el deber que se le ha asignado y, en caso negativo, a corregirlo o sustituirlo, en pág. 208. En un sentido similar Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 121.

[97] Estos requisitos han sido extraídos principalmente de la jurisprudencia y doctrina italianas, siendo recogidos y adoptados por algunos autores españoles, como son Lascurín Sánchez, "Fundamentos", págs. 218 y ss; Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", págs. 103 y ss, y Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, págs. 371 y ss.

que sea realmente capaz de asegurar el cumplimiento exacto de los deberes encomendados y, lo que es más importante, que sea capaz de garantizar que en el desarrollo de su actividad no lesionará ni pondrá en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. En virtud de ello se señala que la incapacidad o falta de idoneidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, ya que faltaría el rasgo de la traslación del dominio.[98]

Cuando la falta de idoneidad del sujeto en quien se delega no sea manifiesta, habrá que recurrir a las reglas que informan el error de hecho, ya que, por medio de ellas, se podrá determinar la responsabilidad que eventualmente le correspondería al empresario delegante y al delegado inidóneo que asume el encargo.

En efecto, en tanto el delegado sea competente e idóneo, asumirá la posición de garantía, pero también la adquirirá cuando se reconoce incapaz de llevarla a cabo y, a pesar de ello, acepta el encargo, puesto que ello supone un dominio sobre el factor de riesgo propio de la falta de idoneidad.[99]

Por ello, si el delegado inidóneo acepta la delegación de competencia y actúa sólo dentro de su limitado ámbito de dominio, habiendo, previamente, avisado al delegante de dicha limitación, su responsabilidad penal quedará circunscrita a todas aquellas actuaciones que queden fuera del ámbito de su dominio que era conocido por el delegante.

b) La aceptación del encargo por parte del delegado

La responsabilidad penal del delegado podrá hacerse efectiva sólo si éste acepta expresamente la competencia que le entrega el delegante. Dicha aceptación supone materialmente la asunción de la función de control de riesgos por parte del delegado.[100]

La aceptación del delgado importa tener un conocimiento exacto y preciso del contenido y alcance de la delegación, de tal manera que si el delegante oculta al delegado, ya sea de manera dolosa o imprudente, el ámbito preciso de su competencia, el delegado no podrá responder penalmente por lo que desconozca, salvo que dicho desconocimiento pueda imputársele a su propia imprudencia.

[98] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 104. En términos similares Lascurín Sánchez, "Fundamentos", pág. 221.
[99] Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 374.
[100] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 15.

c) Autonomía funcional y material del delegado

Aparte de que el acto de delegación tiene que recaer sobre persona idónea y que éste acepte dicha delegación, la transferencia de la posición de garante que se verifica con la delegación ha de venir acompañada de todos aquellos elementos que hagan al delegado un ente autónomo, en donde éste se vea investido del poder y la capacidad para tomar decisiones de forma independiente, y con la suficiente capacidad técnica para el desarrollo de su actividad. En otras palabras, la delegación eficaz requiere que el delegado tenga a su disposición los medios necesarios, esto es, los recursos materiales y potestades de dirección para poder ejercer eficazmente la función de vigilancia y seguridad.[101]

Esta autonomía se manifiesta en varios ámbitos: en la atribución de dirección del personal subalterno; en la posibilidad de ejercer facultades de paralización de actividades peligrosas y en la dotación de amplios poderes organizativos y de decisión que le concedan autonomía operativa y de control.

Un caso de importancia que se enlaza con este requisito de autonomía funcional y material en la delegación, es aquel en que el delegado carece de los medios para cumplir eficazmente con su función de control de riesgos, porque el delegante no se los suministra, pero, no obstante ello, se mantiene en posición de competencia y responsabilidad. Silva plantea que este caso puede ser abordado desde dos puntos de vista, el primero, al cual denomina como visión "clásica", por estar vinculada a nociones de causalidad, previsibilidad o deber genérico, llevaría a atribuir responsabilidad penal al delegado, pues se entendería que éste, pese a su imposibilidad actual de cumplir con su deber, habría de responder conforme a la estructura de la "*actio libera in causa*",[102] según la cual responde quien provoca o no evita la llegada de una situación en la que no es dable la evitación del hecho delictivo. De este modo, el delegado que se mantiene en su posición (que no renuncia) y actúa u omite –con previsibilidad y poder general– responderá de modo cumulativo con el delegante. La otra solución que propone Silva obedece a una perspectiva más moderna, en la cual debe estimarse que "la competencia para la dotación de medios no ha sido, en puridad, delegada, sino precisamente retenida por el delegante, ya que es a éste –y sólo a éste– a quien corresponde cumplir con ella",[103] por lo que en este caso responde exclusivamente el delegante. Volveremos en ello más adelante.

[101] Choclán Montalvo, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, pág. 109; Fernández Cruz, José Ángel, "El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones", en *Revista de Derecho de Valdivia*, volumen 13, 2002.
[102] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 19.
[103] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", págs. 19 y 20.

d) El objeto materia de delegación no ha de ser un acto propio del delegante

Cómo parece obvio, aquellas actividades que son inherentes al cargo que desempeña el delegante no podrán ser objeto de delegación. De aquí se deduce que la eventual sanción que pueda imponerse a quien delega una competencia indelegable de su cargo, deberá ser fundamentada en la teoría de los delitos comisivos y no por una infracción omisiva.[104]

e) Irrelevancia del tamaño de la empresa

Hay que señalar, finalmente, que la institución de la delegación de funciones puede utilizarse en cualquier estructura empresarial, sin importar el tamaño o complejidad de ésta, exigiéndose solamente que la delegación no se oponga ni perturbe o distorsione la gestión y administración de la empresa, ya que de ser así podría traducirse en el aumento o creación de un riesgo típico desaprobado.

2.4. El efecto exonerante que produce la delegación de funciones

En cuanto al efecto exonerante que posee la delegación de funciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha aceptado esta consecuencia, haciendo un reconocimiento expreso a los requisitos arriba explicados, al señalar que el carácter exonerante que posee la delegación de funciones se da cuando "tal delegación se efectúa en persona capacitada para la función encomendada y se dispone de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar".[105]

Silva es crítico a esta postura del Tribunal Supremo, pues señala que no es posible hablar de una exoneración genérica de la responsabilidad por el solo hecho de concurrir los requisitos referidos. Para este autor, el órgano delegante siempre mantiene una posición de garantía residual y como tal debe responder de los ilícitos cometidos dentro de la esfera de competencia del delegado. Sin embargo, reconoce una excepción a esta regla, que se produce cuando el órgano delega una función específica de la cual no tiene conocimientos precisos y donde su deber de vigilancia no puede abarcar dicha materia, sino sólo para supervisar de modo muy genérico y siempre desde la perspectiva de una gestión racional, la actuación del delegado.[106]

[104] Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 380.
[105] STS 2053, de fecha 26 de marzo de 1994, Ponente Bacigalupo Zapater. También menciona el carácter exonerante de la delegación la STS 8565, de fecha 6 de noviembre de 1989, Ponente Díaz Palos.
[106] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 29.

Un ejemplo que puede proponerse es el siguiente: Imaginemos el caso de un Director General de un hospital, que no es médico sino ingeniero comercial, y que como tal no posee conocimientos de medicina, el cual delega todos los asuntos médicos del hospital en un Gerente Médico, que posee el título y los conocimientos necesarios para ejercer la función delegada. En este caso, la responsabilidad penal por los ilícitos cometidos en función de la actividad médica del hospital deberán perseguirse sólo en el Director Médico y no en el Director General, ya que el deber de vigilancia de este último sólo alcanza de manera muy genérica a las funciones propias del Director Médico y se cumple con la entrega a éste de los recursos económicos y humanos para el correcto ejercicio de su función técnica.

Concordamos con el parecer de Silva de que si se llegare a producir un ilícito dentro del hospital, que tenga relación directa con la función médica que allí se desarrolla (lesiones o muerte de pacientes), la responsabilidad por el hecho deberá perseguirse sólo en la persona que tiene el deber de vigilancia de dichas actividades, en este caso, el Director Médico.

2.5. Autoría y participación en comisión por omisión y las consecuencias de la delegación de funciones en la atribución de la responsabilidad penal

Expuestos los elementos y requisitos que fundamentan la institución de la delegación, se hace necesario determinar a qué título de autoría o participación responde el órgano superior que delega sus funciones en un subordinado, el cual acepta para sí las funciones que se le traspasan.

Creemos conveniente, para responder a la pregunta señalada, partir por establecer el principio básico que debe concurrir para que una comisión por omisión pueda ser imputada a título de autoría o, bien, a título de participación. En relación con ello, las cuestiones relativas al título de intervención en los supuestos de comisión por omisión sólo surgirán cuando se dé una pluralidad de conductas típicas que coordinadamente dan lugar a la realización típica, ya que si la omisión se manifiesta como el único comportamiento típicamente relevante en un hecho, no surgirán problemas de calificación de la misma como autoría o participación, se tratará, simplemente, de una conducta típica omisiva.

Sentado lo anterior, al igual que sucede para los delitos comisivos por acción, aquí la calificación dependerá de su importancia en la configuración del hecho.[107] Así, si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omi-

[107] Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª Edición, Barcelona, 2007, pág. 71.

tente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Ello sucede, por ejemplo, cuando se omite asegurar o controlar determinados objetos peligrosos frente a terceros dispuestos a utilizarlos delictivamente.

Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría. Esto último es posible porque "la omisión, al igual que la acción, puede, pese a no ser una conducta ejecutiva, determinar en tal medida la producción del hecho, que la aportación activa posterior por parte de otro constituya sólo una especie de seguir omitiendo".[108] Esto se da en muchos de los supuestos de delegación de funciones que se producen en el ámbito empresarial, en donde el delegante retiene competencias cuyo no ejercicio importará la responsabilidad a título de autor en comisión por omisión, pese a que sea el delegado quien activamente lleve a cabo los correspondientes actos ejecutivos.

Ahora bien, para determinar el título por el que debe responder el órgano superior que delega sus funciones, conviene recurrir a aquellos casos que pueden tener una mayor significación práctica, y que van a depender de cuáles son las responsabilidades que se generan ante las siguientes variables: delegación en persona capacitada o delegación en persona no capacitada y delegación con dotación de medios o sin dotación de medios.

Previo a analizar estos casos, creemos necesario establecer una regla en materia de atribución de responsabilidad, la cual nos ayudará a resolver los casos que comentaremos a continuación.[109] Así, en primer lugar, una persona será autora en comisión activa cuando realice el hecho de modo directo o mediato. Luego, será partícipe en comisión activa el sujeto que contribuye activamente al hecho del autor (salvo que realice conductas "standard" sin significación delictual).[110] Será autor en comisión por omisión aquel en cuya esfera de competencia se halla la evitación directa del hecho (esto es, en principio, sólo en el superior jerárquico inmediato de quien ejecutó activamente el delito; o en caso de cosas peligrosas, quien ostenta el control inmediato sobre las mismas). Ejemplo: el encargado de control de calidad de los residuos de una empresa es autor en comisión por omisión del correspondiente delito contra el medio ambiente si permite (omitiendo efectuar los preceptivos controles) que los subordinados se desprendan ilegalmente (activamente) de los depósitos contaminados.

[108] Robles Planas, *Garantes y cómplices* ..., pág. 72.
[109] Tomaré como punto de partida los criterios señalados por Silva Sánchez, en "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 19.
[110] Sobre las conductas "standard o neutrales" véase a Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamentos y límites*, 1ª Edición, Barcelona, 2003, págs . 24 y ss.

Finalmente, serán partícipes en comisión por omisión todos aquellos "otros" superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se halla la posibilidad de instar a la evitación del hecho delictual.

Ahora bien, entremos a analizar los supuestos señalados.

A. Delegación en persona capacitada.

a) Dotando de medios suficientes al delegado.

Si al delgado se le dota de los medios necesarios para realizar su encargo, éste asumirá la posición de garantía sustitutiva y, por ende, responderá como autor en comisión activa del hecho típico cometido por él, ya sea en forma inmediata o mediata.

Por su parte, el delegante al retener el deber de vigilancia sobre la actuación del delegado, podrá responder como partícipe en comisión por omisión del hecho cometido por el delegado, normalmente a título de imprudencia.

Ahora bien, si el delegante tiene conocimiento de que el delegado llevará a cabo una conducta típica y no hace nada para remediarlo, por ejemplo, no lo remueve del cargo, deberá responder como autor en comisión por omisión, a título de dolo, ya que en su esfera de competencia se hallaba la posibilidad de evitar directamente el hecho delictual.[111] En este caso, si el delito no puede reconducirse activamente hasta la alta dirección de la empresa, sus directivos o administradores sólo responderán como partícipes en comisión por omisión, generalmente a título de imprudencia.[112]

b) Sin dotar de los medios suficientes para el ejercicio de las funciones del delegado.

En este caso, el delegante puede responder dolosamente (dolo eventual), y en todo caso por imprudencia como autor en comisión por omisión, por cuanto sabe (o debió saber) que la delegación no era efectiva en la medida en que no se pueden evitar los riesgos previsibles al faltar dichos medios.[113] Igualmente, si el ilícito no puede reconducirse activamente hasta la administración de la empresa, sus directivos sólo responderán como partícipes en comisión por omisión a título de imprudencia.

Respecto del delegado, éste responderá, según la tesis que se adopte, o bien, de manera concurrente con el delegante, al menos a título de imprudencia si

[111] En sentido parcialmente similar Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 114.
[112] Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 18.
[113] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 114.

no denuncia tal irregularidad, o bien podrá considerársele exonerado de toda responsabilidad, lo cual hará recaer la responsabilidad penal exclusivamente en el delegante.[114]

B. Delegación en persona no capacitada

Si la delegación recae en una persona no capacitada para llevar a cabo las funciones encomendadas, se generará una responsabilidad compartida entre el delegante y el delegado. Así el delegante responderá como autor en comisión por omisión, a título de imprudencia por la errada selección del delegado y como garante de la actuación que debería asumir el delegado.[115]

Por su parte, el delegado deberá responder como autor en comisión a título de dolo (eventual), porque sabía los peligros que acarreaba que una persona como él, sin los conocimientos suficientes, se tenga que encargar de las competencias y responsabilidades que libremente ha aceptado.

Hay que dejar en claro que, a la luz de las alternativas recién comentadas, en un buen número de casos, la naturaleza de la intervención del delegante será a título de imprudencia –infracción de deberes de cuidado en la supervisión, coordinación y selección–, lo que hará conducir frecuentemente (al tenor de lo dispuesto en los artículos 4 y 10, número 13 del Código Penal chileno) a la impunidad de éste.

Por otra parte, y de acuerdo con lo señalado por la doctrina mayoritaria en Chile, que no ve posible configurar en nuestra legislación una hipótesis de participación en comisión por omisión,[116] el ámbito efectivo de atribución de responsabilidad penal en el órgano delegante será en la práctica muy reducido, ya que a éste sólo se le podrá sancionar cuando pueda atribuírsele responsabilidad en calidad de autor de un delito en comisión por omisión.

Esta circunstancia hace que en Chile, en la práctica, sea muy difícil perseguir criminalmente al órgano de dirección de la empresa, ya que la existencia de una estructura jerarquizada dentro de ésta y la imposibilidad que reconoce la doctrina en cuanto sancionar al órgano de dirección a título de participación en comisión por omisión, impedirá reconducir la responsabilidad penal a los órganos de dirección de la empresa.

[114] Véase, supra, III, 2.3, c).
[115] Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 114.
[116] Cury Urzúa, *Derecho penal...*, pág. 689, quien señala que "la coautoría y la participación en las omisiones son inimaginables. Si dos personas que se encuentran en posición de garantes respecto a un bien jurídico omiten intervenir para evitar su lesión, cometen delitos independientes, el que instiga a una omisión es autor mediato; el que impide actuar al garante es autor material de un delito de acción".

IV. Conclusiones

1. De lo dicho en esta exposición se puede concluir que a objeto de perseguir la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa que ordenan a sus subordinaos la realización de conductas ilícitas, el medio más idóneo, desde un punto de vista político–criminal, es el de la autoría mediata en su modalidad del "aparato organizado de poder", aun cuando reconocemos que las condiciones fácticas que posibilitan esta modalidad de autoría no concurrirán fácilmente en la empresa, con lo cual, su aplicación en la práctica será de escasa ocurrencia.

2. Por ello, y para el caso en que no pueda utilizarse esta modalidad de autoría mediata, deberá recurrirse a la estructura de la comisión por omisión u omisión impropia.

3. Ahora bien, en el caso de que se utilice la estructura de la comisión por omisión, la responsabilidad por la no evitación de los hechos punibles del subordinado recaerá principalmente en el superior jerárquico directo de éste, quien responderá a título de autor en comisión por omisión.

4. Los demás superiores jerárquicos, y entre ellos el órgano de dirección de la empresa, en cuanto mantengan funciones de vigilancia y control respecto de sus subordinados, responderán como partícipes en comisión por omisión.

5. En Chile, el ámbito efectivo de atribución de responsabilidad penal en el órgano superior, cuando se recurra a la teoría de la comisión por omisión, será en la práctica muy reducido, ya que a éstos sólo se les podrá sancionar cuando pueda atribuírseles responsabilidad penal en calidad de autores de un delito de omisión impropia, quedando impunes en todos los casos de participación.

6. Espero que lo señalado anteriormente haya permitido conocer las principales doctrinas que hoy se plantean en relación a la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. Estamos conscientes de que el tema es bastante más complejo de lo que aquí se ha planteado; sin embargo, espero haber contribuido a la discusión científica de esta materia.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Alemán y comparado*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2007.

AMBOS/GRAMMER, "Dominio del hecho por organización", disponible en http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Kaeseman0504.pdf.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.

"El actuar en nombre de otro", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.

BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.

BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005

BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000.

BOTTKE, Wilfried, "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.

CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl, "El delito de omisión, en particular la comisión por omisión", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, número 9, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delitos imprudentes*, Barcelona, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2005.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª Edición, Santiago de Chile, 2005.

CURY/MATUS, "De las responsabilidades de los delitos, artículo 14 a 17", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General (Politoff-Ortiz Quiroga), Santiago de Chile, 2002.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "La actuación en nombre de otro", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 1997.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, "El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones", en *Revista de Derecho de Valdivia*, volumen 13, 2002.

FRISCH, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Generalitat Valenciana, número 72.

GARCÍA CAVERO, Percy, "La imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: Consideraciones a partir de tres supuestos problemáticos", en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Coordinador Reyna Alfaro), Perú, 2005.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *Cuadernos de Política Criminal*, número 88, Madrid, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza 1985.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, número 2, 2006.

JACKOBS, Günther, *Derecho Penal*, Parte general, (Trad. Cuello Contreras/Serrano González), Madrid, 1997.

JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª Edición, Navarra, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª Edición, Granada, 2002.

LASCURÍN SÁNCHEZ, José Antonio, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico*, Parte General, Valencia, 1998.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II (Trad. Jorge Bofill), Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª Edición, Barcelona, 2005.

"Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf.

MEINI, Iván, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", *Revista Derecho*, número 52, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 1ª Edición, Valencia, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", disponible en http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/htlm/artmun1.htm.

"¿Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del derecho"?", *Revista Penal*, número 6, 2000.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2005.

Fundamentos de los delitos de omisión, 1ª Edición, Buenos Aires, 1984.

POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2004.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva" en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Coordinador Reyna Alfaro), Perú, 2005.

REQUENA JULIÁN, Jaime "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 1ª Edición, Barcelona, 2003.

"Participación en el delito e imprudencia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, número 9, 2002.

Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales, 1ª Edición, Barcelona, 2007.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ª Edición, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Barcelona, 2000.

"Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *Delincuencia Organizada* (Ferré Olivé/Anarte Borrallo), Universidad de Huelva, 1999.

"Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la*

teoría del delito, Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ª Edición, Barcelona, 2000.

"El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, número 7, Santiago de Chile, 2006.

SCHUMANN, Heribert, "Responsabilidad individual en la gestión de empresas", observación sobre la "Sentencia Erdal" del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal* (Dir. Bacigalupo Zapater), CGPJ, Madrid, 1997.

"Responsabilidad penal de las empresas", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (Schünemann/de Figueiredo), Barcelona, 1995.

El delito de omisión, 2ª Edición, Buenos Aires, 2003.

El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno", en *Revista de Ciencias Penales*, Nº 1, Tomo XXXIV, 1975.

Inaplicabilidad de la ley de responsabilidad penal adolescente en tribunales militares

Miguel Maritano Vásquez
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Con fecha 07 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.084, – en adelante "L.R.P.A."–, que estableció un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal, norma jurídica que sólo entró en vigencia con fecha 08 de junio de 2007, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1° transitorio.[1]

El presente artículo busca dar a conocer los problemas prácticos que se suscitaron en la aplicación de la "L.R.P.A." en el campo de los delitos del fuero militar, en especial en lo relativo a la imposibilidad de dar cumplimiento a las garantías procesales que se otorgan a los adolescentes por la "L.R.P.A.", como así también respecto de abrir la posibilidad de que delitos que tradicionalmente han sido conocidos por Tribunales Militares, sean ahora juzgados por Tribunales ordinarios con competencia en lo penal, con todas las implicancias que esto acarrea.

2. Consideraciones previas

Tres son las cuestiones previas que deben considerarse antes de abordar el tema en estudio.

Normas procedimentales aplicables: En primer lugar, la aplicación de la "L.R.P.A.", parte del supuesto de que ésta será conocida por tribunales en que rige el nuevo sistema procesal penal establecido por la Ley N° 19.696, publicada

[1] Art. 1° transitorio Ley N° 20.084.

en el Diario Oficial con fecha 12 de octubre de 2000, es decir, por Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal, como se colige de los artículos 27 y 28 de la "L.R.P.A.", que al indicar las reglas de procedimiento aplicables, señalan que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirán por las disposiciones contenidas en la "L.R.P.A." –que se remite a los mencionados nuevos Tribunales–, y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal, por lo que se debe analizar qué ocurre con aquellos tribunales que conocen materias penales, pero que se rigen aún por el Código de Procedimiento Penal en la tramitación de las causas, como es el caso de las Fiscalías y Juzgados Militares.

Ley Penal más favorable: Una segunda consideración previa es la relativa a la aplicación de la ley penal más favorable, como principio esencial del derecho penal, entendiendo que la "L.R.P.A." contempla procedimientos y penas más favorables que los contenidos en el Código de Justicia Militar.

Implicancias del carácter público de las normas procesales: Un tercer y último aspecto a considerar dice relación con el carácter público de las normas procesales, y las implicancias que esto acarrea. En este orden de ideas, la "L.R.P.A." contiene normas de derecho procesal orgánico y de derecho procesal funcional, que conforme a los principios generales de derecho, una vez vigente una nueva ley procesal, ella rige de inmediato para todos los pleitos que van a iniciarse y también para los que ya están en tramitación, y por esto es que se afirma que la ley procesal rige inmediatamente o in *actum*[2] y así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Lo anterior genera una serie de consecuencias que estudiaremos a continuación.

Normas procedimentales aplicables

Como se adelantó, los artículos 27 y 28 de la "L.R.P.A." al disponer las reglas de procedimiento aplicable, señalan que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en ella, y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal, por lo que cabe preguntarse qué ocurre con aquellos tribunales que ejercen la jurisdicción penal, pero que no se rigen por el Código Procesal Penal.

Al efecto, existen a lo largo del Estado de Chile Tribunales Militares que tramitan conforme a la reglas procesales contenidas en el Código de Justicia Militar y del Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 121 a 179 y 198 a 200 del Código del Fuero Militar.

[2] *Manual de Derecho Procesal,* Mario Casarino Viterbo.

Esto significa que la Justicia Militar para conocer de un delito del fuero, en que se busque establecer la existencia o no de responsabilidad penal por un civil adolescente que afectó un bien jurídico de Carabineros o de las Fuerzas Armadas –como en todo proceso–, efectúa una investigación denominada "Sumario" sustanciada por un Fiscal Militar Letrado que se desempeña como juez instructor, para posteriormente llevar a cabo una segunda etapa de debate y prueba denominada "Plenario", que una vez concluida prosigue con la remisión de los antecedentes al respectivo Juzgado Militar, órgano compuesto por un Juez Militar, el Auditor Militar y un Secretario, que se encarga de dictar sentencia condenatoria o absolutoria, según el caso.

La ventaja que este sistema presenta respecto de la antigua justicia penal inquisitiva, consiste en que el órgano investigador y el sentenciador son distintos, por lo que quien resuelve no se encuentra contaminado con algún prejuzgamiento de la etapa de investigación y prueba.

Por otra parte, sí hace propias algunas desventajas del antiguo sistema procesal penal, como son la tramitación íntegramente por escrito, carácter secreto de la etapa de sumario, instituciones como la detención hasta por cinco días[3] de un inculpado sin formalizarle cargos, entre las más criticadas.

En este orden de ideas, resultan incompatibles las normas procesales que utiliza una Fiscalía Militar (Tribunal Instructor) con las que utiliza un Juzgado de Garantía o un Tribunal Oral en lo Penal, toda vez que las primeras no están concebidas bajo el paradigma de la presunción de inocencia, y por ende no permiten asegurar el "interés superior del adolescente",[4] consagrado en la "L.R.P.A.", ni mucho menos las garantías procesales que esta última y el Código Procesal Penal le otorgan al imputado. Así, por ejemplo, el artículo 29 de la "L.R.P.A." establece que los Jueces de Garantía y del Tribunal Oral Penal, como así mismo los Fiscales y Defensores deben encontrase capacitados en estudios en información criminológica vinculada a la ocurrencia de infracciones por adolescentes, capacitación que no se exige a los Fiscales o Jueces Militares, y en consecuencia no la poseen, por lo que no se cumple la garantía que dicha capacitación le otorga al adolescente.

En este mismo orden de ideas, en el proceso militar no existe la figura del "Defensor Público", salvo el letrado que asume la defensa del inculpado una vez que éste es procesado, normalmente un letrado de la Corporación de Asistencia Judicial.

[3] Art. 272 del Código de Procedimiento Penal.
[4] Art. 2° Ley N° 20.084.

Otro ejemplo de la incompatibilidad en estudio se encuentra contenido en el artículo 31 de la "L.R.P.A.", que establece que en caso de detención por flagrancia, en la audiencia deben encontrarse presentes, además del adolescente, el Juez de Garantía, el Fiscal, y el Defensor, no pudiendo efectuarse ninguna diligencia que exceda de establecer la identidad del menor de edad, sin la presencia del Defensor. En el caso de la flagrancia en el proceso penal militar, la primera audiencia se celebra sólo en presencia del Fiscal Militar, quien efectúa labores de órgano inquisidor, y de resguardo de las garantías del inculpado, no requiriendo la presencia de un defensor, por lo que si se pone a disposición de una Fiscalía Militar a un adolescente por un delito del fuero militar, se genera el problema práctico de que el inculpado no tendrá un defensor que resguarde sus derechos, quedando entregado a la compatibilización de la misión investigativa del Fiscal Militar y de la obligación de resguardo del debido proceso que el mismo Juez Instructor debe aplicar en el desempeño de sus funciones. Otro caso de incompatibilidad lo representa el hecho que respecto de aquellos delitos en que exista la posibilidad de aplicar una pena no privativa de libertad, se puede aplicar el procedimiento simplificado o monitorio,[5] procedimientos que en el proceso militar no existen. Por otra parte, el "juicio inmediato" a que hace referencia el artículo 37 de la "L.R.P.A." resulta también impracticable del punto de vista de los plazos allí señalados, si se tiene en consideración que muchas veces las Fiscalías Militares se encuentran en una ciudad distinta de aquella en que funciona el Juzgado Militar, que a su vez se encuentra en otro lugar que el del superior jerárquico que conoce del recurso de apelación, como es la Iltma. Corte Marcial, lo que implica que normalmente el traslado del expediente entre los distintos entes pueda demorar varios días dilatando con ello la tramitación, y en definitiva no permitiendo cumplir los breves plazos que impone la precitada norma.

De los ejemplos anteriores se colige que la "L.R.P.A." no consideró normas procesales orgánicas ni funcionales que permitieran a la Justicia Militar adecuarse a su texto para perseguir la responsabilidad penal de los adolescentes. A mayor abundamiento, la única referencia que hace la "L.R.P.A." al Código de Justicia Militar es en su artículo 62, por la que dispone modificar el artículo 135 del Código del Fuero Militar, referido al antiguo trámite del discernimiento, en sentido de establecer que los menores exentos de responsabilidad penal deben ser puestos a disposición de los Tribunales de Familia, de lo que se concluye que aquellos adolescentes que no se encuentran exentos siguen sujetos al fuero militar.

De todo lo anterior, podemos afirmar, como primera cuestión previa, que la "L.R.P.A." establece normas procesales orgánicas y funcionales distintas e

[5] Art. 27 Ley N° 20.084.

incompatibles con las del fuero militar, más aún si se tiene en consideración que el artículo 83 inciso final de la Constitución Política establece que el ejercicio de la acción penal pública respecto de delitos que sean de conocimiento de los Tribunales Militares debe regirse por las normas del Código de Justicia Militar, las leyes respectivas, los órganos y a las personas que dicho Código (el de justicia militar) y leyes determinen, consagrando a nivel constitucional el principio de la especialidad formal y de fondo, que en el caso de la justicia militar serán en la especie las normas procesales del Código de Justicia Militar y el Código de Procedimiento Penal.

Ley penal más favorable

Recordemos brevemente que el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política del Estado señala que *"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".*[6] Esta es justamente la norma positiva que en Chile consagra el principio en el que se sustenta la aplicación de un tratamiento penal más favorable para aquel individuo que comete un delito. A mayor abundamiento, el artículo 18 del Código Penal, en sus incisos segundo y tercero, repite este tratamiento más favorable al permitir la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable al imputado o inculpado (según el sistema procesal penal en el que nos encontremos)

Por otra parte, la "L.R.P.A." sin lugar a dudas establece un régimen penal más favorable para los adolescentes en distintos aspectos del proceso penal, como por ejemplo en materia de penas –o sanciones como señala la "L.R.P.A."– al crear nuevos regímenes; en materia de determinación de las mismas, al establecer en el artículo 21 que cualquiera de las sanciones que se aplique debe partir con ..."la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley al ilícito correspondiente...";[7] en materia de prescripción de la acción penal y de la pena, el artículo 4° de la "L.R.P.A." establece plazos más breves que los previstos en los artículos 93, 94 y 97 del Código Penal, por lo que no cabe duda que la "L.R.P.A.", como señala en su artículo 2°, vela por el interés superior del adolescente, y ajusta su normativa al artículo 19 N° 3 de la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Chile respecto de individuos menores de edad, a objeto de que en el evento que cometan un delito, tengan un tratamiento penal más favorable que el que recibe un individuo mayor de edad, en igual situación.

[6] Art. 19 N° 3 Constitución Política del Estado de Chile.
[7] Art. 21 Ley N° 20.084.

Nuevamente, al igual que en la primera cuestión previa, la "L.R.P.A." establece, ahora en aspectos penales de fondo, normas distintas y más favorables que las del Código de Justicia Militar, pero siempre –según la opinión del suscrito– con la limitación prevista en artículo 83 inciso final de la Constitución Política ya comentado.

Aquí entonces surge un problema de especialidad de las normas. Lo anterior porque si entendemos que la "L.R.P.A." es más especial que el Código de Justicia Militar, se producirá una dicotomía con la norma constitucional del artículo 83, que para el caso de delitos del fuero militar consagra a nivel constitucional la especialidad del Código de Justicia Militar.

Cabe entonces preguntarse si debe aplicarse la "L.R.P.A.", que del punto de vista del sujeto activo del delito (adolescente) es más especial y consagra con normas concretas la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución y del artículo 18 incisos 2° y 3° del Código Penal, de la ley penal más favorable, o preferir la especialidad del punto de vista de la materia del delito (delitos militares) por estimarse que la aplicación de las normas penales sustantivas del Código de Justicia Militar consagran la especialidad a que hace referencia el artículo 83 inciso final de la Constitución Política.

Implicancias del carácter público de las normas procesales y penales

Cuando se estudian las características de las normas procesales, destacan su obligatoriedad e inmediatez en su aplicación, como normas integrantes del Derecho Público.

De su carácter obligatorio e inmediato cabe entonces preguntarse si respecto de delitos del fuero militar cometidos por adolescentes, se deben aplicar las normas procesales contenidas en la "L.R.P.A." y en Código Procesal Penal, o las del Código de Procedimiento Penal y del Código de Justicia Militar, pues todas ellas tienen carácter de normas de derecho público.

Al contener la "L.R.P.A." normas que vienen a cambiar aspectos penales y procesales, deben aplicarse en forma obligatoria, lo que genera entre otras implicancias:

1°) Que dictada una ley procesal, ella rige de inmediato para todos los pleitos que van a iniciarse y también para los que ya están en tramitación, con la única limitación de que la nueva ley procesal no podrá afectar un juicio ya terminado y en el cual se ha dictado sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada. En consecuencia el juez debe aplicar inmediatamente las nuevas ritualidades procesales una vez vigente la norma –inclusive el caso de la "L.R.P.A." se aplicó una vez

publicada sin estar vigente–, pero cabe preguntarse ¿cómo podría un Tribunal Militar aplicar dicha ley si su sistema procesal es incompatible con el sistema procesal que aplican los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal?

2°) En segundo lugar, la "L.R.P.A." no modificó la competencia de los tribunales, es decir, en el caso en estudio, no privó a los Tribunales Militares del conocimiento de delitos del fuero militar cuando fueran cometidos por adolescentes imputables, o dicho de otra forma, no entregó el conocimiento de los delitos del fuero militar a los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal.

Ambas implicancias no son cuestiones menores, pues generan el problema de que si entendemos que la "L.R.P.A." debe aplicarse inmediata y obligatoriamente por ser más específica, podrían producirse aberraciones jurídicas tales como que un Juzgado de Garantía podría llegar a conocer delitos del fuero militar (especialidad del sujeto activo primaría por sobre la especialidad de la materia) o que un Tribunal Militar juzgue a un adolescente con las normas del Código Procesal Penal (que no puede aplicar por lo dispuesto en el artículo 127 y siguientes del Código de Justicia Militar) o inclusive el Tribunal Militar enjuicie al adolescente conforme a las normas del Código de Justicia Militar y Código de Procedimiento Militar, es decir, con un sumario por escrito, con medidas restrictivas y prohibitivas de libertad más gravosas, sin posibilidad de salidas alternativas, sin defensor hasta el procesamiento, etc., no pudiendo en definitiva concretar efectivamente las garantías que la "L.R.P.A." asegura a los adolescentes.

3. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente v/s Código de Justicia Militar: Inaplicabilidad de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Tribunales Militares

Como ya se indicó al tratar las cuestiones previas, la "L.R.P.A." establece el procedimiento, la autoridad, la capacitación de que deben ser objeto los juzgadores, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que como la misma ley indica, son aplicados y conocidos por los Jueces de Garantía y del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

También se ha demostrado la incompatibilidad de los procedimiento establecidos por la "L.R.P.A." frente al procedimiento utilizado por la Justicia Militar para el juzgamiento y establecimiento de la responsabilidad penal.

En ésta línea de ideas, el 16 de agosto de 2007, el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema, informando un proyecto de ley que modifica el Código de

Justicia Militar, expresamente señaló que los menores adolescentes que sean imputados por delitos del fuero militar deben ser siempre juzgados por los tribunales ordinarios, según la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, es decir, por los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal.[8]

Este razonamiento utilizado por el máximo tribunal de la República no hace más que confirmar que las disposiciones de la "L.R.P.A." son incompatibles con las disposiciones del Código de Justicia Militar y del Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia la primera norma no puede aplicarse en el fuero militar por ser impracticable.

El problema es que con esta lógica debiéramos colegir que cuando un adolescente cometa un delito de los descritos y sancionados por el Código de Justicia Militar, será el Juzgado de Garantía o el Tribunal Oral en lo Penal el que juzgue dicho delito militar, en franca contravención a lo dispuesto en el artículo 1° del Código de Justicia Militar, que señala expresamente *"la facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código"*,[9] es decir, Fiscalías Militares y Juzgados Militares.

Así entonces si contraponemos lo señalado por el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema, con lo dispuesto en el artículo 1° del Código de Justicia Militar podríamos llegar a concluir que la posición adoptada por el máximo Tribunal de la República atentaría contra la garantía contemplada en el inciso V del artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental en cuanto el juzgamiento de adolescentes por delitos del fuero militar se le estaría entregando a un tribunal distinto al señalado por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho (principio de especialidad por la materia).[10]

Siguiendo esta lógica, no parece descabellada la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional para que conforme al artículo 93 de la Constitución se pronunciara sobre la constitucionalidad de las resoluciones que adopte la Excelentísima Corte Suprema por las que entregue el conocimiento de delitos contemplados en el Código de Justicia Militar a tribunales ordinarios, teniendo como principal fundamento la edad del sujeto activo y el hecho de que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente fue dictada para dar cumplimiento a normas internacionales y tratados ratificados por Chile.

En la práctica, aún no se ha recurrido al Tribunal Constitucional para dirimir esta situación, pero sin embargo se estima que la Excelentísima Corte Suprema ha

[8] www.justiciapenaladolescente3.blogspot.com
[9] Art. 1° Código de Justicia Militar.
[10] Art. 19 N° 3 inc. 5° Constitución Política.

detectado la imposibilidad de aplicar los procedimiento, las instituciones, las penas y las medidas cautelares contenidas en la "L.R.P.A.", en el proceso penal militar, y por ello es que prefiera, a opinión del suscrito, sacrificar la especialidad del punto de vista de la materia (delitos militares), en pos de resguardar la especialidad respecto el sujeto activo (interés superior del adolescente), para así concretar de mejor forma las garantías de forma y fondo que otorga la "L.R.P.A.".

Justifica también la postura asumida por el Máximo Tribunal el hecho de que mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en causa caratulada Palamara vs. Chile, se condena al Estado de Chile a modificar la normativa interna relacionada con la jurisdicción penal militar, en especial en lo relativo a la competencia material y personal de los Tribunales Militares y las garantías judiciales fundamentales que, según algunos autores, ven mermadas con la actual regulación del proceso penal militar, que según sus detractores trae aparejada responsabilidad para el Estado de Chile por vulnerar el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[11] según el cual los Estados que la han suscrito se comprometen a "adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicha Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".[12]

No se comparten en absoluto dichas críticas, porque se estima que en el proceso penal militar existen múltiples disposiciones que resguardan el debido proceso y los derechos de los imputados, pero por otra parte no se puede desconocer que la "L.R.P.A." es más benevolente con los adolescentes que delinquen y por ende, concreta de mejor forma el espíritu del interés superior del adolescente, y la concordancia de la normativa interna con los acuerdos internacionales sobre el tema ratificados por Chile.

En definitiva la Excelentísima Corte Suprema, mediante su lógica resolutiva armoniza la interpretación de la normativa interna del Estado –específicamente a través de la "L.R.P.A."–, con la normativa internacional ratificada por Chile, en concreto, la Convención de Derechos del Niño, dando con ello efectividad a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política, produciendo como

[11] Art. 2. "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
[12] *Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara*, Regina Ingrid Díaz Tolosa.

consecuencia la no generación de responsabilidad internacional por parte del Estado, pero creando por otra parte un divorcio respecto a la garantía del procesamiento por el tribunal naturalmente competente conforme a la Constitución y la ley, derivando la opción de recurrir ante dicha ilegalidad.

4. Opinión jurisprudencial

De la imposibilidad que estiman tener los Juzgados de Garantía para conocer los delitos militares, y la imposibilidad que estiman tener los Juzgados Militares para aplicar la "L.R.P.A.", atendida la incompatibilidad de ésta con sus procedimientos, se han trabado contiendas de competencia entre ambos tribunales ante la Excelentísima Corte Suprema, conforme dispone el artículo 70 A N° 5 del Código de Justicia Militar, existiendo ya algunos pronunciamientos que parece conveniente estudiar.

En este orden de ideas, la Excelentísima Corte Suprema ha coincidido con la posición asumida por los Tribunales Militares, en cuanto éstos se han declarado incompetentes para conocer delitos del fuero miliar cometidos por adolescentes, opinión que, dicho sea de paso, fue tenazmente resistida por los Juzgados de Garantía, que estimaban que, por el principio de especialidad de la materia, eran los Tribunales Militares los que debían juzgar a los adolescentes cuando cometían delitos del fuero militar.

A continuación se reproducen algunos fallos sobre el particular:

(1) Fallo de fecha veinte de noviembre de dos mil siete, por el que la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 5440-07, resolvió una contienda de competencia entre el Cuarto Juzgado Militar de Coyhaique y el Juzgado de Garantía de Pto. Aysen acogiendo la tesis del tribunal castrense:[13]

Santiago, veinte de noviembre de dos mil siete.
Vistos y teniendo presente:

1°. Que de conformidad a lo prevenido en el artículo 10 N° 2 del Código Penal, los menores de dieciocho años están exentos de responsabilidad penal y en cuanto sean mayores de catorce, aquella debe ser regulada de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.

2°. Que en el presente caso, el hecho fue cometido por un joven de dieciséis años, encontrándose vigente la Ley N° 20.084, que fue dictada en cumplimien-

[13] Fallo E.C.S. de fecha veinte de noviembre de dos mil siete, causa Rol N° 5440-07

to de lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, por la cual los Estados Partes se obligaron a tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal sean sometidos a ellos.

3°. Que en virtud de ese mismo principio y en cumplimiento de aquella obligación contraída, se modificó el artículo 135 del Código de Justicia Militar, disponiéndose en forma expresa que los menores de edad exentos de responsabilidad penal debían ser puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia.

4°. Que, finalmente, la Ley N° 20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.

5°. Que a mayor abundamiento, el Pleno de esta Corte Suprema, con fecha dieciséis de agosto del presente año, informando un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar, expresamente señaló que el proyecto no distingue ni hace excepción respecto de los menores adolescentes que sean imputados por delito de competencia de los tribunales militares, los cuales debieran ser siempre juzgados por los tribunales ordinarios, todo ello según la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, la cual fue dictada para dar cumplimiento a normas internacionales y tratados ratificados por Chile.

Y de conformidad a lo informado por la Señora Fiscal Judicial y lo dispuesto en los artículos 190 y 191 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, se declara que es competente para conocer de estos autos el Juzgado de Garantía de Puerto Aysén, a quien deberán remitírsele los antecedentes.

Comuníquese lo resuelto al Cuarto Juzgado Militar de Coyhaique.
Regístrese y devuélvase.
Rol N° 5440-07

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Arab N.[14]

[14] www.justiciapenaladolescente3.blogspot.com

(2) Fallo de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho, por el que la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 11-2008, resolvió una contienda de competencia entre el Tercer Juzgado Militar de Valdivia y el Juzgado de Garantía de Osorno, acogiendo la tesis del tribunal castrense:[15]

Santiago, veintinueve de enero de dos mil ocho.
Vistos y teniendo presente:

1°. Que de conformidad a lo prevenido en el artículo 10 N° 2 del Código Penal, los menores de dieciocho años están exentos de responsabilidad penal y en cuanto sean mayores de catorce, aquella debe ser regulada de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.

2°. Que en el presente caso, el hecho fue cometido por un joven de diecisiete años, encontrándose vigente la Ley N° 20.084, que fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, por la cual los Estados Partes se obligaron a tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal sean sometidos a ellos.

3°. Que en virtud de ese mismo principio y en cumplimiento de aquella obligación contraída, se modificó el artículo 135 del Código de Justicia Militar, disponiéndose en forma expresa que los menores de edad exentos de responsabilidad penal debían ser puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia.

A su turno, el artículo 14 letra g) del Código Orgánico de Tribunales, modificado también por la Ley N° 20.084, establece la regla de competencia general radicando en los Tribunales de Garantía la facultad de conocer y resolver todas las cuestiones o asuntos que la ley de responsabilidad juvenil les encomiende.

4°. Que, finalmente, la Ley N° 20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.

5°. Que a mayor abundamiento, el Pleno de esta Corte Suprema, con fecha dieciséis de agosto del presente año, informando un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar, expresamente señaló que el proyecto no distingue ni hace excepción respecto de los menores adolescentes que sean imputados por delito de competencia de los tribunales militares, los cuales

[15] Fallo E.C.S. de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho., causa Rol N° 11-2008

debieran ser siempre juzgados por los tribunales ordinarios, todo ello según la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, la cual fue dictada para dar cumplimiento a normas internacionales y tratados ratificados por Chile.

Y de conformidad a lo informado por la Señora Fiscal Judicial y lo dispuesto en los artículos 190 y 191 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, **se declara que es competente** para conocer de estos autos el **Juzgado de Garantía de Osorno**, a quien deberán remitírsele los antecedentes.

Comuníquese lo resuelto al Tercer Juzgado Militar de Valdivia.
Regístrese y devuélvase.
Rol N° 11-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Arab N.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

(3) Fallo de fecha veintinueve de abril de dos mil ocho, por el que la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 1729-08,[16] resolvió una contienda de competencia entre el Tercer Juzgado Militar de Valdivia y el Juzgado de Garantía de Los Angeles acogiendo la tesis del tribunal castrense:

Santiago, veintinueve de abril de dos mil ocho.
Vistos y teniendo presente:

1°. Que de conformidad a lo prevenido en el artículo 10 N° 2 del Código Penal, los menores de dieciocho años están exentos de responsabilidad penal y en cuanto sean mayores de catorce, aquella debe ser regulada de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.

2°. Que en el presente caso, el hecho fue cometido por un joven de quince años, encontrándose vigente la Ley N° 20.084, que fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, por la cual los Estados Partes se obligaron a tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal sean sometidos a ellos.

3°. Que en virtud de ese mismo principio y en cumplimiento de aquella obligación contraída, se modificó el artículo 135 del Código de Justicia Militar,

[16] Fallo E.C.S. de fecha veintinueve de abril de dos mil ocho, causa Rol N° 1729-08

disponiéndose en forma expresa que los menores de edad exentos de responsabilidad penal debían ser puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia.

A su turno, el artículo 14 letra g) del Código Orgánico de Tribunales, modificado también por la Ley N° 20.084, establece la regla de competencia general radicando en los Tribunales de Garantía la facultad de conocer y resolver todas las cuestiones o asuntos que la ley de responsabilidad juvenil les encomiende.

4°. Que, finalmente, la Ley N° 20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.

5°. Que a mayor abundamiento, el Pleno de esta Corte Suprema, con fecha dieciséis de agosto del presente año, informando un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar, expresamente señaló que el proyecto no distingue ni hace excepción respecto de los menores adolescentes que sean imputados por delito de competencia de los tribunales militares, los cuales debieran ser siempre juzgados por los tribunales ordinarios, todo ello según la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, la cual fue dictada para dar cumplimiento a normas internacionales y tratados ratificados por Chile.

Y de conformidad a lo informado por la Señora Fiscal Judicial y lo dispuesto en los artículos 190 y 191 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, **se declara que es competente** para conocer de estos autos el **Juzgado de Garantía de Los Ángeles**, a quien deberán remitírsele los antecedentes.

Comuníquese lo resuelto al Tercer Juzgado Militar de Valdivia.
Regístrese y devuélvase.
Rol N° 1729-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Arab N.

Autorizada por la Secretaria Suplente de esta Corte Suprema Sra. Beatriz Pedrals García de Cortázar.

(4) Fallo de fecha quince de abril de dos mil ocho, por el que la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 1586-08,[17] resolvió una contienda de competencia entre el Tercer Juzgado Militar de Valdivia y el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Pucón, acogiendo la tesis del tribunal castrense:

Santiago, quince de abril de dos mil ocho.

Vistos:
Atendido el mérito de los antecedentes, lo dispuesto en el artículo 135 del Código de Justicia Militar, lo dispuesto en el artículo 191 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, Ley 20.084 y oída la Sra. Fiscal Judicial, **se declara que son competentes** para conocer de estos autos los tribunales ordinarios, debiendo remitirse los antecedentes al **Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Pucón**.

Comuníquese lo resuelto al Tercer Juzgado Militar de Valdivia. Ofíciese.
Regístrese y devuélvase.
N°1586-08

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura Peña, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Carlos Künsemüller Loebenfelder y el Auditor de Ejército Sr. Juan Arab Nessrallah.

5. Conclusiones

De lo expuesto anteriormente se pueden adoptar una serie de conclusiones que van principalmente por cuatro líneas.

En primer lugar, la resolución por la Excelentísima Corte Suprema de las contiendas de competencia que se han suscitado entre los Tribunales Militares y los Juzgados de Garantía, han permitido ir creando una jurisprudencia relativamente uniforme en sentido de entender que, atendidos los fines perseguidos por la "L.R.P.A.", –en cuanto busca dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derechos de los menores, y en definitiva establecer garantías de forma y fondo que en definitiva consagren un tratamiento penal más favorable a los adolescentes–, debe preferirse la especialidad de la "L.R.P.A." por sobre la especialidad del Código de Justicia Militar, entendiendo que la primera norma atiende como factor esencial y determinante la minoría de edad del sujeto activo, mientras que la segunda

[17] Fallo E.C.S. de fecha quince de abril de dos mil ocho , causa Rol N° 1586-08.

atiende a la materia del delito, es decir, el bien jurídico militar protegido (salvo aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos por militares). Con esto, se ha resuelto el problema que representó en una primera etapa de aplicación de la "L.R.P.A.", respecto de la imposibilidad que tenían los Juzgados Militares de dar cumplimiento pleno a las garantías que se establecían a favor de los adolescentes, no porque quisieran, sino porque el procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar y el Código de Procedimiento Penal, de sumario y plenario, hace impracticable el cumplimiento de las obligaciones procesales contenidas en la "L.R.P.A." y el Código Procesal Penal.

En segundo lugar, atendido el hecho de que la "L.R.P.A." sólo entró en vigencia con fecha 08 de junio de 2007, y la jurisprudencia de la Corte Suprema es de fines del año 2007 y principios de 2008, no se ha resuelto cómo harán los Juzgados de Garantía y eventualmente los Tribunales Orales en lo Penal para juzgar delitos del fuero militar. Esto es, si el artículo 1° del Código de Justicia Militar establece que los delitos militares (los contenidos en el Código de Justicia Militar y los de leyes especiales) deben ser Juzgados por Tribunales Militares, sólo se podrían dar dos alternativas. La primera de ellas es que los tribunales ordinarios hagan coincidir las conductas delictivas de los adolescentes con tipos no contenidos en el Código de Justicia Militar, como por ejemplo, juzgar un delito de maltrato de obra a Carabineros en el ejercicio de sus funciones causando lesiones graves, del artículo 416 Bis N°2 del Código de Justicia Militar, como un delito de Lesiones Graves del artículo 397 del Código Penal, a objeto de evitar vulnerar lo dispuesto en el artículo 1° del Código del Fuero Militar, y en consecuencia evitar un eventual recurso de nulidad de la sentencia.

La segunda alternativa es que juzgue la conducta del adolescente por el delito militar que corresponde.

El problema es que en la primera opción se forzará una tipificación ficticia de la conducta delictiva desconociendo la existencia de un tipo específico que regula la conducta, y en consecuencia, igualmente se podría invocar la nulidad de la sentencia. Por otra parte, la dificultad que genera la segunda alternativa es que al Juzgar un tribunal ordinario un delito militar, atentaría contra el artículo 1° del Código del Fuero Militar, y en consecuencia nuevamente quedaría expuesto a un eventual recurso de nulidad.

El tema se encuentra en desarrollo, y no resuelto completamente en todos sus aspectos, por lo que deberán pesquisarse los procesos que actualmente tramitan los Juzgados de Garantía con adolescentes por delitos militares, para así estudiar cuál de las alternativas señaladas anteriormente es la que se está aplicando, y si a consecuencia de aquello se deducen recursos de nulidad sobre las sentencias que en ellos recaigan.

Como tercera conclusión, relacionada también con lo anterior, el conocimiento por juzgados ordinarios de delitos militares apoyado por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema atenta contra la garantía del artículo 19 inciso 5° número 3 de la Carta Fundamental en cuanto se estaría entregando el juzgamiento de delitos militares a un tribunal distinto al señalado por la ley para ese efecto, por lo que se deberá también hacer un seguimiento a los procesos que se incoen en los tribunales ordinarios por delitos militares para el caso que se deduzcan recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que conforme al artículo 93 de la Constitución, resuelva la constitucionalidad de las resoluciones que se adopten sobre el problema ya latamente descrito.

Finalmente, podemos colegir que la postura asumida por la Excelentísima Corte Suprema se funda en dar cumplimiento a la obligación del Estado para con la comunidad internacional de respetar y promover los compromisos internacionales asumidos mediante los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes,[18] como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño.[19] En este sentido la Ley N° 20.084 fue dictada para materializar lo dispuesto en la mencionada Convención y no hace otra cosa que adecuar la normativa interna con lo acordado en dicho tratado internacional, en cuanto la "L.R.P.A." concreta los procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal, sean sometidos a ellos. El problema radica en que por preferir cumplir los compromisos internacionales y garantizar el interés superior del menor, se sacrifican otras garantías constitucionales, como son el debido proceso del artículo 19 N° 3 en relación al artículo 83 inciso final de la Constitución Política y artículo 1° del Código de Justicia Militar, por cuanto está entregando el conocimiento de una materia que corresponde a un Tribunal Militar a un tribunal distinto del señalado por la Ley.

Como se puede apreciar, la cuestión en estudio no se encuentra agotada y sin lugar a dudas seguirá siendo objeto de discusión, por lo que debe continuarse el seguimiento de los casos en que adolescentes cometan delitos del fuero militar y la jurisprudencia de nuestros tribunales, para poder establecer si la afirmación de que la "L.R.P.A." resulta inaplicable por los Tribunales Militares se mantiene en el tiempo o no.

[18] Art. 5° Constitución Política.

[19] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de1989, y ratificada por Chile el año 1990.

6. Bibliografía

1. *Constitución Política del Estado de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

2. *Código de Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica de Chile, año 1996.

3. *Código de Justicia Militar*, Editorial Jurídica de Chile, año 2002.

4. *Código Procesal Penal.* Editorial Jurídica de Chile, año 2006.

5. *Ley 20.084*, publicada en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005.

6. Artículo "Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara", Regina Ingrid Díaz Tolosa.

7. *Manual de Derecho Procesal*, Mario Casarino Viterbo, Colección manuales jurídicos, año 1992.

8. *Código de Justicia Militar comentado*, Renato Astroza, Editorial Jurídica de Chile.

9. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Osvaldo López L., Ediar Editores Ltda.

10. www.justiciapenaladolescente3.blogspot.com.

11. www.poderjudicial.cl

12. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

13. Convención sobre los Derechos del Niño.

Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia

Sergio Huidobro Martínez
Profesor Titular de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El día viernes 14 de marzo de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.253, que modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana. El art. 1° de ella contiene diversas modificaciones al Código Penal que en materia de reincidencia nos merecen algunos comentarios y cuestionamientos.

No obstante las buenas intenciones de la Ley N° 20.253 –se enmarca dentro de la reacción que han tenido el Gobierno y el Congreso ante el incremento de la delincuencia, que según lo indicado en las últimas encuestas ha sido considerada como el principal problema que aqueja al país–, estimamos que, en lo que a reincidencia se refiere, la reforma va en contra de la tendencia mayoritaria del Derecho Penal moderno, que aboga por eliminar a la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, porque no concuerda con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos.

Modificaciones a las normas sobre Reincidencia en nuestro Código Penal

La primera modificación es al N° 15 del artículo 12 del Código Penal, referido a la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, doctrinariamente conocida como "Reincidencia Propia Genérica", y sustituye la palabra *"castigado"* por la palabra *"condenado"*. Así, ahora este N° 15 dice: *"Haber sido* ***condenado*** *el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena"*.

La segunda modificación es al N° 16 del mismo artículo, que se refiere a la denominada "Reincidencia Propia Específica". Aquí se sustituye la frase *"Ser reincidente en delito de la misma especie"*, por la frase *"Haber sido* ***condenado*** *el culpable anteriormente por delito de la misma especie"*.

Finalmente, en el art. 92 del Código Penal, ubicado en el párrafo relativo a las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo, reemplaza en el inciso 1°, que señalaba *"Si el nuevo delito se cometiere después de haber* ***cumplido*** *una condena..."*, por otro que dice *"Si el nuevo delito se cometiere después de haberse* ***impuesto*** *una condena..."*. A su vez, en los N°s 2 y 3 de este artículo, sustituye las frases *"ha sido castigado"*, por *"ha sido* ***condenado****"*.

Como se ve, a partir de estas modificaciones y en las disposiciones mencionadas, pasan a ser **reincidentes** no aquellos que hubieren **cumplido** la pena impuesta (*"castigados"*), sino que aquellos que sólo hubieren sido **condenados** por un delito. Es decir, se "adelanta" la categoría de reincidente, ya que desde ahora en adelante para tener esta calidad y ver, en consecuencia, agravada la pena que se le imponga por el delito cometido, no será necesario haber cumplido la pena anterior, sino que bastará con haber recibido una condena, aunque ésta no se haya cumplido. Con esto además se objetivizó la norma, dado que ya no se podrá dar lugar a la discusión respecto de qué significa ser reincidente (volveremos sobre este aspecto más adelante).

Reincidencia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal

El Derecho Penal ha definido a la Reincidencia como la ejecución de uno o más delitos por un sujeto después de haber sido condenado por sentencia firme (ejecutoriada) por otro u otros delitos. También, como una agravación adicional a quien ha sido condenado por un nuevo delito, cometido con posterioridad a una condena anterior.[1]

La modificación legal entonces no afecta estas definiciones doctrinarias de Reincidencia, puesto que desde este punto de vista (doctrinario) lo que se requiere para que pueda hablarse de reincidente es que el sujeto haya sido "condenado" previamente por otro delito. Y esta palabra "condenado" es la que viene a sustituir a la expresión "castigado" que utilizaba la legislación anterior. Sin embargo, veremos cómo la modificación indicada sí trae consecuencias a la clasificación doctrinaria de reincidencia que distingue entre Reincidencia Propia o Verdadera y Reincidencia Impropia o Ficta.

Por otra parte, los conceptos de Reincidencia antes anotados permiten distinguirla de la "**reiteración**", en que el sujeto ha cometido dos o más delitos sin

[1] *Lecciones de Derecho Penal Chileno.* Parte General, de Politoff, Matus y Ramírez. Editorial Jurídica de Chile, Edición 2004, pág. 516.

que respecto a ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, en cuyo caso se habla de **concurso de delitos.**

Clasificación doctrinaria de la Reincidencia

Desde el punto de vista doctrinario, la Reincidencia se ha clasificado en "Propia o Verdadera" o "Impropia o Ficta", según si la condena impuesta por el anterior delito **ha sido o no cumplida.**[2]

Así, habrá "**Reincidencia Propia o Verdadera**" cuando la condena impuesta por el anterior delito **haya sido efectivamente cumplida** al momento de cometerse el último delito. Por su parte, habrá "**Reincidencia Impropia o Ficta**" si al tiempo de comisión del último delito, no obstante haber sido condenado, aún **no se ha cumplido la pena** (por ejemplo, porque aún la está cumpliendo –pero no ha terminado de cumplirla– o después de haberla quebrantado está dentro del plazo en que puede ser castigado por dicho quebrantamiento, que es lo que señala el actual N° 14 del artículo 12 del Código Penal).

Se estima **más grave** la Reincidencia Propia o Verdadera, ya que si se ha cumplido la pena y se vuelve a delinquir, se demuestra que la pena aplicada no cumplió con su finalidad preventiva especial (recordemos en esta parte que dentro de las Teorías sobre la Naturaleza y Fines de la Pena, las Teorías Relativas o Prevencionistas tienen una vertiente llamada de la Prevención Especial, que ve a la pena como un instrumento de reinserción social, de modo que su aplicación al hechor debiera impedir que éste delinca de nuevo).

Por otra parte, la Reincidencia Propia o Verdadera se subclasifica, en atención a la naturaleza de los delitos cometidos, en dos grupos: "Genérica" y "Específica".

Se habla entonces de "Reincidencia Propia **Genérica**" cuando todos los delitos cometidos por el sujeto, después de haber cumplido penas por cada uno de ellos, sean **de distinta especie**, es decir, que se trate de hechos de naturaleza diversa, lo que se da cuando los bienes jurídicos protegidos son distintos y cuando también lo es la forma en que se los ataca.[3] Así por ejemplo, el delincuente

[2] *Derecho Penal. Parte General,* de Alfredo Etcheberry. Editorial Jurídica de Chile. 1997.

[3] Sin perjuicio de lo anterior, hay otros autores que estiman que son delitos de la misma especie aquellos en que, siendo el bien jurídico protegido diferente, la lesión de uno de ellos supone la lesión del otro, como ocurre cuando se quiere matar a una persona para lo cual normalmente deberá lesionársele, lo que haría que los delitos de homicidio y de lesiones fueran, para estos efectos, de la misma especie.

primero comete un hurto, por el cual es condenado y cumple esa condena, y con posterioridad lleva a cabo un homicidio.

Habrá "Reincidencia Propia **Específica**", a su vez, cuando todos los delitos cometidos sean **de la misma especie**. Así, por ejemplo, el sujeto comete un hurto, por el cual es condenado, y tras cumplir la condena vuelve a cometer otro o varios delitos de hurto.

Este último tipo de reincidencia se considera **más grave** que la "Propia Genérica", ya que revela en el delincuente un hábito en la comisión de un determinado tipo de delitos, lo que lo convierte en un profesional de esa actividad.

Cómo queda ahora el artículo 12 de nuestro Código Penal

Pues bien, según lo dicho hasta ahora, hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.253 nuestro Código Penal se refería a los tres tipos o clases de Reincidencia antes mencionadas ("Impropia o Ficta", "Propia o Verdadera Genérica" y "Propia o Verdadera Específica") en los N°s 14, 15 y 16 del art. 12, respectivamente.

Así, en el N° 14 (*"Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento"*), que no sufre modificación con la ley, se aludía –y se sigue aludiendo– a la "Reincidencia Impropia o Ficta".

A su vez, y dado que en el N° 15 del art. 12 la palabra "**castigado**" –que se sustituye– normalmente se interpretaba en el sentido que el sujeto debía haber **cumplido la condena** para poder ser considerado reincidente, estábamos en presencia de una "Reincidencia Propia o Verdadera".

Por su parte, en el N° 16 del art. 12, dado que la frase *"Ser reincidente en delito de la misma especie"* también se entendía normalmente como que debía haberse cumplido la pena, nos otorgaba un caso de "Reincidencia Propia Específica".

Ahora, con los cambios introducidos ocurre lo siguiente:

Al haber sustituido en el N° 15 del art. 12 la palabra "*castigado*" por la palabra "*condenado*", no deja lugar a dudas respecto a que desde ahora se requiere sólo la dictación de la condena y no el cumplimiento de la misma para ser considerado reincidente, con lo que se elimina la "Reincidencia Propia Genérica", para dejar en su lugar a una "Reincidencia Impropia Genérica".

En el N° 16, por su parte, al quedar la agravante como "*Haber sido* ***condenado*** *el culpable anteriormente por delito de la misma especie*", también se elimina a la "Reincidencia Propia Específica" para dar cabida a una "Reincidencia Impropia o Ficta Específica", en que basta la condena, pero en que no es necesario su cumplimiento.

Es decir, ya no cabe la discusión respecto a si para ser reincidente basta con haber recibido una condena con anterioridad, o si es necesario, además, haberla cumplido. En otras palabras y como señalamos al comienzo, "se objetiviza la norma".

A partir de esta reforma entonces se eliminan de nuestro Código las "Reincidencias Propias o Verdaderas" en sus vertientes "Genérica y Específica", quedando sólo posibilidades de "Reincidencias Impropias o Fictas Genéricas o Específicas". Es decir, de ahora en adelante tenemos que para que un sujeto sea considerado reincidente, basta con que haya sido **condenado** por sentencia firme o ejecutoriada, independientemente de que **haya o no cumplido esa pena**.

Nuestro Código Penal, en materia de Reincidencia, queda teniendo, en el N° 14 del art. 12, un caso de Reincidencia Impropia o Ficta "tradicional" (cometer un delito cuando no se ha cumplido aún la sentencia dictada por un delito anterior); en el N° 15, otro caso de "Reincidencia Impropia Genérica" (cuando habiéndose cometido delitos de distinta especie por los cuales se ha recibido una condena a través de sentencia ejecutoriada, las mismas aún no han sido cumplidas cuando se comete el nuevo delito); y en el N° 16, un caso de "Reincidencia Impropia Específica" (cuando se han cometido delitos anteriores de la misma especie respecto de los cuales se han dictado sentencias condenatorias ejecutoriadas que aún no han sido cumplidas al cometerse el nuevo delito).

¿Tienen alguna importancia práctica estas modificaciones si en definitiva siempre estamos frente a una agravante?

La importancia práctica está, como señalamos al comienzo, en que a contar de ahora será más fácil aplicar la agravante de la reincidencia a los delincuentes, o habrá un mayor número de sujetos a los cuales les será aplicada esta agravante de responsabilidad criminal. En otras palabras, **se adelanta la posibilidad de aplicar esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad criminal**, por cuanto ya no será necesario haber cumplido la pena impuesta por una condena anterior, sino que bastará con haber sido condenado.

Lo anterior no sólo tiene relevancia respecto de la mayor pena que en definitiva se aplique al nuevo delito, sino que también perjudicará al imputado en

otros aspectos. Por ejemplo, en la decisión respecto a su **prisión preventiva**, ya que en el artículo 140 del Código Procesal Penal 2000 –que también se modificó por esta Ley N° 20.253– se establece expresamente que uno de los requisitos que debe concurrir para decretar la prisión preventiva de un sujeto previamente formalizado, es que existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que su libertad es peligrosa para la seguridad de la sociedad, estableciendo que se entenderá especialmente que esta libertad es peligrosa para estos efectos cuando el imputado hubiere sido **condenado** con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, **sea que la hubiere cumplido efectivamente o no**.

También lo afectará en cuanto a la posibilidad de optar a **medidas alternativas a la pena** (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada), establecidas en la Ley N° 18.216, que no benefician a los reincidentes.

Finalmente, obtendremos que un mayor número de personas queden privadas de libertad y sean puestas a disposición de nuestros Centros Penitenciarios que no sólo están inmensamente excedidos en sus capacidades, sino que además, y como sabemos, son incapaces de cumplir con su función de reinserción del sujeto a la sociedad y, al contrario, logran que la persona aumente su potencialidad delictiva.[4]

Algunas reflexiones finales

En esta parte creemos cabe reflexionar respecto a **si la modificación legal comentada va o no en la dirección del Derecho Penal moderno**, en el que, según señalamos al principio, la tendencia es hacia **eliminar a la Reincidencia como una agravante** para así estar de acuerdo con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos.

Ahora bien, para poder **ilustrar esta reflexión** resulta conveniente saber cuáles son las **razones que se alzan en pro y en contra** de la Reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

Así, quienes se manifiestan **en contra** de la Reincidencia como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, señalan que con ella se atentaría en contra del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 19 N° 2

[4] Esto, sin considerar la creciente crítica relativa al costo mensual que le significa al Estado el mantener a cada preso.

de nuestra Constitución, ya que a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que la persona ha cometido delitos con anterioridad, es decir, se estarían considerando antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin relación directa con la culpabilidad del sujeto en el nuevo delito cometido.

En el otro lado, quienes **apoyan** a la reincidencia como circunstancia agravante, señalan que su fundamento estaría en que si un individuo sufrió un castigo por haber cometido un delito y con posterioridad vuelve a delinquir, quiere decir que la pena no fue lo suficientemente drástica para enmendarlo (este criterio quedaría sin aplicación en la nueva legislación, puesto que ahora no sería necesario ni siquiera haber cumplido la condena).

Por otra parte y desde el punto de vista de lo que se conoce como la **Teoría de la Pena**, se señala que en la Reincidencia incidirían los objetivos perseguidos con la pena, porque se impone una sanción más severa al reincidente, ya que evidencia una mayor peligrosidad. En oposición a este criterio se señala que nuestro Código Penal aplica la agravante en todo caso, sin consideración a si realmente la persona es o no peligrosa. Además, una presunta peligrosidad no ameritaría una modificación de la sanción, sino lo que se conoce como "medida de seguridad", cuyo objetivo es, precisamente, la evitación de que se incurra en nuevos delitos.

A su vez y en lo que dice relación con la **prisión preventiva** antes comentada, la nueva reincidencia aumentará los imputados privados de libertad antes de saber si son o no culpables del nuevo delito que se les imputa, afectando así aun más el derecho a la libertad personal pendiente un proceso, que es una garantía individual reconocida no sólo en nuestra Constitución, sino también en los tratados internacionales vigentes en Chile.[5]

Así y con los antecedentes antes vistos, pareciera que no obstante la buena intención por parte del legislador en cuanto a intentar poner un freno a la criminalidad creciente en nuestro país, dudamos que la legislación propuesta vaya en la dirección correcta. Esto, puesto que la Reincidencia en sí misma y como agravante ya resulta criticable al incorporar en la sanción de un delito elementos que no forman parte del mismo. En efecto, y como ya se dijo, en la sanción a aplicar al nuevo delito se consideran circunstancias que no tienen que ver con él, sino que son circunstancias o elementos relativos a un delito

[5] El artículo 9.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos expresa que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general"; y el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona detenida o retenida tiene derecho a "ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

distinto anterior, que ya se consideraron al momento de imponer la pena por ese otro delito, y que ahora se vuelven a considerar para aumentar la pena del nuevo delito cometido, vulnerando así lo que en materia penal se conoce como el **principio del *non bis in idem*** que impide la doble valorización de un hecho para evitar que, al mismo tiempo, sea valorizado en distintos tipos penales.

Si a lo anterior agregamos que con la modificación legal resulta que se aumenta la sanción incluso respecto de un sujeto que ni siquiera ha cumplido la pena asignada al delito anterior cometido, desaparece también el argumento que alega que la sanción no fue suficiente o adecuada para enmendar su conducta.

Por otra parte –y valga esto a título de comentario de carácter más general–, en las Cátedras de Derecho Penal siempre se nos ha enseñado que no es función del Derecho Penal rebajar los índices de criminalidad, sino aplicar las sanciones penales vigentes a los hechos delictuales que se verifiquen. Que son otras ramas de la sociedad (educación, prevención, etc.) las llamadas a rebajar el índice de criminalidad por sus propias vías o herramientas. En fin, que está tajantemente comprobado que resulta mucho más eficaz para que un delincuente se inhiba de cometer un delito, el tener la seguridad o certeza de que se le aplicará una pena, frente a saber que existe una pena más grave pero que probablemente no se le aplicará.

Para terminar, señalar que nos parece que a veces resulta fácil opinar y alzar la voz solicitando aumentos de las penas y prisiones preventivas, no sólo porque creamos que eso hará disminuir la delincuencia, sino más bien porque normalmente lo hacemos desde nuestra calidad de víctimas y/o pensando que los sectores más bajos de nuestra sociedad son los que cometen delitos y se ven, en consecuencia, sometidos al aparato represivo estatal. Sin embargo, creemos que también debe reflexionarse sobre esta cuestión considerando que en cualquier momento –ojalá así no ocurra– podría ser uno mismo o alguien ligado a nosotros el que se vea enfrentado en calidad de imputado de un delito al sistema judicial penal. En estos casos, las voces que ahora se alzan con tanta vehemencia en pro de la aplicación de la Reincidencia, el consecuente aumento de las penas y las prisiones preventivas, creemos, se oirían con mucho menos fuerza.

Plazos de prescripción en materia tributaria[1]

Rodrigo Ugalde Prieto
Profesor Titular de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO - CONCEPCIÓN

Jaime García Escobar
Profesor Titular de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO - SANTIAGO

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis crítico de los plazos de prescripción en materia tributaria, a la luz de lo dispuesto en el artículo 200 del Código Tributario, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, la doctrina y las interpretaciones del Servicio de Impuestos Internos.

En el tema relativo a los plazos de prescripción en materia tributaria, podemos distinguir las siguientes acciones:

a) La Acción de Fiscalización, cuyo titular es el Servicio de Impuestos Internos;

b) La Acción de Cobro por impuestos adeudados, ejercida por la Tesorería General de la República, y

c) La Acción Infraccional o sancionatoria, derivada de la comisión de infracciones tributarias.

En el presente artículo estudiaremos los plazos de prescripción de la acción fiscalizadora y de la de cobro de impuestos adeudados. Hacemos presente que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 200 del Código Tributario y lo señalado en el párrafo 5930.01 del Volumen V del Manual del Servicio de Impuestos Internos, el plazo de prescripción de la acción de cobro corre paralelo al que posee el Servicio de Impuestos Internos para fiscalizar.

En materia de plazos, el artículo 200 del Código Tributario distingue entre un plazo ordinario y un término extraordinario de prescripción.

[1] El presente trabajo forma parte del libro que próximamente publicarán los autores, relativo a un análisis general de la prescripción en materia tributaria.

1. Término ordinario de prescripción

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 200 del Código Tributario, **EL TERMINO ORDINARIO**, o la regla general, es que la acción de fiscalización prescribe en el plazo de tres años, contados desde el vencimiento del término legal para el pago del impuesto.

En consecuencia, prescribe en el plazo de tres años la acción del Servicio para: liquidar un impuesto, revisar cualquier deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que ello diere lugar.

Por otra parte, según lo establece el inciso 1° del artículo 201 del citado cuerpo legal, "En los mismos plazos de prescripción señalado en el artículo 200, y computados de la misma forma, prescribirá la acción del Fisco para perseguir el pago de los impuestos, intereses, sanciones y demás recargos".

Por lo tanto, la acción de cobro, cuyo titular es la Tesorería General de la República, también prescribe en el plazo de tres años.

Debemos hacer presente que, en atención a lo dispuesto en el artículo 2° del Código Tributario, en materia de plazos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 48 del Código Civil, norma que señala lo siguiente:

"Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Presidente de la República, de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo.

El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días y el plazo de un año de 365 o 366, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de ese segundo mes.

Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa".

De este modo, si relacionamos los plazos dispuestos en el artículo 200 del Código Tributario, esto es, **plazos de años**, con la precitada norma del Código Civil, debemos concluir que dichos plazos no se ven modificados o alterados por lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 del Código Tributario, según el cual: "Cuando el plazo de declaración y pago de un impuesto venza en día feriado, en día sábado o el día 31 de diciembre, éste se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente". En efecto, una cosa es la PRÓRROGA del plazo para declarar (que se rige por la norma antes referida) y otra diversa es el cómputo del plazo de la prescripción. Dicho cómputo no sufre alteración alguna en razón de lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 del Código del ramo.

En cuanto **al MOMENTO INICIAL para el cómputo del plazo** de prescripción, en el Derecho comparado se presentan fundamentalmente dos alternativas: El momento de la realización del hecho gravado, o a una fecha relacionada con dicho momento, como la terminación del año comercial en que ha nacido el impuesto.[2]

En nuestro Derecho el artículo 200 lo regula en forma muy clara: El plazo de prescripción **se cuenta desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago**. Ello dependerá del tipo de impuesto de que se trate.

Así, por ejemplo, en el IVA el inciso 1° del artículo 64 del D.L. 825 señala: "Los contribuyentes afectos a la presente ley deberán pagar en la Tesorería Comunal respectiva, o en las oficinas bancarias autorizadas por el Servicio de Tesorerías, hasta el día 12 de cada mes, los impuestos devengados en el mes anterior, con excepción del impuesto establecido en el artículo 49, el que se regirá por las normas de ese precepto".

Por su parte, en el Impuesto a la Renta el inciso 1° del artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la Renta dispone: "Las declaraciones anuales exigidas por esta ley serán presentadas en el mes de abril de cada año, en relación con las rentas obtenidas en el año calendario comercial anterior, según proceda, salvo las siguientes excepciones:...".

Determinado el INICIO del PLAZO de prescripción, resta por determinar el **TÉRMINO de dicho plazo**, esto es, hasta cuándo corre el plazo con que cuentan el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República para ejercer sus acciones.

Como el Código Tributario no fija el término de dichos plazos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° del referido cuerpo legal, habrá de recurrirse

[2] Falcón y Tella, Ramón, *La Prescripción en Materia Tributaria*, Editorial La Ley, Madrid, 1992, pág. 94.

al DERECHO COMÚN, que para estos efectos, no es otra disposición que el precitado artículo 48 del Código Civil.

De este modo, la declaración de IVA del período mayo de 2005, se debe presentar (y pagar) hasta el día 12 de junio de 2005. Por lo tanto, el plazo de 3 años de la prescripción de la acción fiscalizadora y de cobro vence el día 12 de junio de 2008. Concretamente el plazo vence a la medianoche del 12 al 13 de junio de 2008.

En el IMPUESTO A LA RENTA, las diferencias existentes en el año tributario 2004, que se debe declarar el 30 de abril de 2005, a más tardar, podrán ser liquidadas y cobradas hasta el 30 de abril de 2008. Concretamente el plazo vence a la medianoche del 30 de abril al 1° de mayo de 2008.

Para confirmar lo que se expone, es útil transcribir NOTAS de don ANDRÉS BELLO al Proyecto de 1853 del Código Civil. Dichas notas se encuentran en la página 208 del REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS del CÓDIGO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS, Tomo I. Aquellos comentarios expresan que:

"Tres días contados, por ejemplo, desde el 4 de abril, principian en la medianoche del 4 al 5 de abril, y terminan en la medianoche del 7 al 8 de abril; y dos meses contados desde el 8 de enero principian en la medianoche del 8 al 9 de enero y terminan en la medianoche del 8 al 9 de marzo siguiente; y seis años contados desde el 10 de mayo de 1850 principian en la medianoche del 10 al 11 de mayo del mismo año, y terminan en la medianoche del 10 al 11 de mayo de 1856; sin tomarse en cuenta si un mes tiene 28, 29, 30 ó 31 días, o si un año es de 365 ó 366 días".

Son tan claros estos comentarios del autor de nuestro Código Civil, que no resulta lógico dudar de que la forma de computar el INICIO y el TÉRMINO de los plazos, especialmente de los plazos de meses y de años, es la que se ha referido precedentemente y que ha sido utilizada en los ejemplos transcritos.

Ahora bien, en cuanto al INICIO del cómputo de plazo, de acuerdo a la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 29 de octubre de 2001,[3] el plazo de tres años debe comenzar a computarse desde el día siguiente al vencimiento del mismo. No compartimos dicha tesis, atendido lo dispuesto en el artículo 48 del Código Civil y los clarísimos comentarios que, a su respecto, realizó don ANDRÉS BELLO. Al efecto, la citada resolución señala:

[3] *Manual de Consultas Tributarias*, noviembre de 2002, página 1596.

"... el término debe comenzar a contarse desde que se encuentre ya expirado el plazo legal en que se debió enterar el tributo, es decir, el día siguiente del último en que el tributo debe pagarse constituye el primero para efectos de computar el plazo de prescripción, cuestión que a esta Corte le resulta meridianamente clara, puesto que no resulta procedente comenzar a contar un plazo de prescripción estando aún pendiente al término normal de pago, habida cuenta que el mismo precepto dispone que el Servicio puede llevar a cabo las operaciones que detalla, dentro del término de tres años, careciendo por completo de sentido que pueda hacerlo el último día de dicho término en circunstancias que el contribuyente aún puede hacerlo de propia iniciativa...".

Dicho criterio está contradicho en la página 6 de la Circular N° 73, de 2001, del Servicio de Impuestos Internos, instrucción que señala que el plazo de prescripción que tendría el ente fiscalizador para determinar diferencias de impuestos de Primera Categoría del año tributario 2001, vencería el 30 de abril de 2004 a las 24 horas.

Ahora bien, pudiera entenderse que el criterio del Servicio ha cambiado, ello en atención a lo que dispone la Circular N° 22, de 2002. Esta –probablemente influenciada por el criterio jurisprudencial antes anotado– introduce el siguiente ejemplo de aumento del plazo de prescripción por efecto de lo dispuesto en el artículo 63 del Código Tributario: fecha de declaración de Impuesto a la Renta año tributario 1998, el 30 de abril de ese año; ahora bien, el vencimiento del plazo original para liquidar con aumento de 3 meses, de acuerdo a la Circular, sería el día 1° de agosto de 2001. Por las mismas razones indicadas precedentemente, no compartimos este cambio de criterio.

En materia de cómputo del plazo, la Excma. Corte Suprema, en los autos Rol N° 3099-2005, con fecha 30 de marzo de 2006,[4] acogió en parte un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirmó un fallo dictado por el Tribunal Tributario de la V Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos, que había rechazado una reclamación tributaria.

El recurrente sostuvo que existió un error de derecho en el cómputo del plazo de prescripción, ya que la sentencia consideró que, tratándose de declaraciones de remanentes de IVA, los plazos de prescripción se cuentan desde aquel período en que se termina el remanente acumulado y resulta una diferencia efectiva de impuesto a enterar en arcas fiscales.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema sostuvo, haciendo una correcta interpre-

[4] www.sii.cl.

tación de la ley tributaria, que el IVA es un impuesto de declaración, que obliga al contribuyente a declararlo y enterarlo al mes siguiente en que se devenga, importando cada período mensual el cumplimiento de esta obligación, por lo que la revisión que debe hacer el Servicio de Impuestos Internos sobre el cumplimiento de estas reglas **debe referirse a cada período tributario, independiente cada uno de los otros que pudieran ser materia de control.** En lo pertinente, el citado fallo consideró:

"PRIMERO: Que el primer error de derecho que se denuncia en el recurso está referido a la interpretación que la sentencia hace del cómputo del plazo de prescripción que establece el artículo 200 del Código Tributario. Se explica que la sentencia recurrida confirmó la de primer grado y con ello mantuvo el criterio de rechazar la prescripción de la acción, con respecto de una de las partidas de la liquidación y que está referida a la factura 059 de 16 de mayo de 1997, considerando que: "los plazos de prescripción se cuentan desde aquel período en que se termina el remanente acumulado y resulta una diferencia efectiva de impuesto a enterar en arcas fiscales", agregándose que la objeción de esa factura no implica una diferencia de impuesto a pagar en ese mes, sino que dicho pago corresponde al mes de marzo de 2000. Se sostiene en el recurso que el IVA es un tributo de declaración y pago por períodos mensuales, según lo dispone el artículo 64 del D.L. N° 825, por lo que el impuesto correspondiente al mes de marzo de 1997 debía pagarse el 12 de junio de 1997. Se afirma luego que el artículo 200 del Código Tributario dispone que el Servicio podrá liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que diere lugar, dentro del término de tres años, contado desde la expiración del término legal en que debió efectuarse el pago, por lo que no resulta ajustada a derecho la interpretación que hace la sentencia de contar el plazo desde el período en que se termina el remanente acumulado, situación que el legislador no ha considerado.

Se sostiene que es legítimo oponer una prescripción con respecto de una partida de la liquidación, correspondiente a una diferencia de IVA del mes de marzo de 1997, la que se le notificó del cobro en diciembre de 2000, y como no se le imputó a dicha factura el carácter de falsa, le asiste un plazo de prescripción de tres años y no de seis, como ocurre en el caso del inciso segundo del artículo 200 del expresado Código;

SEXTO: Que en relación al primer error de derecho que denuncia, esto es, la infracción al artículo 200 del Código Tributario, respecto de la factura extendida supuestamente por Rolando Calvo Carvelli N° 059 de fecha 16 de mayo de 1997, la sentencia recurrida establece que la liquidación reclamada por la contribuyente incluyó el rechazo del crédito fiscal correspondiente a esa factura, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 N° 5 del Decreto Ley N° 825.

En el motivo 8° de la sentencia se expresa que el detalle de las anomalías contenidas en las facturas objetadas hace que éstas no cumplan con los requisitos que establece dicha norma, por los que le da el carácter de falsas, sin que se haya demostrado por la contribuyente lo contrario, concluyéndose que no se acreditó la efectividad de dichas operaciones y sus montos;

SÉPTIMO: Que la misma sentencia señala en el considerando catorce, que la liquidación fue notificada en noviembre de 2000 y desestimó la excepción de prescripción, sosteniendo que tratándose de declaraciones de remanentes de IVA desde mayo de 1997 a marzo de 2000 el resultado de las declaraciones mensuales no arrojó impuestos a pagar, solicitando sólo devolución de IVA exportadores en septiembre, octubre y diciembre de 1999, por lo que estima que en este caso los plazos de prescripción se cuentan desde aquel período en que se termina el remanente acumulado y resulta una diferencia efectiva de impuesto a enterar en arcas fiscales, por lo que según este razonamiento, para el presente caso, el pago de devoluciones se efectuó en marzo de 2000, fecha en la cual empezaría a correr la prescripción;

NOVENO: Que además es conveniente señalar que aun cuando el impuesto al valor agregado es de aquellos que deben considerarse sujetos a declaración, sin embargo, esa sola circunstancia no hace aumentar el plazo de prescripción a seis años, ya que la sentencia, reconociendo que hubo declaración presentada al Servicio, no consignó expresamente que ésta fuera maliciosamente falsa".

En cuanto a los casos de impuestos que deben pagarse por cuotas (por ejemplo, el Impuesto Territorial), el plazo de prescripción empieza a correr, **independientemente para cada cuota**, desde la fecha en que ésta debió pagarse.

La citada Circular N° 73 trata la forma de computar el plazo de prescripción en caso de rentas de fuente extranjera de las que no se puede disponer.

En tal sentido, ésta señala: "Por regla general toda persona domiciliada o residente en Chile debe pagar impuestos sobre sus rentas, cualquiera sea su origen, y sea que la fuente de entradas se sitúe dentro del país o fuera del él. Para estos fines, los contribuyentes que obtienen rentas de fuente extranjera están obligados a declarar en el país todas las utilidades que obtengan de sus inversiones foráneas.

La norma regula el caso de las rentas de fuente extranjera que, por causa del acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor o por aplicación de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen de la misma, no quedan a disposición del contribuyente. En tales situaciones, la ley establece que dichas rentas deben excluirse de la base imponible del impuesto, en tanto permanezca

vigente la situación que le impide su percepción. Como contrapartida, la norma dispone que en tanto dure el impedimento no empezará a correr el plazo de prescripción en contra del Fisco.

De este modo, en estos casos, el plazo de prescripción de la acción del Servicio para revisar, liquidar, girar, regulado en el artículo 200 del Código Tributario, así como el de la acción de cobro reglamentado en el artículo 201 del mismo cuerpo legal, no empezará a correr sino una vez vencido el término legal para presentar la declaración por el año comercial en que cesó la causal de impedimento de que se trate.

La prueba de la existencia del caso fortuito, fuerza mayor o la causa legal o reglamentaria corresponderá, en todo caso, al contribuyente. Para estos casos debemos tener presente que la causal de caso fortuito o fuerza mayor se podrá producir tanto en el país de origen de la renta como en Chile o en un tercer Estado. Por el contrario, si la causal se funda en la aplicación de una norma legal o reglamentaria, sólo cabe considerar el caso que la normativa que provoca el impedimento corresponda al país de origen de la renta".

Coincidimos con la tesis expuesta en la precitada Circular, ya que revela una interpretación correcta de la ley tributaria.

Finalmente, hay que tener presente que el Servicio de Impuestos Internos ha otorgado mayores plazos para la presentación de las declaraciones correspondientes a los impuestos anuales a la renta, cuando el contribuyente tiene excedentes de créditos a su favor. Por ejemplo, hasta el 9 de mayo, en vez del 30 de abril. En este caso, coincidimos con Patricio Elías y José Espinoza,[5] en cuanto a que el Servicio no podría posteriormente ampliar el plazo de prescripción por esos nueve días de prórroga, ya que ésta se ha establecido por la vía administrativa y no por alguna disposición legal.

2. Término extraordinario de prescripción

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 200 del Código Tributario, la norma anterior posee una calificada excepción: El plazo de prescripción es de SEIS AÑOS respecto de los **impuestos sujetos a declaración**, cuando:

- No se haya presentado, estando obligado a hacerlo (OMISION); o
- La declaración presentada fuere maliciosamente falsa.

[5] Elías Sarquis, Patricio, y Espinoza Railén, José, *La Prescripción Civil y Tributaria*, memoria de prueba para optar al título de Magíster, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, Santiago, 2007, página 28.

Por lo tanto, los requisitos para que opere el término extraordinario son los siguientes:

a) Que se trate de IMPUESTOS sujetos a DECLARACIÓN, que son **aquellos que deben ser pagados previa declaración del contribuyente**, por ejemplo los Impuestos contenidos en la Ley de la Renta o el Impuesto al Valor Agregado. De esta forma, los impuestos NO sujetos a declaración siempre se rigen por el plazo ordinario, por ejemplo, el Impuesto Territorial. Por lo tanto, las diferencias de Impuesto Territorial se rigen siempre por el plazo de 3 años; y

b) Que la declaración no se hubiere presentado o la presentada fuera maliciosamente falsa.

Como se observa, el requisito signado en la letra a), a saber, tratarse de IMPUESTOS SUJETOS A DECLARACIÓN no puede faltar para la aplicación del plazo extraordinario. Junto con aquél deben concurrir algunos de los requisitos señalados en la letra b).

Ya definido el concepto de IMPUESTOS SUJETOS A DECLARACIÓN, hay que revisar las situaciones que hemos señalado en la letra b), esto es:

2.a. La no presentación de la declaración

Esta primera situación implica la falta u omisión de la declaración impositiva respectiva.

La Circular 73, de 2001, del Servicio de Impuestos Internos, estima que: "una declaración, para que pueda considerarse como tal, debe contener los datos propios de la obligación que se pretende cumplir al presentar el formulario que la contiene; de este modo, no constituye "declaración de impuestos" la presentación del formulario conteniendo sólo los datos de individualización del contribuyente. Sin embargo, sí debe considerarse como tal si el formulario, además de los antecedentes personales del declarante, consigna la expresión "sin movimiento" u otra análoga.

En términos más breves, doña María Álvarez de Andrade[6] señala:

"En consecuencia, si no se presenta el formulario de declaración, o bien, si se presenta uno que sólo consigne los datos de individualización del contribuyente, sin lugar a dudas el plazo de prescripción aplicable será el de 6 años".

[6] Álvarez de Andrade, María, *La prescripción extintiva extraordinaria en el Código Tributario*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, página 12.

En esta materia, la autora Álvarez de Andrade[7] se cuestiona qué sucede si no obstante haberse presentado el formulario correspondiente, se omite la declaración del impuesto en la línea correspondiente, o bien se omiten ciertas partidas (por ejemplo, determinados ingresos, o tratándose de un contribuyente sujeto a Impuestos de Primera y Segunda Categoría, sólo declara las rentas de Primera Categoría).

A este respecto, es útil citar una sentencia de la Excma. Corte Suprema de 20 de septiembre de 1972, que señala:

"...la ley sólo amplía el plazo de prescripción de 3 a 6 años para la revisión de los impuestos sujetos a declaración cuando ésta no se hubiere presentado, y como se trata de una regla excepcional, debe aplicarse restrictivamente, dentro de los términos empleados por el legislador. Ahora bien, si presentada una declaración, ella fuere maliciosamente falsa, como podría constituirlo el hecho de haber omitido un rubro completo, dicho plazo se ampliaría, por lo que sería aplicable la segunda parte del inciso segundo y no la primera; pero debe señalarse que en ninguna parte del recurso se ha insinuado siquiera que se hubiere procedido con malicia, la que debe acreditarse... Consecuencia de lo anterior, es que los jueces aplicaron el término de prescripción de tres años...".[8]

Por otra parte, si un contribuyente solo omite rubros o partidas de un determinado impuesto, no se le podría estimar como no declarante,[9] toda vez que, en el caso propuesto, el contribuyente presentó la declaración. Lo anterior es sin perjuicio que dicha declaración pueda ser calificada de maliciosamente falsa.

Otra problemática que presenta la autora Álvarez de Andrade es ¿qué sucede si el contribuyente cumple con la obligación de pagar el impuesto, pero en forma tardía? ¿qué plazo de prescripción se aplica?

Algunos estiman que debe entenderse que no hay declaración, debiendo aplicarse el plazo de 6 años.

Otros sostienen que la respuesta depende si ha existido fiscalización del Servicio. Si el contribuyente declara tardíamente, pero sin que exista una actuación del Servicio, a este respecto, estaría de buena fe, debiendo aplicársele el plazo de tres años. Por la inversa, si con posterioridad a una fiscalización presenta su declaración, estando de mala fe, debiera aplicarse el plazo de seis años.

[7] Álvarez de Andrade, María, Ob. cit., 2006, página 13.
[8] *Fallos del Mes* N° 166, septiembre de 1972, citada por María Álvarez de Andrade.
[9] Circular 73, de 2001, Servicio de Impuestos Internos, www.sii.cl.

2.b. Declaracion maliciosamente falsa

La segunda situación en que el plazo de prescripción se aumenta a 6 años, por tener un componente o elemento subjetivo, es la que genera una mayor dificultad en su aplicación práctica.

En efecto, el elemento que hace la diferencia en el plazo del cual dispone el ente fiscalizador, AUMENTANDO aquél de 3 a 6 años, es la existencia de DECLARACIONES DE IMPUESTOS MALICIOSAMENTE FALSAS.

En nuestro concepto, ello ocurre cuando se trata de DECLARACIONES presentadas a sabiendas, con la clara conciencia de que se procede mal. Dicho de otro modo, estamos frente a declaraciones de impuestos presentadas con la intención positiva de defraudar al Fisco, privándolo de los ingresos que legítimamente le pertenecen de acuerdo a la ley.

Sobre el particular, cabe señalar que, por un principio general del Derecho, establecido en el Código Civil (artículo 707), aplicable en materia tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Código del ramo, la buena fe se presume y **el dolo debe probarse**.

Por tanto, es el Servicio de Impuestos Internos el que debe probar con elementos objetivos la "intención dolosa o maliciosa del contribuyente". En consecuencia, no es posible sostener que cuando el Servicio de Impuestos Internos impugna el crédito fiscal sosteniendo, por ejemplo, que existen facturas de proveedores FALSAS y el contribuyente no logra acreditar la efectividad de las respectivas operaciones, el plazo de prescripción será de 6 años por esa sola circunstancia. Tal tesis resulta de aplicar erradamente el principio general de la prueba en materia tributaria que se contiene en el inciso primero del artículo 21 del Código Tributario, en orden a que la prueba de la VERDAD de las declaraciones le corresponde al contribuyente. Aplicando tal criterio (lo que ocurre bastante) resultaría que el contribuyente debería probar su buena fe, tesis que no resiste análisis, ya que en tal evento los contribuyentes serían los únicos a los cuales no se les aplicaría el principio general del Derecho chileno de que la buena fe se presume y que el dolo debe probarse.

De esta forma, una cosa es que el contribuyente NO pueda probar legalmente que las declaraciones de impuestos son entera y completamente verdaderas (por existir dentro de ellas facturas de proveedores tachadas de falsas) y otra cosa, muy diversa, es que tales declaraciones puedan ser tachadas –por ese hecho– de maliciosamente falsas. Esto último resulta ser un ESTADIO SUPERIOR, ya que requiere PROBAR que ese contribuyente ha actuado con DOLO, con MALA FE, con el DEFINIDO PROPÓSITO DE PRIVAR AL FISCO DE LOS IMPUESTOS

CORRESPONDIENTES. Todo esto no es lo mismo que la mera falta de prueba de la efectividad de las operaciones de que dan cuenta las facturas tachadas de falsas por el Servicio de Impuestos Internos.

Así ocurre, por ejemplo, cuando el contribuyente es SORPRENDIDO por un proveedor que le emite, por una OPERACIÓN REAL, una factura falsa con un timbre que simula ser el del Servicio de Impuestos Internos. Dicho timbre en la realidad no corresponde a tal organismo y, además, el contribuyente no pagó con cheque nominativo la respectiva factura, sino que lo ha hecho en dinero efectivo. Más aún, cuando el contribuyente es notificado por el ente fiscalizador, se entera de que el proveedor resulta no ser ubicable y, a pesar de buscarlo para que declare en el juicio tributario correspondiente, no lo logra. En tal caso, el contribuyente no podrá probar que su declaración de impuestos es enteramente verdadera, ya que no podrá desvirtuar el cargo que le realiza el Servicio de Impuestos Internos. Sin embargo, aquello no implica que su declaración de impuestos sea **MALICIOSAMENTE** FALSA, ya que el contribuyente NO ESTABA DE MALA FE al recibir la factura. Se trata, más bien, de un contribuyente descuidado que, al comprar, no previó que la factura que le entregó su proveedor le podría ser objetada y no obtuvo la prueba correspondiente que acreditare la efectividad de la operación de que aquel documento da cuenta.

La pregunta es la siguiente: La falta de prueba de la efectividad de la operación que consta en la factura tachada por el Servicio de Impuestos Internos de falsa ¿TRANSFORMA a la declaración de impuestos en que ella incide en maliciosamente falsa?

En nuestra opinión, la respuesta es categóricamente NO. Ello puesto que para que la declaración de impuestos revista dicho carácter debe ser una declaración DOLOSA, de mala fe, fingida o simulada y jamás la falta de prueba de la efectividad de una operación podrá llevar a tal conclusión, salvo que el ente fiscalizador acredite ALGO MÁS, a saber: La INTENCIÓN o PROPÓSITO DE PRIVAR AL FISCO DE LOS IMPUESTOS CORRESPONDIENTES.

En la página 12 de la Circular N° 73, de 2001, el Servicio de Impuestos Internos confirma lo que se expone, al reconocer que: "Lo malicioso de la falsedad de la declaración debe ser acreditado por el Servicio, toda vez que atendidos los conceptos empleados por el legislador, en principio, debe presumirse que los antecedentes contenidos en una declaración que no se ajusten a la verdad se han debido a un error involuntario del contribuyente, a su descuido o aun a su negligencia, mas no a su mala fe".

En efecto, a la ley, para ampliar el plazo, **no le basta la falsedad de la respectiva declaración, sino que además exige que ésta debe ser MALICIOSA.**

La malicia, como se demostró precedentemente, debe ser probada por quien la sostiene, ya que no es posible sostener que sea el reclamante el que deba acreditar que obró de BUENA FE, cuando aquella se presume. Nuevamente esto se confirma con la lectura de la Circular 73, de 2001, que en su página 12 señala: "para los fines del artículo 200 del Código Tributario no basta que en la declaración de que se trate existan datos no verdaderos, sino que además se requiere que esta falsedad sea maliciosa, es decir, que sea producto de un acto consciente del declarante, quien supo o no pudo menos que haber sabido que lo declarado no se ajusta a la verdad". Aquello –como se reconoce en la misma Circular– debe ser acreditado por el Servicio de Impuestos Internos.

Por lo tanto, si el contribuyente NO prueba la efectividad de las operaciones comerciales que constan en las facturas objetadas de falsas, no se puede –por este solo hecho– ampliar el plazo de prescripción de 3 años a 6 años. Reiteramos que: a) Una cosa es la carga probatoria de la verdad de las declaraciones, carga que es del contribuyente, de modo que si no la cumple, su reclamo de fondo será rechazado, sin que ello pueda afectar a una eventual alegación de prescripción de la acción fiscalizadora, la que debería ser acogida, salvo que el Servicio de Impuestos Internos pruebe que las respectivas declaraciones de impuestos son **maliciosamente** falsas; y b) Otra cosa es la PRUEBA de que la falsedad imputada al contribuyente es MALICIOSA. Tal prueba recae en el Servicio de Impuestos Internos, tal como lo reconoce el propio Director del Servicio de Impuestos Internos en la Circular 73, de 2001.

Hay aquí una importante diferencia, que puede ser sutil, pero que debe realizarse: La ley exige la presencia de declaraciones **maliciosamente** falsas y no solo de declaraciones falsas. De este modo, si el contribuyente no cumple con probar la verdad de sus declaraciones, aquellas podrán ser FALSAS, mas ello NO basta para que el plazo de prescripción sea de 6 años, ya que la ley requiere que sean **maliciosamente** falsas y la malicia debe ser probada por el Servicio de Impuestos Internos, por más que sea una malicia de orden civil.

En efecto: Si bastara la sola FALSEDAD de la DECLARACIÓN de IMPUESTOS para aumentar el plazo de prescripción de 3 a 6 años, el legislador habría redactado el artículo 200 del Código Tributario de otra manera y no habría exigido "declaraciones maliciosamente falsas". Simplemente habría dicho que bastaba para ello las "declaraciones falsas".

En este punto, compartimos lo que señala la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema:

"... maliciosamente importa para el juzgador demostrar de manera fehaciente que el sujeto activo, en el hecho ilícito, ha actuado con claro dominio de la

antijuridicidad de la conducta que se le reprocha y con el definido propósito de privar al Fisco de la percepción de los impuestos que debió recibir". (Considerando sexto de la sentencia de 10 de noviembre de 2003, dictada en los autos Rol N° 344 - 2002).

De igual forma se pronuncia la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 11 de julio de 2007, autos Rol N° 1756-2004, resolución que señala:

"... la malicia en materia tributaria no se verifica por el solo incumplimiento de normas legales y reglamentarias, sino que debe ser el resultado del despliegue de conductas por parte del contribuyente con la finalidad de forjar documentos, instrumentos, registros contables que no reflejan la realidad, con la única y exclusiva finalidad de perjudicar el patrimonio fiscal.

"Por lo mismo, es insuficiente la mera declaración por los fiscalizadores de que existen facturas que no darían cuenta de operaciones reales y que, por lo mismo, son falsas o no fidedignas. En esas condiciones, es menester que del proceso, de los antecedentes recabados por el tribunal, aparezca que la conducta que desarrolló el contribuyente es maliciosa, ladina y que no se trata de un error de procedimiento o de una simple negligencia. Corrobora la conclusión anterior la circunstancia de que los contribuyentes no son responsables del cumplimiento tributario de aquellos que son proveedores de bienes y servicios, a menos que se acredite que estaban en conocimiento de que su proveedor operaba con facturas falsas en su materialidad".

"A juicio de este tribunal, la sede infraccional y la penal son las únicas en las que se puede calificar una declaración como maliciosamente falsa, esto es, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 161 y 162 del Código Tributario, porque son las que permitirían acreditar la "malicia penal", esto es, el dolo en el accionar del contribuyente. La sede administrativa, esto es, la originada por un reclamo de liquidación, no es la instancia que permita efectuar la referida declaración".[10]

Como bien lo señala el considerando decimotercero de la sentencia dictada con fecha 28 de julio de 2006, por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, autos ingreso Iltma. Corte N° 1254-2005:

"Que habiéndose acreditado el hecho de haberse presentado las declaraciones referidas en las oportunidades dispuestas por el legislador y como la regla del

[10] *Revista de Derecho de la Empresa*, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 11, julio a septiembre de 2007.

inciso 2° del artículo 200 del Código Tributario es de carácter excepcional, debe aplicarse restrictivamente, correspondiéndole al Fisco acreditar que las declaraciones presentadas fueron manifiestamente falsas, lo que no hizo. Por el contrario, negó su existencia, lo que quedó desvirtuado con la exhibición de documentos en poder de esa misma parte".[11]

También lo resolvió así la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos Rol N° 6833, de 2001, confirmando sin declaración la sentencia de primera instancia dictada con fecha 26 de julio de 2001, por la Sra. Magistrado del Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en los autos Rol N° 2311-2000, que en lo pertinente resuelve que:

"3°. Que el Servicio rechazó la defensa de la contribuyente expresando que los impuestos fueron efectivamente girados el 30 de septiembre de 1996, emitidos los folios el 27 de septiembre, y notificados por carta certificada el 1° de octubre del mismo año, todo ello en base a las diferencias detectadas en la sociedad mencionada precedentemente, las cuales considera obvio que han de afectar las declaraciones de los socios. En consecuencia, expresa que no pueden transcurrir los plazos legales de prescripción, ya que se presume un comportamiento doloso de la contribuyente, de acuerdo a los artículos 97 y siguientes del cuerpo legal citado, y nadie puede aprovecharse de su propio dolo. En todo caso, de poder operar la prescripción, los términos se encontrarían interrumpidos de acuerdo a los números 2 y 3 del artículo 201 del Código Tributario.

4° (sic) Que no es posible aceptar el cómputo del plazo que hace el Servicio, desde la fecha del giro, por cuanto eso deja en sus manos el manejo de los plazos y al deudor en amplia desventaja ante la discrecionalidad del Fisco.

4° Que, las normas citadas en cuanto al dolo de la contribuyente no contienen presunción alguna que le sea aplicable, ni se la ha condenado por un delito en un procedimiento al efecto, careciendo de facultades la abogado del Servicio de Tesorerías para imputárselo. Presentada la declaración y sin que conste que haya sido falseada con malicia, el plazo de prescripción que ha de computarse es el del artículo 200 inciso primero del Código Tributario, esto es, el de tres años desde que la obligación se hizo exigible, y el impuesto se encuentra prescrito.

5° Que, sin perjuicio de lo considerado, aun en el caso de que se considerara el plazo del inciso segundo de la norma citada, de 6 años, el primero de los folios en cobro igualmente se encontraría prescrito".

[11] www.puntolex.cl

De igual forma razonó la Excma. Corte Suprema, en los autos Rol N° 1131-99, considerando que:

"CUARTO: Que de lo anterior se colige que la prescripción aplicable al caso de autos correspondería a la general de tres años, salvo que por los impuestos de que se trata, sujetos a declaración, se determine que la declaración presentada por la contribuyente por el período impugnado fuese maliciosamente falsa.

QUINTO: Que, respecto de este último punto, debe indicarse que no ha sido establecido como un hecho de la causa tal situación, es decir, que las declaraciones presentadas hayan sido maliciosamente falsas, pues lo único que al respecto se indica en el fallo de primer grado, mantenido en todas sus partes por el que se revisa, es una alusión a lo actuado en los autos 1681-96 del mismo Tribunal Tributario, donde se investiga la eventual conducta infraccional que por estos mismos hechos le podría asistir a la contribuyente, pero sin establecer ni constar que lo allí resuelto esté a firme o ejecutoriado. Por este motivo no puede darse por acreditada la conducta maliciosa que ocasiona el aumento del plazo de prescripción, por lo que se entenderá que en autos rige la regla general de tres años ya señalada".

Compartimos plenamente lo que establece la segunda parte del considerando 4° de la sentencia de 21 de septiembre de 2006, pronunciada en los autos Rol 7949-2001, por la I. Corte de Apelaciones de Santiago –redacción de la Ministro señora Gloria Ana Chevesich Ruiz–, que señala:

"La doctrina ha señalado que la malicia tributaria es algo más que el simple incumplimiento de las normas contables tributarias, se trata de una conducta destinada a generar expresamente documentos y registros contables no representativos de la realidad, respecto de los cuales el contribuyente o su representante legal actúa como autor directo o inductor".

Ciertamente que aquella es la tesis correcta. Así lo corrobora la autora Peirano Zúñiga:

"En definitiva, existirá una declaración maliciosamente falsa cuando el contribuyente, sabiendo que falta a la verdad al momento de presentarla, pretende obtener con ella una rebaja en sus impuestos; rebaja que no habría podido lograr en caso de haber proporcionado al Fisco todos los elementos necesarios para determinar completa y cabalmente la base imponible respectiva".[12]

[12] Peirano Zúñiga, Paola, *La Prescripción de las Acciones Fiscalizadora y de Cobro en el Código Tributario*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, año 2000, página 68.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

Ahora bien, de un tiempo a esta parte la Excma. Corte Suprema viene sosteniendo en sus fallos que la "malicia" que utiliza el Código Tributario se refiere a un **dolo civil** y no penal. Al efecto, con fecha 20 de mayo de 2003, el Supremo Tribunal sostuvo:[13]

"Ya se ha expresado reiteradamente, en otros asuntos de que ha conocido esta Corte Suprema, que en este caso se trata de una malicia de orden civil, esto es, el conocimiento de estar adjuntando documentos (facturas) no fidedignos o falsos, y no de una malicia penal, que constituye un elemento subjetivo del tipo criminal respectivo y que, contrariamente a lo que ocurre en esta materia, ha de ser probado...".

En el mismo sentido, con fecha 17 de septiembre de 2005, en los autos Rol N° 2765-2005,[14] el Excmo. Tribunal resolvió que la malicia que exige la ley tributaria es distinta de la penal, y consiste en la conciencia que tiene el contribuyente de que está adjuntando documentos no fidedignos o falsos, o que está ocultando antecedentes con el objeto de disminuir sus impuestos.

Más allá de si este es un dolo CIVIL y no de carácter penal y de la discusión acerca de si requiere –o no– de que previamente la justicia penal haya determinado el carácter malicioso de las declaraciones, lo que no puede dudarse es que el Servicio de Impuestos Internos es el que debe probar que las declaraciones de impuestos de que se trata son **maliciosamente falsas**. Ello resulta no solo del principio general del derecho antes enunciado, sino que el mismo Director del Servicio lo ha reconocido así en las páginas 11 y 12 de la CIRCULAR 73, de 2001. No obsta aquella conclusión el artículo 21 del Código Tributario, puesto que dicha norma exige al contribuyente probar la VERDAD de sus declaraciones y no lo obliga a probar que aquellas no son maliciosamente falsas.

Por lo expuesto, no se comparte la actual tesis que sobre la materia de la prescripción tiene la Tercera Sala de la Corte Suprema, expuesta –por ejemplo– en la sentencia de fecha 5 de junio de 2003; en aquella se sostiene en los considerandos 11°, 12° y 13°, lo siguiente:

"11°) Que el problema, en suma, se reduce a dilucidar el alcance que tiene el término "maliciosamente falsa" utilizado por el artículo 200 inciso 2° del Código de la especialidad. Como anteriormente se indicó, esta norma es de carácter administrativo, pues se refiere a determinadas facultades del Servicio de Impuestos Internos para llevar a cabo ciertas tareas también administrativas: liquidar impuestos, revisar liquidaciones y girar los tributos a que hubiere lugar.

[13] Álvarez de Andrade, María, Ob. cit., página 27.
[14] www.sii.cl.

"Falso o falsa, ciertamente, son términos de uso corriente, que casi no necesitan explicación, pero para estos efectos se acudirá al Diccionario de la Real Academia Española, que entiende por falso: "Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad". También "Incierto y contrario a la verdad".

"A malicia, término también usado en el terreno jurídico, el mismo diccionario le asigna la significación de malo y contrario a la "virtud", "Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o hace algo".

"Lo anterior se ha hecho sin entrar a buscar el significado jurídico del término malicia, que como se sabe, es una suerte de dolo, más específico y que escapa al dolo ordinario, que se presume según el artículo 1° del Código Penal, siendo entonces más especializado, por lo que se plasma en contadas figuras penales. Por lo anterior es que en esta materia la malicia ha de ser objeto de prueba, y si ello no llega a ocurrir, el asunto se rige por el dolo corriente.

"12°) Que, sin embargo, no sólo existe malicia penal, pues, como surge de las definiciones indicadas, puede haberlo en otras ramas del derecho y presentarse también en cualquier tipo de relaciones, incluso de orden doméstico. En la especie, lo que la norma de que se trata exige no es, ciertamente, el dolo penal, sino que se refiere a un dolo de orden civil-tributario, sin perjuicio de que la misma actuación pueda dar origen en determinados casos a la malicia penal y a la que se indicó precedentemente.

"En el presente caso, en que se trata de liquidaciones reclamadas, no se está frente a la malicia penal, que deba ser probada, sino que a una suerte de dolo tributario-civil, como se dijo. Por ello, la situación es radicalmente opuesta a como se resolvió en segundo grado, pues la ley no exige, para los efectos del artículo 200 del Código Tributario, que se declare expresamente que las declaraciones de impuesto son maliciosamente falsas, puesto que tal pronunciamiento sería materia de un juicio tributario penal, lo que tornaría inútil dicha norma, puesto que tal juicio previo impediría efectuar una liquidación en tanto no concluyere, por sentencia ejecutoriada, el respectivo proceso penal, planteamiento que, desde luego, no resiste análisis.

"Que en materia tributaria la carga de la prueba es por entero del contribuyente, conforme lo prescribe el artículo 21 del Código Tributario, que dice textualmente: "Corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto". El inciso segundo mantiene la misma noción, agregando que, para obtener que se anule o modifique la liquidación o reliquidación, el contribuyente "deberá desvirtuar con pruebas suficientes las impugnaciones del Servicio, en

conformidad a las normas pertinentes del libro Tercero". Esta idea del peso de la prueba se contiene en otras normas, como el artículo 23 N° 5 del D.L. 825, y el 70 de la Ley de Impuesto a la Renta.

"De esta manera, la verdadera imputación se le formuló en varias etapas al contribuyente de autos. En primer lugar, en la citación; acto seguido, en las liquidaciones, que fueron las que debió desvirtuar con pruebas suficientes, lo que no hizo, por lo que los jueces de primer grado aplicaron en forma acertada el plazo de prescripción de seis años. En efecto, el contribuyente no probó, en las oportunidades de que dispuso, la circunstancia de que la documentación que utilizó era regular, esto es, para estos efectos, que los antecedentes que hizo valer eran verdaderos, desvirtuando así las impugnaciones del Servicio".

No se puede compartir tal criterio, por cuanto de ser así, cada vez que el Servicio de Impuestos Internos impugne de falsas una o más facturas de proveedores y el reclamante no logre probar que aquellas no adolecen de falsedad (lo que generalmente se traduce en probar la efectividad de las operaciones), el plazo de prescripción sería de 6 años, tesis que no advierte que el Código Tributario exige para la aplicación de tal plazo la existencia de DECLARACIONES MALICIOSAMENTE FALSAS, esto es, con malicia y por tal (tal como el mismo fallo lo reconoce) debe entenderse la: "intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo". Ella debe ser acreditada –reiteramos– por quien la sostiene, sin que baste la mera imputación de aquello, ni tampoco la falta de prueba de la efectividad de las operaciones de que dan cuenta las facturas objetadas.

Bien lo señala la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, en los autos Rol N° 7949-2001:

"Que, en el caso de autos, bastó para calificar las declaraciones presentadas por el contribuyente como maliciosamente falsas, la circunstancia de que determinados proveedores fueron calificados como irregulares porque no registraban timbraje de facturas, guías de despacho, boletas ni otros documentos.

"Lo anterior, a juicio de estos sentenciadores, es insuficiente para concluir que el cliente de un proveedor calificado como irregular también desarrolla conductas maliciosas, más aún si la prueba rendida tanto en primera como en segunda instancia permite arribar a la conclusión de que se efectuaron las operaciones mercantiles de que dan cuenta las facturas cuestionadas...".

Reiteramos que creemos que esta es la tesis correcta, atendida la exigencia impuesta por el legislador, a saber, declaraciones maliciosamente falsas, **tal**

intención solapada, manifestada en las declaraciones de impuestos, no resulta de la sola falta de prueba de la efectividad de las operaciones que constan en las facturas que se dicen falsas. Aquello requiere de algo más. Este algo más –intención dolosa de perjudicar al Fisco mediante la presentación de declaraciones engañosas, fingidas o simuladas– debe ser probado por quien la sostiene, esto es, por el Servicio de Impuestos Internos, por más que dicho organismo no sea parte en la primera instancia de los reclamos tributarios.

Estimamos que en estos fallos de la Excma. Corte Suprema –y otros del mismo tenor– se olvida que NO es el contribuyente el que debe probar que sus declaraciones NO revisten el carácter de maliciosamente falsas. Tal prueba le corresponde al Servicio de Impuestos Internos, como expresamente lo ha reconocido la propia Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos en la página 12 de la Circular 73, de 2001, ya transcrita. El texto del artículo 21 del Código Tributario no obsta a dicha carga, ya que los principios probatorios consagrados en dicha norma NO DEROGAN el principio general del Derecho contenido en el artículo 707 del Código Civil (de cuya aplicación no están excepcionados los contribuyentes) en orden a que la buena fe se presume y el DOLO debe ser probado. De este modo, requiriendo la ley de la existencia de declaraciones de impuestos maliciosamente falsas, esto es, DOLOSAS (sea cual sea la naturaleza de este dolo), corresponderá acreditar dicho dolo a quien sostiene su existencia.

El nuevo procedimiento laboral*
Proyecto antiguo y ley precipitada

William Thayer Arteaga[1]
Abogado
UNIVERSIDAD DE CHILE

1. Las leyes chilenas rigen desde su publicación en el Diario Oficial, salvo que haya norma especial que fije otra fecha. Fue precisamente el caso de las leyes 20.087 (3.01.2006) y 20.260 (29.03.2008), ambas destinadas a modificar el procedimiento para hacer valer los derechos laborales ante los Tribunales.

2. Aquí se ha batido un récord, que no es para enorgullecernos. El legislador de la Ley 20.087 fijó el inicio de su vigencia razonablemente para el 1.03.2007 –más de un año posterior a su publicación– a fin de dar tiempo a su estudio, comprensión, crítica, posibilidad de enseñanza en las universidades y aplicación segura y lúcida por funcionarios, abogados, empresas, trabajadores, instituciones y, muy especialmente, jueces. Con todo, más tarde se generó creciente preocupación por insuficiencia de magistrados y personal para hacer operativo el proceso. Por lo mismo, junto con fijar nuevo plazo de vigencia a la Ley 20.087, tomó fuerza la convicción de atenuar la carga que el juicio *oral* imponía a los jueces, conforme al principio de la *inmediación* que exige su presencia durante todo el proceso. Para ese fin, se empezó por volver a la contestación por escrito de la demanda, permitiendo que quedara trabada la litis sobre una base documental. Se introdujeron, además, numerosas enmiendas, que recogió la Ley 20.260, publicada el sábado 29.03.2008, restando un espacio de

* Exposición inaugural para el programa POSTÍTULO EN DERECHO DEL TRABAJO. Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. 15.04.2008

[1] Doctor Honoris Causa, Universidad Austral. Fue Ministro del Trabajo y Ministro de Justicia del Presidente Frei Montalva; Rector de la Universidad Austral; Miembro del Consejo de UNESCO; Senador Institucional de la República (en su calidad de ex rector) y Presidente de la Comisión de Trabajo del Senado; Académico del Instituto de Chile y profesor titular de Derecho del Trabajo de Postgrado, Universidad de Chile. Actualmente es profesor titular de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

tiempo insólitamente mezquino para su aplicación, que debía iniciarse el lunes 31 –el primer día hábil siguiente–, según estaba dispuesto por la Ley 20.252 (15.02.2008). Es cierto que el calendario de vigencia paulatina sólo establecía su vigencia desde el lunes 31 para las las regiones III y XII, pero ambas son parte del territorio nacional y los derechos ciudadanos de su población son los mismos de las regiones Metropolitana y demás, a las cuales se les otorgó la inexcusable posibilidad de conocer la ley antes de enfrentar los efectos de su vigencia. *Se dio así la situación sin precedentes de poner en aplicación una ley complejísima, de 28 páginas, antes de que sus miles de usuarios –trabajadores, empresarios, funcionarios, jueces y auxiliares– dispusieran de tiempo para conocer la normativa que les otorgaba derechos e imponía obligaciones importantes y cotidianas.*

3. Es útil advertir que el citado calendario de vigencia regional paulatina, que no se incluyó en la misma ley que rige el nuevo procedimiento (20.260), sino en el artículo 8° de la Ley 20.252, referida al incremento de jueces, tribunales y funcionarios que, con razón, se juzgó sería publicada a mediados de febrero. Un necesario correctivo, frente al innecesario empeño de iniciar la vigencia el 31 de marzo.

4. Todos celebramos ver publicada la reforma de la Ley 20.087. Así se conseguía que fuera enmendada *antes de que empezara a regir*, porque si se hubiera atrasado, el país entero se habría sumido por horas, días o meses en el maremágnum de una legislación inviable, que habría sido necesario derogar y reemplazar de inmediato. Ese trastorno se evitó y ahora es el momento de examinar esta Ley 20.260 "***que reforma la reforma***" de la ley "nonata" 20.087.

4.1. Por alguna razón, poco comprensible, el mismo legislador que estimó prudente un plazo inicial de 14 meses (3 de enero de 2006 a 1° de marzo de 2007) y dos nuevas extensiones por un total de 13 meses (1° de marzo de 2007 a 31 de marzo de 2008), para el debido conocimiento de la Ley 20.087, sólo concedió un plazo de pocas horas para que la ciudadanía de las Regiones III (Atacama) y XII (Magallanes) pudiera conocer, estudiar y aplicar la nueva Ley 20.260, que la reforma sustancialmente.

4.2. Esta Ley 20.260: a) Modifica el 40% de los preceptos de la Ley 20.087, y b) Asunto no menor: puso en vigor otras numerosas reformas introducidas por la Ley 20.087 al Libro V del Código del Trabajo, que la Ley 20.260 no alteró y, por lo mismo, también entraron a regir el 31 de marzo de 2008, conforme al aludido calendario de vigencia regional. En otras palabras, el **31 de marzo de 2008 entraron a regir tres paquetes de reformas al Libro V del Código del Trabajo:**

Primer paquete. Reformas al Libro V ,Título I, Capítulo I del Código del Trabajo en cuanto a número, estructura y funciones de los tribunales laborales, que dispuso la Ley 20.252, de 15.02.2008.

Segundo paquete. Reformas introducidas por la Ley 20.087 al Capítulo II del mismo relativo al Procedimiento, que *no fueron modificadas por la Ley 20.260, pero que ahora deben aplicarse* conforme al calendario, y

Tercer paquete. Las reformas propias de la Ley 20.260, que modifican muchas de las que la Ley 20.087 pretendía introducir al Capítulo II del Título I del Libro V. Estas reformas *se suman* a las referidas en los "paquetes" anteriores.

4.3. Es evidente que el Legislativo debe haber agotado los esfuerzos por capacitar a los jueces y funcionarios de las Regiones III y XII sobre la ley que se estaba gestando. Pero las leyes se dictan para ser conocidas por toda la ciudadanía afectada, y no por el limitado personal que trabajaba en la reforma y conocía *hacia dónde marchaban las enmiendas.* La inmensa mayoría ciudadana (usuarios, periodistas, comunicadores, juristas, empresarios, trabajadores) y el propio Gobierno sólo pudieron conocer el texto definitivo de la reforma después de la revisión del Tribunal Constitucional, que lo recibió el 19 de marzo y lo despachó el 26, en menos de diez días.

4.4. Para el ordenamiento jurídico nacional –propio de un Estado de Derecho– *la ley se presume conocida desde su publicación en el Diario Oficial* (art. 7° inc.1° del Código Civil). En el caso comentado, esto ocurrió sólo el sábado 29 de marzo de 2008 y la vigencia se inició a las 0.00 horas del lunes siguiente, lo que equivale a la medianoche del domingo. Cabe preguntarse ¿Por qué se forzó a dos extensas regiones del país a someterse a una ley no conocida, cuando bastaba, por ejemplo, con incluirlas en cualquiera de las otras fechas fijadas para las distintas regiones o grupos de regiones, o señalar como fecha inicial, por ejemplo, el 30 de junio, o el 31 de mayo, concediendo siquiera 90 o 60 días para información y capacitación de usuarios y ciudadanos? Al parecer se escogieron dos regiones poco pobladas para ver cómo funcionaba el sistema en la práctica, naturalmente prestando toda la ayuda gubernamental posible. Pero el precio pagado –que solo constatamos, pues no nos compete evaluar– fue exigir la aplicación real y efectiva de una legislación a la ciudadanía de dos regiones –no sólo jueces, sino empresas, trabajadores, funcionarios, abogados, etc.– antes de conocerla. Siquiera un par de meses de tiempo habrían aminorado una anomalía que atenta contra las garantías constitucionales del artículo 19 y hace uso abusivo del inciso final del art. 77 de la Carta, enmienda a esta última expresamente establecida para la vigencia diferenciada de una ley en diversas regiones. Pero este calendario de "paulatino conocimiento" no puede partir del "desconocimiento o ignorancia" de la legislación aplicada.

4.5. Pero otro hecho enredaba más la situación. La *novísima* Ley 20.260, fue precedida por la *antigua* Ley 20.087, publicada dos años antes y profusamente difundida y enseñada en las universidades, pues se creía –y con razón– que se publicaba para regir y no para entusiasmar o asustar. Una ley se publica porque "*manda, prohíbe o permite*". No es como un perfume que se exhibe o anuncia para entusiasmar.

4.6. En este orden de reflexiones, nos parece pertinente prevenir contra el riesgo adicional de que reaparezcan vendedores pregonando "*¡La ley, la nueva Ley 20.087 de Reforma Laboral!,*" de la que deben haber quedado muchísimos folletos sin venderse y que, por ignorancia, error o espíritu mercantil, se pretenda vender ahora, sin la advertencia de las sustanciales enmiendas de la Ley 20.260.

4.7. Se relaciona con lo expuesto en el numeral anterior una cuestión de interés editorial y ciudadano. Los Códigos del Trabajo que se editen entre marzo de 2008 y octubre de 2009 *deberán publicar DOS textos del Libro V*, porque ambos regirán durante el lapso de casi dos años que tomará el paulatino reemplazo del antiguo por el nuevo texto.

4.8. Para no caer en confusión es bueno recordar que el Libro V del Código antiguo comprende desde el **art. 415 al 483**. El texto nuevo o reformado, el que regirá paulatinamente desde el 31 de marzo de 2008, va desde el art. **415 al 513**. Pero debe advertirse que *no se trata de que se hayan "agregado"* al texto antiguo los artículos 484 a 513. El contenido de los artículos es diferente, aunque algunos lleven el mismo número. Por ejemplo: el artículo 483 del **texto antiguo** se refiere a "Toda persona que contrate servicios intelectuales o materiales de terceros..., etc.; en cambio, el artículo 483 del **texto nuevo** se refiere al nuevo recurso de unificación de la jurisprudencia: *"Excepcionalmente, contra la resolución que falle un recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia..."*. Y así ocurre con muchos otros.

4.9. Permítasenos enfatizar: es de toda urgencia contar con el texto **refundido del Código que entró a regir el 31 de marzo para Atacama y Magallanes**. Las demás regiones dispondrán sin duda oportunamente de una o más ediciones de algún texto refundido. Pero jueces, litigantes, funcionarios, sindicatos y empresas de las Regiones III y XII se verán en amarillos aprietos para citar los textos aplicables si no hay texto refundido. Es incómodo y peligroso entregar a los propios interesados la tarea de actualizar la legislación, sin que exista al menos un texto confiable al cual acudir.

4.10. El Congreso Nacional –Senado y Cámara de Diputados– y la Biblioteca del Congreso Nacional han desarrollado una antigua y cada vez más perfecta rutina de publicar, durante las últimas etapas de discusión de un proyecto, el

"**texto comparado**" de la antigua y la nueva legislación. En la discusión de la reforma en comento, interesan **tres textos comparados**:

a) el que coteja el texto del Libro V del Código del Trabajo, vigente hasta el 30 de marzo de 2008, las reformas que la ley "nonata" 20.087 pretendió introducirle;

b) el que coteja el texto del Código así modificado con la Ley 20.260, y

c) el que coteja el Libro V del Código del Trabajo vigente hasta el 30 de marzo de 2008, con el mismo Libro V después de las reformas de que dan cuenta las leyes 20.022, 20.087, 20.252 y 20.260, y las complementarias. Ambos textos regirán, aunque en regiones distintas, durante 2008 y 2009, período dentro del cual operará la paulatina extinción del texto antiguo y su correlativo reemplazo por el nuevo.

5. Comparemos ahora, sucintamente, el contenido del sistema actual del Código, que empieza a desaparecer, y las principales notas diferenciales del que lo sustituirá.

Sistema del Código al 30 de marzo de 2008

5.1. Los profesores Carlos Poblete y María Eugenia Montt señalan las bases sobre las que descansa el sistema actual, distinguiendo entre sus "directrices rectoras" y sus "características".[2]

Directrices rectoras:

a) ***gratuidad*** (arts. 427 inc. 2°, 433, 436, etc.);
b) ***rapidez o celeridad***;
c) ***sencillez*** (eliminación de formalidades);
d) ***oralidad***, en lo posible, ligada a la ***inmediata*** intervención del juez;
e) ***concentración*** (los incidentes se sustanciarán en ramos separados, no suspenderán el curso del juicio y, salvo excepción, deberán resolverse en la sentencia definitiva (457); las diligencias pendientes no entorpecerán la dictación de la sentencia definitiva (art. 453); y
f) ***impulso procesal de oficio***.

Estas "**directrices rectoras**" –que la doctrina reconocía en el sistema vigente–

[2] V. Thayer Arteaga, W, *Texto y comentario del Código del Trabajo*; Ed. Jurídica de Chile; 2002, 433 pp. Colaboraron profesores Tagle, Morandé, Gutiérrez, Iruarrizaga, Mengod, Montt, Coloma, Mifsud y Tapia.

la Ley 20.087 las explicitó en el nuevo texto del artículo 425, mantenido sin alteraciones por la reforma de la Ley 20.260, junto con los principios evidentes de ***bilateralidad de la audiencia y la buena fe***, cuya vigencia en toda legislación procesal se da por supuesta.

En suma, la reforma de la Ley 20.260 a la ley "*nonata*" 20.087 mantiene los mismos criterios del Código, pero los lleva al texto expreso del art. 425, lo que reafirma y fortalece su aplicación.

5.2. Características

Los mismos profesores Poblete y Montt también identifican "***características del proceso laboral que regla el Código del Trabajo***". Ellas, que seguimos de cerca, reflejan la manera cómo el legislador juzgó posible plasmar en la ley los principios rectores que lo inspiraron. Estas características serían:[3]

1) **Procedimiento especial**: a) en cuanto al ámbito de la competencia absoluta, materia, cuantía y fuero no hace distingos (art. 420);[4] b) estructura diversa al juicio civil (plazos fatales, facultades del juez, valoración de la prueba); c) tribunales especiales (Cap. II, párr. 2°);
2) Aunque especial, el procedimiento es de **aplicación general en el ámbito judicial laboral**;
3) Complementado por el Código de Procedimiento Civil;
4) **Sistema complejo de notificaciones**: En general por el estado diario (art.435); otras personalmente (art. 430); cédula (arts. 431, 434 inc. l°, 435, 442, 443, 445); y por avisos (art. 433); por carta (art. 443);
5) **Facultades del juez para corregir errores** (art. 437); decretar diligencias en otras comunas (art. 428); procurar conciliación (art. 444); fijar puntos de prueba (art. 442);
6) **Procedimiento escrito –no obstante la importancia de la oralidad– en demanda, reconvención y contestaciones a ambas** (arts. 439 y 440);
7) **Plazos fatales y días hábiles;**
8) **Comparecencia patrocinada por abogado** (art. 427), lo que no rige en el procedimiento de menor cuantía (art. 459);
9) **Limitación a la impugnabilidad de ciertas resoluciones** (art. 463, en relación con el art. 545 del Código Orgánico de Tribunales, recurso de queja contra sentencia definitiva),
10) **Eliminación de formalidades**: certificación de vencimiento de plazos por el secretario; actividad del propio juez (art. 429); citación para oír sentencia

[3] Página 387 del texto citado en la nota precedente.
[4] Téngase presente que existe procedimiento de menor cuantía.

aunque haya diligencias pendientes (arts.452 y 453);

11) **Tramitación por el secretario letrado de los juicios ejecutivos y los procedimientos incidentales hasta hallarse en estado de fallo** (art. 428 bis);
12) **Normas particulares sobre competencia relativa** (art. 422):
    a) Juez correspondiente al domicilio del demandado;
    b) Juez correspondiente al lugar donde se prestan los servicios;
    c) Juez correspondiente al lugar donde se hayan prestado los servicios;

13) **Notificación "en persona" al trabajador si la actuación se cumple en la empresa, establecimiento o faena que dependen del empleador con el cual litiga** (art. 432).

6. La Ley 20.087

6.1. Introdujo modificaciones de variada relevancia a distintos artículos del Código del Trabajo (44, 86, 169, 292, 294, 349, 389, 390 bis (nuevo), y 420, letra c);
6.2. Ordenó cambiar la numeración de varias disposiciones;
6.3. Sustituyó íntegramente todo el Capítulo II del Título I del Libro V, rotulado "Del procedimiento", que comprende los artículos 425 a 473 bis, centrándolo en una audiencia preparatoria y otra de juicio;
6.4. Agregó también un párrafo 1°, rotulado "*De los principios formativos del proceso*", con lo que alteró el ordenamiento numérico del resto del Código;
6.5. Incrementó el rigor de algunas sanciones por conductas antisindicales,
6.6. Extremó las medidas sobre oralidad, admitiendo que la contestación de la demanda fuera oral;
6.7. Creó dos nuevos procedimiento en sendos párrafos nuevos, rotulados: "*6° Del procedimiento de tutela laboral*" y "*7° Del procedimiento monitorio*", que sustituyó al juicio laboral de menor cuantía (artículo 459 según numeración "antigua" del Código del Trabajo), y
6.8. Modificó el procedimiento de reclamación de multas regulado en los arts. 474 y 475 del Código, por el que señalan los artículos 503 y 504 de la nueva numeración.

7. **La Ley 20.260** modificó muchas de las reformas que había dispuesto la Ley 20.087. Entre las principales, cabe destacar:

7.1. Volvió a la exigencia de que la *contestación de la demanda fuera escrita* (presentada con 5 días de anticipación a la audiencia), y reguló la forma de presentar la reconvención;
7.2 *Suprimió el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, sustituyéndolo por un recurso de nulidad;*

7.3. Creó un novísimo *recurso de unificación de la jurisprudencia*, que deberá conocer una sala especializada de la Corte Suprema;
7.4. Modificó los *procedimientos tutelar* (párrafo 6°) *y monitorio* (párrafo 7°), y de *reclamación de multas y demás resoluciones administrativas* (Título II del Libro V).
7.5. En general, cambió redacción, precisó o cambió los textos de gran número de preceptos del **Párrafo 3° Procedimiento general**, sin apartarse de los principios rectores y características antes referidos.

7.6. Es ilustrativo anotar algunas de las reformas al procedimiento general:

7.6.1. El procedimiento se desarrolla en torno a dos audiencias, una *preparatoria* y otra de *juicio*, lo cual de suyo altera la forma de operar propia del procedimiento anterior. En este, evacuados los escritos de demanda y contestación, más los eventuales de reconvención, el tribunal apunta a la audiencia de conciliación y prueba, si hubiere hechos controvertidos, para lo cual deberá fijar los puntos de prueba respectivos (art. 442 del Código sin reformas).

7.6.2. El plazo para contestar la demanda según la reforma no es ya de diez días fatales, más el que resulte de la tabla de emplazamiento (art. 259 del CPC), sino de *cinco días anteriores a la fecha fijada para la audiencia preparatoria*, y esta audiencia se celebrará *dentro de los 35 días siguientes a la fecha de la resolución que convoque a ella*, debiendo mediar entre la notificación de la demanda y citación (a la audiencia) y la celebración de ésta, a lo menos quince días (art. 451 inc.1°).

7.6.3. En cuanto a otras enmiendas llamativas de la prueba destacamos: a) No hay tacha de testigos; b) Se admitirán cuatro testigos por cada parte; c) No hay pliego de posiciones, pues estas se formulan verbalmente; d) No se admiten preguntas en forma asertiva; e) El juez debe recibir personalmente las declaraciones de testigos y la confesión; f) La audiencia de juicio deberá fijarse en la audiencia preparatoria y celebrarse en un plazo no superior a 30 días.

7.6.4. Nos parece suficiente lo dicho para ejemplarizar la gran cantidad de artículos y normativas reformados en el procedimiento de aplicación general y cuán necesario es contar con los textos refundidos para poder entender, explicar y difundir esta reforma.

Nos parece que se buscó aliviar un tanto las abrumadoras exigencias que imponía a los jueces la rigurosa oralidad de la Ley 20.087, para adecuar la normativa legal a la disponibilidad de recursos humanos y materiales.

8. Observaciones finales

Transcurridos escasos días desde la publicación de la Ley 20.260 y sin poseer algún texto refundido de fuente oficial, parece suficiente, por ahora, el resumen tentativo y esencialmente expositivo de la reforma del procedimiento laboral centrado en la Ley 20.260 que acabamos de hacer. Con todo, nos atrevemos a formular algunas reflexiones críticas como aporte a la discusión que está por iniciarse.

8.1. *Insuficiente atención al tripartismo de la OIT en la gestación del texto definitivo.* Parece indiscutible que el texto final de la Ley 20.260 no fue conocido con una mínima y prudente anticipación por las empresas, los trabajadores y los propios organismos del Estado de las Regiones III y XII, a las que se empezó a aplicar casi sin solución de continuidad con su publicación en el Diario Oficial e, incluso, con su despacho por el Tribunal Constitucional. Éste y algunos de sus ministros, aunque no modifican el texto, formulan alcances y prevenciones que integran la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

8.1.1. Nos parece, además, que esta precipitación va contra lo que el sentido común reclama de una sociedad democrática. El conocimiento presunto de un texto probable, por el equipo político, técnico o gremial que trabajó en su elaboración, no excusa la oportuna información que debe darse, no sólo a la población de las Regiones III y XII, sino a todo el país, y las autoridades centrales o de otras regiones, que cuentan con sedes y personal en las regiones III y XII deben percatarse de lo que está ocurriendo en sucursales o reparticiones que les afectan. Si bien la publicación de la Ley 20.087 el 3 de enero de 2006, para ser aplicada el 31 de marzo del 2008, constituyó un exceso; la aplicación de una ley complejísima, como la 20.260, el día siguiente hábil a su publicación en el Diario Oficial constituye una falta aun mayor a las garantías propias de una democracia informada y participativa.

8.2. *Mayor celeridad y oralidad del procedimiento e inmediación del juez.* El legislador ha estado atento a procurar que las exigencias de oralidad, celeridad e inmediación judicial correspondan a los recursos –humanos y materiales– disponibles. La experiencia nos dará la respuesta, sobre el funcionamiento del calendario de aplicación paulatina, con la excepción del reparo que formulamos a la fecha inicial. Éste envuelve un precedente jurídico y conceptual inaceptable.

8.2.1. Al respecto, no está de más recordar que el Código de 1931, recogiendo lo anticipado en las leyes de 1924, quiso ser muy fiel a los principios de celeridad, oralidad e inmediación. Así, conforme a su art. 434 la demanda podría interponerse ***verbalmente*** o por escrito; el Tribunal debía citar a una ***audiencia***

de avenimiento, contestación y prueba no posterior al quinto día hábil "desde proveída la demanda". La contestación de la demanda era verbal, recibida en esa misma audiencia. Pero ese ideal se estrelló con la realidad: las audiencias no se fijaban para antes del 5° día hábil, sino para uno, dos o más meses después, porque no había jueces ni tiempo suficientes. Una década más tarde, el procedimiento laboral para los asuntos de empleados particulares y semifiscales que regulaba la Ley 7.295 de 1942 optó por moderar la oralidad y exigir demanda y contestación escritas.

8.2.2. Por lo expuesto, nos parece sano y prudente que la Ley 20.260 haya reaccionado en contra de la excesiva oralidad del proceso que pretendía la Ley 20.087, exigiendo que tanto la demanda como la contestación y la eventual reconvención fueran escritas.

8.3. *Sustitución de la apelación por el recurso de nulidad en caso de las sentencias definitivas*. La reforma nonata de la Ley 20.087 había restringido de tal manera el ámbito de la apelación en los juicios laborale (artículo 477), que permitió a la Exma. Corte Suprema expresar al comentar el respectivo nuevo precepto: "*Se reformula el artículo 477, de manera de sustituir el recurso de apelación procedente contra las sentencias definitivas de primera instancia, por el recurso de nulidad, cuya causal está contenida en el inciso primero del nuevo artículo 477 y que corresponde prácticamente a la misma causal de apelación del actual artículo 477 de la Ley (20.087). Las demás causales de procedencia del recurso de nulidad están contenidas en el nuevo artículo 478 del proyecto en análisis y corresponden a las de casación en la forma que contempla el Código de Procedimiento Civil, respecto de asuntos conocidos por tribunales unipersonales*".

Concordamos absolutamente con el juicio de la Excelentísima Corte, pero debemos recordar que el Supremo Tribunal está comparando la disposición de la Ley 20.087 –que nunca llegó a regir– con la nueva de la Ley 20.260. En cambio, en el Código del Trabajo, que seguirá rigiendo en todo Chile, salvo, por ahora, en las Regiones III y XII, las sentencias definitivas de primera instancia seguirán siendo apelables conforme a lo previsto en sus artículos 463, 465 y siguientes, correspondientes a la numeración previa a la Ley 20.087.

Sin pronunciarnos en este momento sobre la reforma "de fondo" introducida por la Ley 20.087, consistente en reducir a una instancia, en general, los juicios laborales (opción confirmada con enmiendas sólo formales por la Ley 20.260), debemos prevenir que la conveniencia de suprimir la segunda instancia es función de la capacitación, suficiencia técnica, estricta neutralidad y número de los jueces de única instancia que asumen tal responsabilidad.

También interesa, al efecto, evaluar la viabilidad, como correctivo de emergencia, del recurso extraordinario de queja ante la Corte Suprema, para prevenir

eventuales situaciones de abuso del derecho. En tal sentido deben tenerse presente dos circunstancias: i) Las restricciones que, por motivos muy justificados, introdujo el artículo 1° N^a 18 de la Ley 19.374 (18.02.1995) al art. 545 del C.O.T., que regla la procedencia de la queja; y ii) La fuerza de los tratados internacionales por la posibilidad de reclamo ante ellos cuando el juez deba fallar algún asunto que envuelva compromiso de derechos humanos. Al respecto, la reforma incluye expresamente a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile como fundamento de la decisión jurisdiccional si su normativa alcanzare la cuestión sub júdice. En el tema que nos ocupa han de tenerse a la vista el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, N° 5) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, 2, letra h) que amparan el derecho a recurrir a un tribunal superior.

8.4. *Recurso de unificación de la jurisprudencia.* Es bien conocida la norma del art. 3° del Código Civil, conforme a la cual *solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.* Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Por otra parte, como bien lo recuerda la Excma. Corte Suprema al informar la reforma de la Ley 20.087,[5] esta función de unificar la jurisprudencia la cumple el recurso de casación en el fondo, sobre todo cuando, conforme al art. 780 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), el asunto puede ser resuelto por el Pleno del Supremo Tribunal si se invocan sentencias contradictorias emanadas de él y lo solicita la parte interesada.

Al establecerse expresamente este recurso de unificación de la jurisprudencia y asignar a la "Sala especializada" de la Corte Suprema la competencia para resolver, se está modificando tácitamente –al menos para los asuntos laborales– el art. 780 del citado C.P.C.: y, de alguna manera, se rebaja esta tarea unificadora **del pleno** de la Excelentísima Corte a **una sala**. Personalmente nos merece reservas la cuestión. Una "sala especializada" no tiene el peso moral ni jurídico del pleno de la Corte de Casación.

En la especie, conviene anotar que la Excma. Corte Suprema en su informe Oficio 27, de 28 de enero de 2008, informando el proyecto en análisis (Boletín 4814-13), anota que *no sería procedente el recurso de queja en contra de las sentencias definitivas de las Cortes de Apelaciones, por cuanto contra ellas procede el recurso de unificación de la jurisprudencia, en cambio sí lo sería en contra de iguales sentencias en el procedimiento monitorio, porque a su respecto "no procede recurso alguno"*, exigencia precisa del inciso 1° del art. 545 del Código Orgánico de Tribunales. La observación es de trascendencia e interesante, pero no podemos profundizarla aquí.

[5] Oficio 27; Informa proyecto de ley 9-2008, Boletín 4814-13, 28.01.2008, pp. 13-14.

8.5.*Procedimiento tutelar.* Desde nuestro punto de vista, éste quizá sea el más delicado asunto de la reforma en análisis. Veamos una síntesis de los temas que implica.

8.5.1, El procedimiento fue creado por la reforma nonata de la Ley 20.087, pero fue reactivado y modificado por la Ley 20.260. Se contiene en el párrafo 6°, artículos 485 a 495, que deben leerse en texto definitivo, conforme a las enmiendas introducidas por la última ley citada .

8.5.2. Según el art. 485, su normativa se aplica, de manera exclusiva, según lo enfatiza el art. 487, cuando está comprometida alguna de las siguientes garantías constitucionales del art. 19 de la Constitución:

N° 1°, inciso primero: "*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*". Ello "siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral";

N° 4° "*El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*";

N° 5° "*La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*". Ello "en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada";

N° 6° inciso primero: "*La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*";

N° 12° inciso primero: "*La libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa,en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado*", y

N° 16°, que en sus cuatro primeros incisos dispone:

"La libertad de trabajo y su protección".

"Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución".

"Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo señale así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieran grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgado por los tribunales especiales establecidos por la ley.

8.5.3. El segundo inciso de este principal art. 485 dispone que el procedimiento también se aplicará para conocer los actos discriminatorios a que se refiere el art. 2° del Código del Trabajo (incisos 3° a 9°), que prácticamente reiteran y glosan lo dispuesto en el N° 16° del art. 19 de la Carta Fundamental. El único inciso del susodicho art. 2° que se excluye de este procedimiento de tutela laboral es el sexto, que considera como *actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.*

8.5.4. La tramitación de las denuncias o demandas fundadas en casos de tutela laboral se tramitarán conforme al procedimiento de aplicación general, reglado en el Párrafo 3° (artículos 446 a 462), salvo en lo dispuesto especialmente en el Párrafo 6°. Así lo disponen los artículos 432 inciso 2° y 491.

8.5.5. Las principales particularidades del procedimiento de tutela laboral son las siguientes:

a) Los procesos y recursos tendrán preferencia sobre los demás que se tramiten en el mismo tribunal (art. 488);
b) Como se dijo, sólo se refieren a los derechos especificados en el art. 485, que repetimos en los numerales 8.5.2 y 8.5.3 que anteceden;
c) No pueden acumularse con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión, pero de diferente fundamentación (art. 487 inc. 2°);
d) La denuncia deberá contener, aparte de los requisitos del art. 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose los antecedentes en que se fundamente. Si faltaren, se concederá un plazo fatal de 5 días para acompañarlos (art. 490);
e) Cualquier trabajador u organización sindical puede requerir la tutela por este procedimiento dentro de 60 días desde la ocurrencia de los hechos denunciados, plazo que se suspenderá conforme al art. 168 del Código

del Trabajo (art. 486).[6] Similar plazo rige para la denuncia que formule la Inspección del Trabajo, actuando en la órbita de sus atribuciones (mismo art. 486);

f) Si la vulneración hubiere ocurrido con ocasión del despido, la legitimación activa compete exclusivamente al trabajador afectado, también para reclamar dentro del plazo de 60 días, que se suspende según el citado art. 168 (mismo art. 489 inc. 1°);
g) Si el juez acoge la denuncia del despedido, ordenará el pago de las siguientes indemnizaciones: i. La del art. 162, inciso 4° (sustitutiva del aviso previo en despido por las necesidades de la empresa), ii. La del art. 163 (no menor a 30 días por año o fracción superior a seis meses, con tope de 330 días y los recargos eventuales del art. 168: 30, 50, 80 o 100%), y iii. Una adicional que fijará el juez, no inferior a seis meses ni superior a once (art. 489 inc. 3°);
h) Si el juez estimare por resolución fundada que el despido es discriminatorio y grave y se invoca alguna de las causales del inciso 4° del art. 2° (*raza, color sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*), el trabajador podrá optar entre la reincorporación o la indemnización a que se refiere el inciso anterior,

8.5.6. De especial interés es el último inciso del art. 489. Dispone que "*Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. El no ejercicio de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia*".

8.5.7. La interpretación de las expresiones injustificado, indebido e improcedente se ha entendido que es la siguiente: el despido *injustificado* contraría las causales del art. 159; el *indebido*, las causales del art. 160, y el *improcedente*, las del art. 163 sobre necesidades de la empresa.

8.6. Ahora nos abocaremos a dos puntos particularmente controvertibles contenidos en la normativa de este Procedimiento de tutela laboral. El primero tiene que ver con el inciso 3° del art. 485, y el segundo con el art. 493.

8.6.1. En cuanto al inciso 3° del art. 485, este precepto establece que "los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores (tutela laboral de los

[6] El plazo se suspende por reclamo ante la I. del Trabajo, pero no se podrá ocurrir al tribunal pasados 90 días desde la separación del trabajador (art.168 modificado por Ley 19.759 (5.10.2001).

trabajadores)" *resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas (sic) sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial*". Igual criterio será aplicable para calificar las represalias del empleador respecto de los trabajadores.

No sabemos si por imperfecciones de la redacción, o por opción discriminatoria del legislador, la normativa del art. 485 inciso 3° sobre los alcances de la tutela laboral, parece definir que se entienden lesivas a los derechos de los trabajadores las conductas del empleador que limitan el pleno ejercicio de los derechos de éstos: a) sin justificación suficiente; b) en forma arbitraria o desproporcionada; o c) sin respeto a su contenido esencial.

Las situaciones mencionadas en las letras b) y c) configuran o denotan, evidentemente, el uso abusivo de un derecho por parte del empleador, que razonablemente debe rechazar la ley. En cambio, la mencionada en la letra a) no resuelve nada: ¿quién va a determinar si hay o no hay *justificación suficiente* para que "el pleno ejercicio" de los derechos laborales sea limitado por "el derecho conferido por la ley al empleador", ordinariamente entendido como la empresa? Además, la redacción escogida asegura "el ***pleno*** ejercicio" de sus derechos al trabajador, de lo cual parece inferirse que frente a una colisión de derechos, el trabajador debe quedar indemne; no ceder nada, para que el ejercicio de su derecho sea "pleno". En cambio al "empleador" (empresa), nadie le garantiza el "**pleno**" uso de sus facultades, si hay colisión de derechos entre empleado y empleador, éste sería el que debiera ceder.

Nos parece que esta disposición debe corregir su redacción y definir legalmente que hay limitación de las facultades del empleador por el derecho laboral tutelado cuando "*sin justificación suficiente*" el empleador procede de manera *arbitraria, desproporcionada o lesiva a los derechos esenciales del trabajador.* En otras palabras: "la falta de justificación suficiente" en la conducta del empleador no es causal bastante para que el trabajador reclame contra de ella, en uso de la tutela laboral. En cambio, es legalmente reclamable una conducta que el trabajador juzga arbitraria, desproporcionada o lesiva a sus derechos esenciales **que no aparece suficientemente justificada**. Por la inversa, si el empleador con plena justificación ejercita una facultad que entra en conflicto con otra del trabajador, se genera un conflicto o colisión de derechos que el juez deberá resolver "*hic et nunc*" (caso a caso, *aquí y ahora*), pero que de ninguna manera puede el legislador dar por resuelto el asunto de antemano a favor de alguna de las partes o del Estado, sin contrariar el principio de la igualdad ante la ley que consagra el art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental, y el tripartismo consustancial a la OIT.

En nuestro sistema constitucional la colisión de derechos se resuelve judicialmente caso a caso. Una ley que pretendiera resolverla clasistamente a favor del trabajador, o del empleador, o del Estado, contraría el ordenamiento vigente y la igualdad ante la ley que aseguran el art.19 N° 2° de la Constitución y la Carta constitutiva de la OIT.

Con el artículo 423, que se arrastra desde la Ley 20.087, de enero de 2006, ocurre algo similar, pero aun más conflictivo, tal vez sesgado, aunque la expresión resulte dura: basta que la *parte denunciante* –originariamente la Inspección del Trabajo, el trabajador o un sindicato– aporte *indicios suficientes* de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales, para que corresponda al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". En otras palabras, la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de que corresponde probar la existencia de la obligación o su extinción al que alega aquélla o ésta (art. 1698 del Código Civil) no puede ser irresponsablemente derogada sin trastocar las bases de nuestro Estado de Derecho.

Probablemente el legislador ha querido enfatizar la obligación que pesa sobre el empleador de cumplir los requisitos legales para poner término al contrato de trabajo, pero incumbe al juez del asunto, conforme al mérito del proceso y basado en las muy amplias facultades de que goza al ponderar la prueba. Pero cambiar el *onus probandi* en indicios que aduzca el *denunciante* –que bien podría ser el empleador, aunque habitualmente sea el Inspector del Trabajo (Estado), o el dependiente despedido (trabajador)– no nos parece conforme a derecho, como ya lo hicimos notar, ni tampoco a los principios del tripartismo de la OIT. No queremos abundar en esto, pero sí debemos recordar que en Chile el 82% de las empresas ocupa menos de 10 trabajadores; el 97% menos de 50; el 99% menos de 200. Las "grandes" empresas chilenas (200 o más trabajadores) son el 1% del total, en cifras muy redondas, unas 7.000 de las 700.000. Naturalmente que los infractores de las leyes sociales son siempre muchos y por culpa de ellos se crea un ambiente que conduce a desviaciones legislativas más propias de mediados del siglo XX que de los inicios del siglo XXI.

El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)

Fernando Román Díaz
Profesor de Derecho Procesal
Magíster en Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica de Chile

Con fecha 29 de marzo de 2008 se publicó la Ley 20.260, que modificó la N° 20.087, de 3 de enero de 2006, que había instaurado en Chile un nuevo sistema procesal laboral, diametralmente distinto al existente en la actualidad. A esta última ley se le conoce como "la reforma de la reforma".

Se imponen con fuerza, al igual que en la Justicia Penal y de Familia, los conceptos de oralidad e inmediación, sus principios rectores.

La última de las leyes mejora substancialmente muchos aspectos de la primera, obteniéndose un todo más armónico y coherente.

Se estableció, al igual que en el proceso penal, una entrada en vigencia gradual de la nueva normativa, comenzando el 31 de marzo a aplicarse en las Regiones de Atacama y Magallanes.

Sin embargo, los plazos en que deberá instalarse la reforma en las demás regiones son relativamente breves, de modo que existen dudas respecto de su funcionamiento exitoso en lugares muy poblados, especialmente en Santiago, donde el número de jueces que se establece es notoriamente insuficiente. Se anuncian recursos extras, pero estos deben llegar antes de los eventuales colapsos, respecto de los cuales hemos vivido duras experiencias que no deben repetirse.

Ahora, con relación al tema específico que nos ocupa, advirtiéndose en la última de las reformas indicadas que por la primera se dejaba al margen de toda intervención en el proceso laboral a la Corte Suprema, derogándose el sistema de recursos que existía en el que nuestro Máximo Tribunal conocía del recurso de casación de fondo y forma, se creó por esta ley reformatoria un singular y

extraño recurso que se denominó **"recurso de unificación de jurisprudencia"**. Corresponde a los nuevos artículos 483, 483 a), 483 b) y 483 c) del Código del Trabajo, con vigencia gradual, como se dijo.

De partida valga recordar que el objeto de los recursos en nuestro ordenamiento jurídico no es otro que el de invalidar o modificar resoluciones jurisdiccionales.

Si a raíz de ellos se orienta y uniforma la jurisprudencia, mejor todavía, especialmente si son fallos que provienen de nuestro supremo tribunal.

El objeto principal de un recurso no es ni puede ser la unificación de jurisprudencia.

En Chile las sentencias producen efectos relativos que se radican en los litigantes y los jueces son independientes en sus decisiones. En nuestro sistema la jurisprudencia no obliga.

Pretender por ley que se unifique la jurisprudencia es intentar –creemos involuntariamente– modificar el sistema jurídico imperante en materia jurisdiccional para encaminarnos a una justicia anglosajona basada en precedentes, donde el derecho es consuetudinario con escasos textos escritos.

Nada más alejado de nuestra tradición jurídica.

Por lo demás, ¿qué interés puede tener un litigante en la indicada unificación de jurisprudencia si lo que pretende es que se invalide la sentencia de la Corte de Apelaciones que lo perjudicó?

El nuevo recurso es una casación rebuscada con exigencias que lo tornarán impracticable.

¿Qué ocurre si respecto de la materia en cuestión no hay diversas interpretaciones?

Recuérdese que deben acompañarse al recurso el o los fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia que contengan diversas interpretaciones sobre la materia.

¿Qué ocurrirá en materia de nulidad por vicios de forma para los primeros litigantes en un sistema procesal nuevo en que lógicamente no habrán sentencias anteriores contradictorias? La discriminación es evidente.

En materia de infracciones de fondo que contenga la sentencia de la Corte de Apelaciones que se recurre, ¿qué antigüedad podrán tener los fallos que se acompañan? Recuérdese que en Chile existieron Cortes del Trabajo. La ley no distingue nada al respecto. Sólo habla de sentencias emanadas de Tribunales Superiores de Justicia.

Es notorio que el legislador se dejó influir por la circunstancia de existir en nuestra ley procesal civil la posibilidad de solicitar al pleno de la Corte Suprema que conozca de un recurso de casación de fondo cuando existen fallos contradictorios sobre la materia –que deben acompañarse– para uniformar criterios jurisprudenciales.

Pero son cosas distintas. Este es un recurso nuevo que se crea. Lo otro es una forma de conocerlo

Por lo demás nuestro Máximo Tribunal, de la mano de dos de sus más estudiosos Ministros, mediante acuerdo de pleno de 14 de marzo de 2008, fijó el alcance de dichos fallos en la casación civil reiterando su relatividad y la independencia de los Jueces.

De lo expuesto se infiere que si la ley quiere darles a los fallos un alcance distinto del que siempre han tenido, debe decirlo, como sucede con algunas sentencias del Tribunal Constitucional, que pueden ser derogatorias de la norma respectiva cumpliendo algunos requisitos.

Por de pronto tenemos un recurso que técnicamente no lo es, que es una nulidad soterrada, que tiene exigencias que lo tornan discriminatorio y son poco claras.

Le auguramos una pronta languidez por su inutilidad práctica, pasando rápidamente la sala especializada de la Corte Suprema en materia laboral a ser un entrañable recuerdo.

Nuestro Máximo Tribunal habrá perdido la posibilidad de emitir su importante voz en otra trascendental materia. Se hace imprescindible revisar su rol en la sociedad chilena.

Si de verdad se quiso que los juicios laborales terminaran en la segunda instancia, debió decirse francamente.

De lo contrario debió mantenerse la casación o nulidad para ante la Corte Suprema, que fue un logro que por muchos años nos enorgulleció.

La nueva normativa le da y al mismo tiempo le quita a nuestra máxima autoridad jurisdiccional su intervención en temas laborales.

Un auto acordado del propio Tribunal podría hacer viable este particular invento.

Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*

Claudio Palavecino Cáceres
Profesor de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción

Como observara Von Mises a fines de los años 20, "para el liberalismo, las leyes mejores han sido siempre las que ofrecen un margen muy estrecho a la discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarlas, para así poder evitar las arbitrariedades y los abusos. El Estado moderno, en cambio, trata de potenciar el poder discrecional de sus órganos burocráticos. Todo se deja a la libre discreción de los funcionarios públicos".[1]

Un ejemplo de leyes que dejan amplios flancos al intervencionismo administrativo es, sin duda, la Ley 20.123, la cual regula el trabajo en régimen de subcontratación y el suministro temporal de trabajadores.[2] El legislador descuidó la coherencia sistémica que debería existir entre las nuevas normas

* Agradezco al Sr. Alex Villalobos Lizana, contador auditor y magíster en tributación, sus observaciones y comentarios en relación con los temas tratados en este trabajo. Me resultaron de gran ayuda. Cualquier error es exclusivamente responsabilidad mía.

[1] Mises, L.: *Crítica del intervencionismo. El mito de la tercera vía*, Unión Editorial, 2001, p. 59.

[2] A través de la Ley 20.123 se introdujo en el Libro Primero del Código del Trabajo (CdT) un nuevo título (VII) denominado: "*Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios*". La regulación intensificó la posición de garante del empresario que encarga a otro obras o servicios, respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social de sus contratistas y subcontratistas. La empresa que encarga la obra o el servicio (que la ley denomina "empresa principal") responderá solidariamente con el contratista en caso que éste incumpla sus obligaciones laborales y de seguridad social. Con todo, la empresa principal podrá transformar la responsabilidad solidaria en subsidiaria si ejerciere los derechos de información y retención que la propia ley le otorga.
La Ley 20.123 reguló además, por primera vez en Chile, la actividad de las empresas de suministro de trabajadores, que la ley denomina "*Empresas de Servicios Transitorios*" (EST), estableciendo requisitos para su constitución y operación; determinó el contenido del llamado "*contrato de puesta a disposición de trabajadores*" celebrado entre la EST y la empresa usuaria, especialmente los supuestos y plazos máximos que lo hacen procedente; y, finalmente, definió el "*contrato de trabajo de servicios transitorios*", entre la EST y los trabajadores que ésta pone a disposición de la usuaria, determinado su contenido fundamental.

laborales y las preexistentes[3] y entre aquéllas y el resto del ordenamiento jurídico.[4] Esta imprevisión legislativa ha provocado, naturalmente, incertidumbre en los operadores jurídicos. El "remedio" contra los descuidos del texto legal ha resultado todavía peor que la enfermedad, ya que ha desatado la amplia intervención de la Dirección del Trabajo, siempre ávida de ejercer sus funciones interpretativas *secundum, praeter,* e incluso *contra legem.* Dado que nuestros poderes colegisladores no previeron, ni remotamente, los complejos alcances jurídico-tributarios de la Ley 20.123, cabe esperar también prontamente una profusa actividad "interpretativa" (cuando no derechamente "legislativa") del Servicio de Impuestos Internos para "suplir" los silencios del legislador, lo cual abre un nuevo flanco de ataque a las libertades y derechos de los particulares por la Administración.

En las páginas siguientes plantearé algunos de los efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores. Concretamente trataré la cuestión de si la actividad de empresas contratistas, subcontratistas y empresas de servicios transitorios (EST) da lugar al hecho gravado por el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y cómo incide el derecho legal de retención de pagos de la empresa principal en el devengamiento del IVA débito para el contratista. Por otra parte, me ocupo de las obligaciones tributarias que implica el pago de remuneraciones a trabajadores ajenos, que, como efecto de la Ley 20.123, pueden verse en situación de tener que efectuar la empresa principal, el contratista y la empresa usuaria. Concluyo con algunas reflexiones sobre estas obligaciones no explicitadas por la nueva legislación.

1. Actividad de los contratistas y de las empresas de servicios transitorios (EST) como hecho gravado del Impuesto al Valor Agregado

1.1. Situación de los contratistas

El hecho gravado básico del Impuesto al Valor Agregado (IVA) incluye, por una parte, las convenciones que sirven para transferir el dominio de bienes corpo-

[3] Así, por ejemplo, dejó subsistente el art. 209 del CdT que establece la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena en materia de afiliación y cotización al seguro de accidentes del trabajo, mientras que la nueva legislación establece que la responsabilidad es solidaria con el contratista respecto de las demás obligaciones de dar ante la Seguridad Social.

[4] Partiendo por la propia Constitución, al limitar garantías constitucionales del empresario sin suficiente justificación. Sobre el problema del fundamento de las responsabilidades empresariales del trabajo en régimen de subcontratación, véase: Palavecino, C.: *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 56-62.

rales muebles, que la ley engloba bajo la denominación genérica de "ventas" y, por la otra, las prestaciones de "servicios".[5] La distinción no es baladí desde que "los requisitos exigidos por la ley para la configuración del hecho gravado son distintos según se trate de una venta o un servicio".[6] Decidir si la actividad a la que se obliga el contratista con la empresa principal es venta o servicio, determinará si es o no necesario encuadrarla en las actividades comprendidas en los números 3 y 4 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, para determinar a su vez si da lugar a un hecho gravado por IVA. En efecto, si calificamos la actividad desplegada por el contratista como un "servicio", para que éste resulte gravado será necesario, conforme a la definición contenida en el número 2° del art. 2° del DL N.° 825,[7] que la remuneración percibida por el contratista por la ejecución del servicio constituya una renta clasificada en primera categoría, de acuerdo a los números 3° ó 4° del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR). Si, en cambio, concluyéramos que la actividad del contratista corresponde a "ventas", resultaría indiferente aquella circunstancia a la hora de determinar la procedencia del impuesto.

Resolver esta primera cuestión no plantea mayores dificultades. La doctrina comparada ha observado acertadamente que la relación entre empresa principal y contratista va más allá de meros actos de transferencia dominical o posesoria de cosas muebles, puesto que "no se agota en un mero intercambio comercial, sino que implica un flujo de informaciones y experiencias técnicas entre las partes, y no versa sobre productos *standard*, identificables sobre catálogo y en *stocks* inmediatamente disponibles que se ofertan impersonalmente al mercado".[8] En el trabajo en régimen de subcontratación,[9] la prestación a que se obliga el contratista a favor de la empresa principal corresponde a un servicio antes que a una venta, puesto que el contratista "se encarga de ejecutar obras o servicios", vale decir, contrae una obligación de hacer[10] y no simplemente

[5] Araya, G.: *Hechos gravados*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 191.

[6] Ídem, p. 86.

[7] Según el número 2° del art. 2° del DL N° 825, se entiende por servicio "*la acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe un interés, prima, comisión o cualquiera otra forma de remuneración, siempre que provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los N°s 3 y 4 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta*".

[8] Blat, F.: "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en VVAA: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 47.

[9] El art. 183-A CT define el trabajo en régimen de subcontratación como "*aquel realizado por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas*".

[10] "La prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto)" (Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2000, volumen II, p. 135).

una de dar,[11] como sería el caso del vendedor o del que suministra a sus clientes insumos, provisiones u otras mercancías.

Aceptado, entonces, que la actividad del contratista es un servicio, corresponde ahora analizar si configura un hecho gravado por IVA desde el punto de vista de los requisitos que establece para este tipo de actividades el número 2° del art. 2° del DL N° 825. El artículo 183-A CdT alude al giro del contratista en términos bastante amplios, señalando que el contratista "en razón de un acuerdo contractual se encarga de ejecutar obras o servicios", sin entrar en mayores detalles acerca de la naturaleza de tales "obras" o "servicios". Por lo tanto, no puede resolverse a priori la cuestión de si las actividades económicas que dan lugar al trabajo en régimen de subcontratación se encuentran o no gravadas con IVA, sino que será necesario analizar casuísticamente si las obras o servicios que ejecuta un contratista pueden o no subsumirse en alguna de las actividades mencionadas en los números 3 ó 4 del artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta.[12] En el caso específico de la actividad de la construcción será preciso determinar si "el acuerdo contractual" entre contratista y empresa principal corresponde a aquellos "contratos de instalación o confección de especialidades" o "contratos generales de construcción" que la letra e) del artículo 8° del DL N° 825 asimila a ventas para efectos de aplicarles el tributo. Obviamente, los servicios ejecutados por el contratista quedarán gravados por IVA en la medida que correspondan a actividades afectas.[13]

Los contratos de instalación o confección de especialidades aparecen definidos en el art. 12 del Reglamento del DL N° 825 como "aquellos que tienen por objeto la incorporación de elementos que adhieran permanentemente a un bien inmueble, y que son necesarios para que éste cumpla cabalmente la finalidad para la cual se construye". Las instrucciones del SII mencionan como ejemplos de contratos de especialidades los que tienen por objeto la instalación

[11] "La prestación de dar es el comportamiento dirigido a la entrega de una cosa. En términos generales, la entrega es un traspaso posesorio y consiste en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome posesión de la cosa" (Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: Op. cit., p. 134).

[12] *"3° Las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, de los bancos, asociaciones de ahorro y préstamos, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades de inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga, constructoras, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones".*

"4° Las rentas obtenidas por corredores, sean titulados o no, sin perjuicio de lo que al respecto dispone el N° 2° del artículo 42, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, y agentes de seguros que no sean personas naturales, colegios, academias e instituciones de enseñanza particulares y otros establecimientos particulares de este género; clínicas, hospitales, laboratorios y otros establecimientos análogos particulares y empresas de diversión y esparcimiento".

[13] Ara, C.: "Ley de Subcontratación: Algunos alcances tributarios", en *Manual de Consultas Tributarias*, junio, N° 354, p. 14.

de: ascensores; climas artificiales; puertas y ventanas; sanitarios; electricidad, hojalatería; carpintería y cerrajería en madera y metal; vidrios; pinturas y papel mural; estucos y revestimientos; baldosas y pisos plásticos; pavimentos; alarmas; etc.[14]

En cuanto a los contratos generales de construcción, que no aparecen definidos en el DL N° 825 ni en su Reglamento, el SII señaló que debían ser tenidos por tales "todos aquellos que, sin cumplir las características específicas de los contratos de instalación o confección de especialidades (definidos en el artículo 12 del Reglamento), involucren la confección de una obra material inmueble nueva que incluya a lo menos, dos especialidades y que habitualmente forman parte de una obra civil".[15]

1.2. Situación de las Empresas de Servicios Transitorios (EST)

El mismo procedimiento aplicado a la actividad del contratista deberá seguirse en relación con el giro de la EST para determinar si se trata de una actividad afecta a IVA, a saber, si sus actividades pueden o no subsumirse en alguna de las mencionadas en los números 3 ó 4 del artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta. La diferencia está en que el artículo 183-F CT limita el objeto social de las empresas de servicios transitorios (EST)[16] a las siguientes actividades: a) Poner a disposición de terceros trabajadores para cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional; b) Selección, capacitación y formación de trabajadores; y c) Otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos. Dado, entonces, que respecto de las EST el espectro de actividades está reducido a las recién mencionadas, procederemos a analizar cada una de ellas a efectos de determinar si dan lugar a hechos gravados por IVA.

a) La puesta a disposición de trabajadores.

El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre una EST y una empresa usuaria[17] y tiene por objeto la cesión de trabajadores para prestar servicios en la usuaria a cuyo poder de dirección quedarán sometidos. La EST conserva tanto la calidad de empleador del trabajador cedido como las obligaciones

[14] Araya, G.: *Hechos gravados*, LexisNexis, pp. 315-316.
[15] Araya, G.: *Hechos gravados*, LexisNexis, p. 302.
[16] El art. 183-F CT define la Empresa de Servicios Transitorios como "*toda persona jurídica inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros, denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos*".
[17] Se entiende por usuaria: "*toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasiona-*

inherentes a dicha calidad, delegando en la empresa usuaria una parte de su autoridad sobre aquél. Así, la usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la EST (art. 183-X CdT).

En virtud del contrato de puesta a disposición, la EST contrae una obligación con la empresa usuaria que tiene como objeto la actividad personal del trabajador transitorio,[18] si es que no al trabajador mismo. Chile se encuentra vinculado por la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT, la cual señala como principio fundamental que "*el trabajo no es una mercancía*",[19] de manera que no sería admisible sostener, sin traicionar este principio –por lo demás universalmente admitido– que la actividad de poner a disposición de terceros trabajadores propios sea una actividad "mercantil".

No obstante, el SII sostuvo que "la prestación de servicios consistente en poner a disposición de otra empresa el personal para el desarrollo de sus labores constituye un suministro de servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° N° 7, del Código de Comercio, atendido a que, por una parte, conforme a la naturaleza de los servicios ofrecidos, estos tienen un elemento básico que caracteriza el suministro, que es la permanencia en el tiempo, y por otra, al no referirse exclusivamente la disposición mencionada del Código de Comercio al suministro de bienes, debe entenderse también comprendido dentro de ella el suministro de servicios".[20]

Sin embargo, la Corte Suprema, interpretando el N° 7 del art. 3° del CCo., resolvió que "el Código de Comercio, al aludir a las empresas que realizan el depósito de mercaderías, provisiones o suministros, se refiere indudablemente a productos destinados al uso o consumo humano, generalmente alimenticios, lo que, por lo demás, es lo que surge de la definición del Diccionario [de la Real Academia] antes indicado, al consignar como significado del término suministro 'provisión de víveres o utensilios para las tropas, penados, presos, etc.'"[21]

---

les, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código" (art. 183-F, letra b, CT).

[18] "*Todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla...*".

[19] "La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adopta, el día diez de mayo de 1944, la presente Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros. I La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: a) el trabajo no es una mercancía..."(OIT, Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo).

[20] Oficio N° 0955, de 8 abril de 1998.

[21] CS, 29 de junio de 2000, Rol N°4349/1999.

Por otro lado, el SII ha señalado en diversos pronunciamientos que ciertas actividades, como la prestación de servicios realizada por empresas, consistente en la entrega de información noticiosa, administración y provisión de personal, servicios de seguridad y vigilancia, son comerciales, pues configuran una agencia de negocios en los términos del art. 3°, N° 7, del CCo y, en consecuencia, afectas al Impuesto al Valor Agregado.[22]

Pese a la opinión del SII, la provisión de trabajadores no configura una agencia de negocios, por cuanto la actividad consistente en ceder temporalmente trabajadores propios, no se encuadra dentro del tipo de actividades que cualifica a la agencia de negocios. Como destaca acertadamente Vargas, "en relación con los actos que la caracterizan, la agencia de negocios se traduce en las actividades de administración de negocios o de bienes ajenos, o en la mediación para facilitar la conclusión de contratos, todo ello a cambio de un precio o remuneración".[23] Cuando la EST suministra sus propios trabajadores a la usuaria no asume la gestión de negocios de ésta, puesto que las operaciones que ejecutará el trabajador cedido serán dirigidas enteramente por la usuaria, sin ingerencia de ninguna clase por parte de la EST.

Es probable, especialmente antes de la aparición de la Ley 20.123, que el SII hubiera confundido la puesta a disposición de trabajadores que hace la EST con la "colocación" de personal por parte de intermediarios, colocadoras o agencias de empleo, que ciertamente puede dar lugar a una agencia de negocios. La colocación de personal es una actividad de mera intermediación entre oferentes y demandantes de empleo, en virtud de la cual el intermediario, la colocadora o la agencia de empleo se limita a contactar a unos con otros sin pasar a formar parte de las relaciones laborales que pudieran derivarse de su gestión. En cambio, la EST "en lugar de distanciarse del trabajador colocado en una empresa usuaria o receptora, se atribuye y reclama formalmente para sí la calidad de patrono, cumpliendo para ello con las cargas formales que se derivan de tal condición (registración ante organismos públicos, pago de salarios, contratación de seguro de accidentes del trabajo, etc.)".[24]

b) Selección, capacitación y formación de trabajadores

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, "seleccionar" es "elegir, escoger por medio de una selección". La misma fuente define "selección"

[22] Vargas, C.: *La agencia de negocios y el suministro mercantil como hechos gravados del Impuesto al Valor Agregado*, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 3-4.
[23] Vargas, C.: *Op. cit.*, p. 8.
[24] Castello, A.: *Responsabilidad solidaria en el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 77.

como la "acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas". La celebración del contrato de trabajo de servicios transitorios,[25] entre la EST y el trabajador transitorio, vendrá preludiada por alguna clase de selección efectuada por aquélla entre diversos candidatos, como sucede corrientemente en toda contratación laboral. No se configurará en tal caso una agencia de negocios desde que la EST seleccionará trabajadores para sí, vale decir, actuará por cuenta propia.

Sí, en cambio, puede haber lugar a esta figura cuando la EST efectúe selección de personal para otras empresas y les cobre por ello, pues en tal caso actuará como colocadora o agencia de empleo, esto es, como intermediadora, facilitando la celebración de contratos de trabajo entre la empresa que requirió sus servicios de selección y el trabajador seleccionado. Esta labor de intermediación es precisamente una de las actividades que caracterizan la agencia de negocios.

En cuanto a la actividad de capacitación y formación de trabajadores, cabe tener presente que el N° 4 del art. 13 del DL N° 825 exime del impuesto al valor agregado a los establecimientos de educación, respecto de los ingresos que perciban en razón de su actividad docente propiamente tal. El SII ha señalado que esta exención alcanza a todas las áreas de la educación, cualquiera sea el carácter o la forma jurídica de la entidad que imparta la enseñanza y sin que obste a su aplicación el hecho de que la misma desarrolle además otras actividades ajenas a la docencia (Oficio N° 993 de 30 de marzo de 1989).[26]

c) Otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos

La ley habilita a la EST para efectuar "otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos". No existe claridad si este añadido, producto de las últimas modificaciones introducidas al proyecto de ley, vino a producir una apertura del giro de la EST hacia las múltiples tareas asociadas a la administración y gestión de los recursos humanos o si las "otras actividades" que autoriza deben ser "afines" a las acciones "selección, capacitación y formación de trabajadores". En el primer caso, la actividad de la EST podría dar lugar a la agencia de negocios cuando preste tales servicios a terceros y cobre por ellos. En el segundo caso, la cuestión relativa a la generación de actividades gravadas debe ser resuelta

[25] La ley define el contrato de trabajo de servicios transitorios como "una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido" (art. 183-R CdT).

[26] Araya, G.: *Exenciones y hechos no gravados*, 2ª edición, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 168-169.

conforme a los criterios enunciados en las letras a y b precedentes según la actividad afín quede asimilada a selección o, en su caso, a la capacitación y formación de trabajadores.

1.3. La retención de pagos al contratista y su efecto sobre el devengamiento del IVA.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales a través de los certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo o por otros medios idóneos (certificados de entidades privadas acreditadas), el art. 183-C inc. 3° CdT autoriza a la empresa principal para retener de las obligaciones que tenga a favor del contratista el monto de que es responsable frente a sus trabajadores. La norma citada agrega que si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

Según lo dispone el art. 9° del DL N.° 825, en su letra a), en las prestaciones de servicios el IVA se devenga en la fecha de emisión de la respectiva factura o boleta. Por su parte, el art. 55 del mismo cuerpo legal establece que en el caso de los prestadores de servicios, las facturas deben ser emitidas en el mismo periodo tributario en que la remuneración se perciba o se ponga, en cualquier forma, a disposición del prestador del servicio, en tanto que las boletas deben serlo en el momento mismo en que tales hechos ocurran.

Sobre la base de estas disposiciones se ha señalado que "en la medida que la empresa principal retenga parte del precio de los servicios, el contratista no está obligado a emitir factura por la parte retenida y consecuentemente no se devenga el IVA débito. Esto es así hasta el momento en que la empresa principal proceda a pagar las remuneraciones y las obligaciones previsionales incumplidas por el contratista, caso en el cual se considerará pagado el servicio en su totalidad, dado que se produce la compensación como modo de extinguir la obligación que tenía la empresa principal con el contratista".[27] Se invoca el oficio N° 1.848, de 11.05.1992, el cual señala: "Resulta obvio que no se puede exigir documentación por ello, puesto que no se devenga tributo por esa parte del precio que no ha sido percibida por el contratista, salvo que dicha retención sea aplicada como multa, caso en el cual sí deberá facturarse, puesto que las multas no pueden disminuir la base imponible formada por el precio".

En mi opinión esta interpretación no es del todo correcta, dado que el tipo de servicios que da lugar al trabajo en régimen de subcontratación implica

[27] Ara, C.: *Op. cit.*, pp. 16-17.

permanencia o habitualidad,[28] por lo que la regla aplicable en relación con el devengamiento del impuesto es la de la letra e) del art. 9° del DL N.° 825, conforme a la cual "*en las prestaciones de servicios periódicos [el impuesto se devengará] al término de cada periodo fijado para el pago del precio*", si la fecha de este periodo antecede a la emisión de la factura o a la percepción de la remuneración. En principio, pues, la retención de uno o más pagos periódicos por la empresa principal no debería incidir sobre el devengamiento del impuesto, ya que éste se producirá, de todos modos, a la llegada del día prefijado contractualmente para el pago.

2. Efectos de las remuneraciones que paga la empresa principal, el contratista o la empresa usuaria a trabajadores ajenos

La Ley 20.123 colocó tanto a la empresa principal en posición de garante de "las obligaciones laborales y previsionales de dar" que afecten a sus contratistas y subcontratistas; también el contratista es responsable por tales obligaciones que afecten a los subcontratistas; y la empresa usuaria responde por las obligaciones de la misma índole que afectan a las EST. Por consiguiente, tanto la empresa principal como el contratista y la empresa usuaria pueden verse en la situación de tener que efectuar el pago de remuneraciones a trabajadores ajenos. Lo cual sucederá en dos casos obligatoriamente y en un caso de manera voluntaria.

a) Obligatoriamente:
- Por sentencia que condena a efectuar tal pago a la empresa responsable solidaria o subsidiariamente, según corresponda.[29]
- Por retenciones efectuadas por la empresa principal al contratista (o por el contratista a un subcontratista),[30] puesto que "*si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora*" (art. 183-C, inc. 3°, CdT).

[28] De acuerdo a lo señalado en el inc. 1° del art. 183-A CdT no quedarán sujetos a las normas del trabajo en régimen de subcontratación las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

[29] Conforme al art. 183-B, "*la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral* [...] *En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad* [del contratista]. *Por su parte, el art. 183-AB CdT dispone que "la usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios a favor de los trabajadores de éstas".*

[30] Conforme al art. 183-C, inc. 3°, CdT, "*en el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales* [...] *la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable* [...] *El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas*".

b) Voluntariamente, si decide efectuar un pago con subrogación. El artículo 183-C, inciso cuarto, CT establece que "*la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá paga por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora*". Esto quiere decir que la empresa principal puede pagar directamente, "con su dinero", lo adeudado por el contratista a sus trabajadores, aun sin haber previamente retenido.

La subrogación está definida en el artículo 1608 CC como "*la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*".

Entonces, cuando la empresa principal paga directamente con dineros propios a los trabajadores del contratista puede cobrar a éste lo que antes adeudaba a sus trabajadores. La empresa principal queda en la misma posición jurídica que tenían los trabajadores respecto del contratista, porque los trabajadores le transmiten todos sus derechos, acciones, privilegios, etc.

2.1. Las sumas pagadas a trabajadores ajenos no configuran gasto

De acuerdo al art. 31 N° 6 LIR, son deducibles para las empresas como gastos necesarios para producir la renta, los "*sueldos, salarios y otras remuneraciones pagados o adeudados por la prestación de servicios personales*". A propósito de esta norma, surge la cuestión de si el importe que la empresa principal o, en su caso, la empresa usuaria, destinan al pago de remuneraciones adeudadas por un contratista o la EST, generará para aquéllas un gasto necesario para producir la renta y, por ende, susceptible de ser deducido de su renta bruta a efectos de determinar su renta líquida imponible.

La cuestión puede resolverse desde un punto de vista formal señalando que los dineros que la empresa principal o la usuaria pagan a trabajadores ajenos no constituyen, jurídicamente hablando, una "remuneración". En efecto, por definición legal, la remuneración la "*debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo*" (art. 41, inc. 1°, CdT) y resulta que la empresa principal y el trabajador del contratista no están ligados por un contrato de trabajo y por ende no revisten entre sí la condición de empleador y de trabajador. Lo mismo ocurre con el contratista respecto de los trabajadores del subcontratista. Tampoco existe un contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el trabajador transitorio, puesto que este último lo habrá celebrado con la EST. Entonces, cuando la empresa principal, el contratista o la usuaria pagan a estos trabajadores ajenos las remuneraciones adeudadas por sus respectivos empleadores no lo hacen "*por causa del contrato del trabajo*", ya que –insisto– no están sujetas a un vínculo de esa especie, sino que pagan en cumplimiento de la obligación solidaria o subsidiaria que les impone la ley o por un acto voluntario unilateral, en el caso del pago con subrogación. Por consiguiente, estos pagos a trabajadores ajenos no deberán registrarse en el libro de remuneraciones

de la empresa principal, contratista o usuaria, puesto que en este libro deben registrarse las remuneraciones efectivamente percibidas por aquellas personas que tengan la calidad jurídica de trabajadores.[31]

Desde un punto de vista material, no hay siquiera una detracción patrimonial, puesto que estos desembolsos generan automáticamente un crédito a favor de la empresa principal, del contratista o la usuaria o, si se prefiere la terminología contable, una "cuenta por cobrar" contra el contratista, subcontratista o la EST, respectivamente. El desembolso efectuado para pagar a los trabajadores ajenos es sustituido *ipso iure* por un activo. En efecto, la ley otorga al deudor solidario y al subsidiario y al que paga con subrogación la acción subrogatoria en virtud de la cual sustituyen al trabajador al que pagaron en todos sus derechos para repetir contra su empleador.[32] De manera que los pagos de remuneraciones a trabajadores ajenos efectuados por las empresas en cumplimiento de la responsabilidad solidaria o subsidiaria que impone la Ley 20.123 no configuran gasto a efectos tributarios.

2.2. Retención del impuesto único de segunda categoría

Existen contribuyentes a quienes la ley les impone la obligación de retener y enterar en arcas fiscales determinadas cantidades, que deben deducir de las remuneraciones que pagan.[33] Conforme se desprende del número 1 del art. 74 de la LIR, relacionado con los arts. 73 y 42 N° 1 del mismo cuerpo legal, las empresas principales, contratistas y usuarias estarían obligadas a calcular, retener y deducir el impuesto único que grave las remuneraciones de los trabajadores de sus contratistas, subcontratistas o de la EST, respectivamente, al tiempo de hacer el pago de las rentas correspondientes. Lo anterior, por cuanto el artículo 74 N.° 1° LIR no limita la obligación de retención del impuesto de segunda categoría al empleador, sino que impone las obligaciones de retener y deducir el monto del impuesto en general a todos "*los que paguen*" las rentas del art. 42 N° 1 LIR.[34]

[31] "Las pagadas a personas que no tienen esa calidad, no quedan supeditadas a su registro en el Libro Auxiliar de Remuneraciones, sino que ellas deben registrarse directamente en las cuentas respectivas de la contabilidad, y en los Libros Auxiliares que lleve el contribuyente, y especialmente en aquel registro especial a que se refiere el artículo 77 de la Ley de la Renta sobre retención de impuesto" (Aste, C.: *Impuesto a la Renta*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 376.

[32] En efecto, conforme al art. 1522 CC, "*el deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades...*". Por su parte, el art.1610 CC señala que "*se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor* [...] *especialmente a beneficio* [...] *del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente*".

[33] Pérez, A.: *Manual de Código Tributario*, 6ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2008, p. 173.

[34] "*sueldos, sobresueldos, salarios, premios, dietas, gratificaciones, participaciones y cualesquiera otras asimilaciones y asignaciones que aumenten la remuneración pagada por servicios personales...*".

Las empresas principales, contratistas y usuarias deberán llevar un registro especial, en el que anotarán el impuesto retenido, el nombre y la dirección de las personas a quienes se retenga. Se dejará también constancia de las sumas retenidas en los libros de contabilidad y en los balances (art. 77 LIR).

2.3. Enterar el impuesto en arcas fiscales

Por la circunstancia de ser agentes retenedores, las empresas principales, contratistas y usuarias están obligadas además a declarar y pagar mensualmente los tributos retenidos a los trabajadores de sus respectivos contratistas, subcontratistas y EST, lo cual deberán efectuar dentro de los 12 primeros días del mes siguiente al de la retención del impuesto.[35]

La responsabilidad por el pago de los impuestos sujetos a retención recaerá únicamente sobre las personas obligadas a efectuar la retención, esto es, las empresas principales, contratistas y usuarias, siempre que el contribuyente a quien se le haya debido retener el impuesto acredite que dicha retención se efectuó. Si no se efectúa la retención, la responsabilidad por el pago recaerá también sobre las empresas principales, contratistas y usuarias, sin perjuicio que el Servicio pueda girar el impuesto al beneficiario de la renta afecta (el trabajador ajeno), todo ello conforme al art. 83 LIR.

2.4. Informar las rentas pagadas e impuestos retenidos y certificar a los interesados

Las empresas principales, contratistas y usuarias deberán presentar al Servicio o a la oficina que éste designe, antes del 15 de marzo de cada año, un informe en que expresen con detalles los nombres y direcciones de las personas a las cuales hayan efectuado durante el año anterior el pago que motivó la obligación de retener, así como el monto de la suma pagada y de la cantidad retenida en la forma y cumpliendo las especificaciones que indique la Dirección..." (art. 101, inc. 1°, LIR).[36]

Finalmente, las empresas principales, contratistas y usuarias quedarán también obligadas a certificar a cada trabajador ajeno que lo solicite, el monto total de

[35] El art. 78 LIR señala al efecto: "*Dentro de los primeros doce días de cada mes, las personas obligadas a efectuar las retenciones a que se refieren los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 74 deberán declarar y pagar todos los tributos que hayan retenido durante el mes anterior*".

[36] "*Las personas naturales o jurídicas que estén obligadas a retener el impuesto deberán presentar al Servicio o a la oficina que este designe, antes del 15 de marzo de cada año, un informe en que expresen con detalles los nombres y direcciones de las personas a la cuales hayan efectuado durante el año anterior el pago que motivó la obligación de retener, así como el monto de la suma pagada y de la cantidad retenida en la forma y cumpliendo las especificaciones que indique la Dirección...*" (art. 101, inc. 1°, LIR).

las rentas que se le hubieren pagado en el año calendario, los descuentos que se hubieren hecho de dichas rentas por conceptos de leyes sociales y, separadamente, por concepto de impuesto de Segunda Categoría, y el número de personas por las cuales se le pagó asignación familiar.[37]

3. Reflexiones finales

Como he señalado en otro lugar,[38] la Ley 20.123 pone al empresario que subcontrata contra la pared y lo obliga a elegir entre dos alternativas: o ejerce una suerte de policía laboral respecto de sus contratistas y subcontratistas, como si fuera un verdadero inspector del trabajo privado, o se convierte, en términos prácticos, en empleador de los trabajadores de éstos. Elija lo uno o lo otro, en ambos casos resultará garante, con su patrimonio, del cumplimiento de obligaciones no consentidas. Otro tanto hace la ley con las empresas usuarias de servicios temporales al hacerlas responsables subsidiariamente de las obligaciones contraídas por las EST con los trabajadores transitorios. Como si esto fuera poco, a las cargas que explícitamente les impone la ley en relación a las obligaciones laborales y previsionales de dar que afectan a los contratistas y EST, se añaden otras, no explicitadas por la ley laboral, pero igualmente exigibles desde el Derecho tributario. Mientras que desde el cómodo punto de vista que proporciona la abstracción teórica estas obligaciones tributarias son claramente definibles, desde el punto de vista práctico su cumplimiento plantea grandes desafíos a las empresas principales, contratistas y usuarias. No será infrecuente que incurran en errores que determinen incumplimientos, por cierto severamente sancionados por el orden tributario. A los costes adicionales que de suyo implica la comunicación de responsabilidades laborales y previsionales establecidos por la Ley 20.123, se añaden entonces los desembolsos de eventuales incumplimientos y los de la creación y mantención de estructuras operativas internas para el cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y tributarias o la contratación de servicios externos que se hagan cargo de tales responsabilidades. Si redundar en estas medidas, que, so pretexto de mejorar la protección de los trabajadores, encarecen y dificultan la contratación laboral, conseguirá finalmente mejorar los estándares de vida de nuestros trabajadores, es cuestión harto dudosa si se tiene en cuenta su impacto sobre el crecimiento económico y finalmente sobre el empleo.

[37] *"...las mismas personas obligadas a retener el impuesto de Segunda Categoría sobre las rentas gravadas en el N° 1 del artículo 42, quedarán también obligadas a certificar por cada persona, en la forma y oportunidad que determine la Dirección, el monto total de las rentas del citado N° 1 del artículo 42 que se le hubiere pagado en el año calendario, los descuentos que se hubieren hecho de dichas rentas por conceptos de leyes sociales y, separadamente, por concepto de impuesto de Segunda Categoría, y el número de personas por las cuales se le pagó asignación familiar. Esta certificación se hará sólo a petición del respectivo empleado..."* (art. 101, inc. 3° LIR).

[38] Palavecino, C.: Op. cit., p. 16.

Bibliografía.

ARA GONZÁLEZ, C.: "Ley de Subcontratación: Algunos alcances tributarios", en *Manual de Consultas Tributarias*, Junio, N° 354, pp. 13-17.

ARAYA, G.: *Hechos gravados*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

ARAYA, G.: *Exenciones y hechos no gravados*, 2ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

ASTE, C.: *Impuesto a la Renta*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

BLAT, F.: "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en VVAA: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CASTELLO, A.: *Responsabilidad solidaria en el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2000 (volumen II).

MISES, L.: *Crítica del intervencionismo.* El mito de la tercera vía, Unión Editorial, 2001.

PALAVECINO, C.: *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

PÉREZ, A.: *Manual de Código Tributario*, 6ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2008.

VARGAS, C.: *La agencia de negocios y el suministro mercantil como hechos gravados del Impuesto al Valor Agregado*, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004.

Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia

Andrea Fraga Yoli
Profesora Ayudante
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Como es sabido, la regulación legal del trabajo en régimen de subcontratación fue modificada por la Ley N° 20.123, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de octubre del año 2006, la cual agregó al Código del Trabajo un nuevo título VII "Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en las empresas de servicios transitorios", incorporando los artículos 183-A,[1] 183-B, 183-C y 183-D. Anteriormente, esta materia se encontraba regulada en los artículos 64[2] y 64 bis del Código del ramo, los cuales quedaron derogados una vez que comenzó a regir la nueva normativa laboral.[3]

La subcontratación, ya sea observada desde la perspectiva de los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo o bien bajo el amparo de la nueva normativa laboral, posee límites en cuanto a su alcance y a las prestaciones que involucra. Es así como la jurisprudencia reiteradamente ha resuelto que "*ciertamente, la*

[1] Artículo 183-A: "*Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.*
Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478".

[2] Artículo 64: "El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.
En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos...".

[3] El artículo segundo transitorio de dicha ley estableció que las modificaciones introducidas por ésta regirán a contar de 90 días después de su publicación

responsabilidad subsidiaria posee límites. Tales límites están dados desde un doble punto de vista, tanto jurídico como fáctico. Jurídicamente, uno de los límites de la responsabilidad subsidiaria, está establecido en el propio artículo 64 inciso final, del Código del Trabajo, en cuanto ***no la extiende al caso de construcción de edificios por un precio único prefijado****, encargada por una persona natural.*

Desde el plano práctico, la responsabilidad en examen debe estimarse extendida sólo a aquellos casos en que el ***dueño de la obra, faena o empresa ha podido fiscalizar el cumplimiento por parte del contratista*** *o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable. Ya se decidió que si ello escapaba de la esfera del responsable subsidiario éste no puede ser condenado en tal calidad, sin perjuicio del provecho a que se hace referencia más adelante" (Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de julio de 2005, rol 2356-2003).*

"Que otra limitación fáctica la encontramos en el tiempo, es decir, ***las obligaciones laborales y previsionales de las que responde el dueño de la empresa, obra o faena han de entenderse en forma proporcional a la obra encargada****. Ello por lógica y equidad. No se corresponde con el sentido de justicia hacer responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones de dicha naturaleza que hayan surgido con anterioridad a su vinculación con el contratista o de éste con su subcontratista o con posterioridad a la obra, empresa o faena de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido. Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando: "donde está el beneficio, está la carga" (Excma. Corte Suprema, 27 de noviembre de 2007 (rol 2505-7) y 28 de noviembre de 2007 (rol 3063-07).*

Como se puede apreciar de los párrafos transcritos, ha sido la labor jurisprudencial la que ha cumplido un rol fundamental en la delimitación de los contornos de esta figura jurídica, los cuales muchas veces son difusos y su determinación muy compleja.

La definición de los límites que reconoce este tipo de responsabilidad es fundamental para mantener la seguridad jurídica y la certeza que debe existir en las relaciones laborales, toda vez que una aplicación exageradamente extensiva de las obligaciones que caen bajo el régimen de subcontratación podría provocar serios perjuicios al desarrollo del país, toda vez que produciría cierta inseguridad en quienes contratan trabajadores al quedar expuestos a contraer eventuales responsabilidades desconocidas, inicialmente, al vincularse comercialmente con otra empresa.

Con todo, al analizar dichos límites no se puede perder de vista la finalidad que persigue el legislador laboral al regular la subcontratación. La ley lo que busca

es impedir que un sujeto determinado (dueño de la obra, faena o empresa) eluda el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales frente a personas que en los hechos, en el día a día, se encuentran vinculadas a su respecto a través de un vínculo de dependencia y subordinación, pero por medio de la interposición de un tercero (contratista) que para todos los efectos figura como su verdadero empleador.

De esta forma, la ley, aplicando el principio laboral de la supremacía de la realidad, extiende el cumplimiento de ciertas obligaciones laborales y previsionales a aquél que en la práctica, más allá de las convenciones y formas, se comporta como empleador respecto de terceros que figuran como trabajadores de otro, que prestan servicios laborales en sus dependencias, los que además se encuentran íntimamente vinculados a su actividad principal y cuyo buen o mal desempeño afecta directa e inexorablemente los resultados propios de su organización empresarial.

Finalmente, hay que destacar que los límites que la jurisprudencia ha ido estableciendo son absolutamente necesarios y encuentran plena justificación en el carácter excepcional de esta normativa, toda vez que constituye una clara excepción al principio contractual denominado "efecto relativo de los contratos", toda vez que hace extensivo a un tercero (dueño de la obra, empresa o faena) ciertos derechos y obligaciones emanados de una relación jurídica entre sujetos diversos (ligados por un contrato de trabajo) en cuya celebración no ha concurrido, circunstancia que fuerza, por su carácter excepcional, a interpretar los hechos que permiten eventualmente determinarla en forma eminentemente restrictiva.

Se hace presente que la jurisprudencia que se analizará a continuación, si bien es bastante reciente, en general dice relación con juicios iniciados y concluidos bajo el amparo de la antigua normativa, toda vez que aún no existe mayor jurisprudencia sobre casos iniciados y sentenciados bajo la vigencia de la Ley N° 20.123.

En general, los límites de la subcontratación establecidos jurisprudencialmente han sido los siguientes:

1. Los trabajadores del contratista o subcontratista deben prestar los servicios en la obra, empresa o faena que pertenezca a la empresa principal.
2. El dueño de la obra, empresa o faena es responsable subsidiario (la empresa principal puede ser responsable solidaria o subsidiaria en el actual Código del Trabajo, dependiendo de si hace uso o no de los derechos de información y retención) de todas las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus contratistas en favor de los trabajadores de éstos. No hay uniformidad acerca de si incluye o no las indemnizaciones por término de contrato, pero

sí cierta tendencia (estas prestaciones se incluyen expresamente en la Ley N° 20.123).
3. Esta responsabilidad sólo se extiende a aquellos casos en que el dueño de la obra, empresa o faena ha podido fiscalizar el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de las obligaciones laborales y previsionales de las que se pretende hacerlo responsable.
4. Las obligaciones laborales y previsionales de las que es responsable el dueño de la obra, empresa o faena son proporcionales al tiempo de duración de dicha obra o faena.
5. Si se trata de dependientes cuyo trabajo beneficia a varios dueños de obra, la responsabilidad subsidiaria no puede atribuirse en forma exclusiva a una sola empresa.

Considerando la amplitud de los diversos aspectos señalados, en este comentario sólo nos abocaremos al análisis del criterio jurisprudencial comprendido en los puntos N° 1 y N° 2.

1° límite de la subcontratación: los trabajadores del contratista o subcontratista deben prestar los servicios en la obra, empresa o faena que pertenezca a la empresa principal.

La Excma. Corte Suprema ha dejado entrever esta limitación al resolver en un fallo que "*para efectos de la aplicación del artículo 64 del Código del Trabajo, la municipalidad demandada debe considerarse dueña de las obras o trabajos de mantención de las áreas verdes de la comuna, al margen de que estas áreas verdes, en su condición de bienes nacionales de uso público, pertenezcan en dominio a la nación toda, con arreglo al artículo 589 del Código de Procedimiento Civil*".[4]

En el mismo sentido, se pronunció el Máximo Tribunal, con fecha 14 de mayo de 2007, al dictar sentencia de reemplazo en el recurso de casación en el fondo interpuesto en la causa rol 4514-2005, señalando en su considerando segundo: "*que no se ha acreditado en autos que Agricom Ltda. tenga carácter de dueño de la obra, empresa o faena en la cual prestaba servicios el actor al momento de ocurrir el accidente, como tampoco se probó que Agrícola Polpaico S.A. tuviere la calidad de contratista de aquella. Por lo anterior, al no concurrir los requisitos que prescribe el artículo 64 del Código del Trabajo, la demanda intentada contra ésta última en carácter de subsidiaria será rechazada*".

Sin perjuicio de lo anterior, hay que señalar que respecto de este punto no hay uniformidad con la jurisprudencia administrativa, toda vez que la Dirección del

[4] Sentencia citada por el profesor Claudio Palavecino en su artículo "El elemento locativo en la subcontratación laboral".

Trabajo, en su dictamen ORD N° 141/05, de fecha 10 de enero de 2007, al fijar el sentido y alcance de los nuevos artículos 183-A y siguientes, afirmó en el número 1.2 del mismo que "existirá régimen de subcontratación tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratita se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de ésta". Agrega más adelante "que lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deben desarrollarse las labores subcontratadas, independientemente del lugar en que éstas se realicen".[5]

En contraposición a lo señalado por la Dirección del Trabajo, es interesante destacar lo señalado por el profesor Claudio Palavecino en su publicación "El elemento locativo en la subcontratación laboral", en el sentido que aunque el artículo 64 del Código del Trabajo no era explícito al respecto, incluso bajo su vigencia, el sentido común sugería que la comunicación de responsabilidades laborales no podía tener lugar indiscriminadamente a partir de cualquier contrato de obra o servicio alebrado por el empresario principal, sino sólo respecto de aquellos cuya ejecución conlleva la incorporación de trabajadores ajenos al espacio físico dentro del cual la empresa principal organiza y dirige su actividad.

A mi juicio, exigir el elemento locativo al que nos referimos resulta lógico y coherente con lo dispuesto tanto en el artículo 64 como en el nuevo artículo 183-A, los cuales fueron concebidos con el objeto de hacer responsable al dueño de la obra, faena o empresa, cuando los trabajadores del contratista trabajaren directamente en la referida obra, faena o empresa y no en otro lugar.[6]

Lo anterior porque es precisamente la inmediación que se genera entre el dueño de la obra y el trabajador la que provoca que, en los hechos, el primero se comporte como el verdadero empleador del trabajador.

---

[5] La Dirección del Trabajo alude como único fundamento para tal interpretación a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.123, transcribiendo para tal efecto la opinión del Ministro del Trabajo y Previsión Social.

[6] En efecto, la propia redacción que tenía el citado artículo 64 confirma lo anterior: "*El dueño de la obra, faena o empresa será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos...*". Al hablarse del "*dueño de la obra, faena o empresa*" se está dando la significación de inmediatez antes señalada, en cuanto a que dicho dueño será responsable subsidiario de los trabajadores de sus contratistas que trabajen en **su** obra, faena o empresa. En el mismo sentido ha sido redactado el nuevo artículo 183-A del mismo Código, el cual al definir el régimen de subcontratación dispone: "*Es trabajo en régimen de subcontratación el realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista (....) para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra,* ***empresa o faena, denominada empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas***...".

2° límite de la subcontratación: Obligaciones que comprende la responsabilidad subsidiaria

En este sentido es necesario realizar la siguiente distinción:

a) La responsabilidad subsidiaria **no abarca la compensación del feriado proporcional ni las indemnizaciones por término de contrato**, así lo ha resuelto generalmente la jurisprudencia durante el último tiempo.[7]

En efecto, son varias las sentencias de la Excma. Corte Suprema en que el criterio rector ha sido que **no es posible extender la responsabilidad subsidiaria**

[7] Es importante señalar que previamente los criterios en esta materia han estado bastante dispares. A modo de ejemplo se mencionan los siguientes fallos:
1. Así en sentencia del 27 de enero de 2005, la Cuarta Sala de la Corte Suprema había rechazado la tesis de hacer responsable al dueño de la obra o faena por la indemnización sustitutiva del aviso previo por años de servicios, en los autos causa Rol N° 5.624-03. En dicha sentencia el voto de mayoría de los ministros José Luis Pérez, Urbano Marín y del abogado Integrante Juan Infante sigue este criterio. El voto de minoría de los ministros José Benquis y Orlando Álvarez H. sustenta que el dueño de la obra o faena debe responder por los ítemes antes aludidos.
2. No obstante, en sentencia dictada el 25 de agosto de 2005, la misma Cuarta Sala integrada esta vez por los Ministros José Benquis, Jorge Medina y Orlando Álvarez como voto de mayoría y de Urbano Marín y José Luis Pérez como disidentes, autos Rol N° 2.199-2004, se indicó que: "...habiéndose condenado al empleador directo al pago de indemnización sustitutiva del aviso previo, por años de servicios y compensación de feriado, obligaciones laborales todas ellas surgidas en parte durante la vigencia de la obra contratada por el demandado subsidiario con aquel empleador directo, en la sentencia impugnada no se ha incurrido en los errores de derecho denunciados al hacer responsable subsidiario de tales prestaciones al demandado subsidiario, dueño de la obra o faena encomendada en proporción al tiempo durante el cual, en fin, obtuvo provecho de las fuerzas laborales del demandante".
3. Nuevamente hay un vuelco jurisprudencial, ahora en sentencia dictada el 27 de septiembre de 2005, ya que con los votos de mayoría de los ministros Pérez y Marín y del abogado integrante Juan Infante y en contra del ministro Medina y del abogado integrante Jacob, autos Rol N° 2.288-04, se volvió al criterio original en el sentido que: "...la responsabilidad subsidiaria no se extiende a la indemnización por años de servicios, única que ha sido ordenada pagar en el fallo impugnado, desde que, como esta Corte ya lo ha decidido anteriormente, esa indemnización no se encuentra comprendida en la expresión obligaciones laborales y previsionales que utiliza el artículo 64 del Código del Trabajo...".
4. Otra manifestación de esta evolución se encuentra en sentencia dictada el 29 de noviembre de 2005 por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, la que por unanimidad de sus integrantes, José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C, en la causa Rol N° 4.004-2004, señaló que: "...el dueño de la obra o faena, en términos generales, no participa tampoco en la decisión de despido de los trabajadores, por lo tanto, no resulta posible atribuirle responsabilidad por el hecho del empleador, respecto del cual carece de instrumentos legales en orden a fiscalizar la adopción por parte de aquel de una medida en términos legítimos, que impida una posterior sanción en su contra. Menos es dable imponerle la sanción del contratante no diligente, quien se ha puesto en situación de indemnizar los perjuicios causados a su contraria debido a su propio incumplimiento, actitud personal que no puede imputarse al dueño de la obra o faena para los efectos de hacerlo pagar el resarcimiento a que ha sido condenado el empleador, en subsidio de éste...".
5. En fallo del 25 de enero de 2006, autos Rol N° 5.491-2004, con el voto de mayoría de los ministros Marín, Medina y los abogados integrantes Daniel y Jacob y el voto disidente de la ministro suplente Herreros, señaló que: "...esta Corte ha decidido, también, que las indemnizaciones propias del término de la relación laboral y la compensación del feriado, entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y que nacen o se devengan, ya sea mes a mes o con motivo de una indebida, improcedente o injustificada finalización del contrato de trabajo...".

del dueño de la obra o faena al pago de obligaciones que no han nacido durante la vigencia del contrato de trabajo, como ocurre con la compensación del feriado proporcional, y las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo.

Dentro de las sentencias dictadas en tal sentido durante los últimos dos años por el Máximo Tribunal, se pueden mencionar, entre otras: sentencia de 18 de abril de 2006 (rol 5834-2004), pronunciada con voto en contra del Ministro Jorge Medina; 20 de junio de 2006 (rol 4841-2004), pronunciada con voto en contra del Ministro Orlando Álvarez; 11 de septiembre de 2007 (rol 3799-2006), pronunciada con voto en contra de los Ministros Marcos Libedinsky y Orlando Álvarez;[8] 20 de septiembre de 2007 (rol 3634-2006), pronunciada con voto en contra de los Ministros Marcos Libedinsky y Orlando Álvarez; 8 de octubre de 2007 (rol 6288-2006); 27 de noviembre de 2007 (rol 2505-07) y 4 de diciembre de 2007 (rol 3493-2007).

Dichos fallos coinciden en entregar como argumentos para tal exclusión los que a continuación se indican:

1. "*Debe tenerse presente que de las obligaciones laborales y previsionales a que alude el artículo 64 del Código del Trabajo, la ley no ha entregado una definición, razón por la cual corresponde interpretar el alcance que se ha querido dar a dichas expresiones. Recurriendo al concepto de contrato individual de trabajo, definido legalmente como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración*

[8] Los Ministros señores Libedinsky y Álvarez estuvieron por rechazar el recurso por estimar que no se infringió el artículo 64 del Código del Trabajo al hacer responsable al demandado subsidiario al pago de las indemnizaciones legales a que fue condenado a pagar el empleador directo con motivo de acogerse la demanda por despido indirecto, fundándose para ello en las siguientes consideraciones:

1°) Que si el legislador en el artículo 64, en su antigua redacción, no definió lo que debe entenderse por obligaciones laborales y previsionales, se hace necesario e imprescindible en la labor interpretativa del precepto considerar además de la historia del establecimiento de la norma, los principios que inspiran la legislación laboral, es decir, la protección del trabajador y el *in dubio pro operario*, entre otros. Por consiguiente, si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes. así por lo demás se señaló en el debate respectivo en la Cámara de Diputados, donde incluso se sostuvo que no se estaba introduciendo ningún nuevo principio en la materia. Deben, además, considerarse las obligaciones nacidas de las contingencias de la seguridad social y asimismo las de afiliación y cotización.

2°) Que las indemnizaciones que tienen por causa el despido son obligaciones de naturaleza laboral cuya fuente es la ley, de manera que los sentenciadores recurridos no han vulnerado la norma del artículo 64 del Código del Trabajo al condenar a su pago a la empresa dueña de la obra o faena, pues el legislador no las excluyó expresamente.

determinada., resulta que la principal obligación del empleador, aunque no la única, es la de pagar la remuneración, al punto que el artículo 10 N° 4 del Código Laboral señala como estipulación del contrato de trabajo, monto, forma y período de pago de la remuneración acordada";

2. "*Ha de considerarse que el artículo 64 se encuentra ubicado entre las disposiciones que protegen a las remuneraciones, cuyo pago constituye la obligación principal de todo empleador, a lo que debe agregarse la prescripción contenida en el artículo 58 del texto laboral, esto es: El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación vigente y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos..., consignándose en esta norma otra de las obligaciones del empleador*";

3. "*Cabe concluir que las obligaciones laborales y previsionales a que hace referencia el artículo 64 del Código del Trabajo, están constituidas, fundamentalmente, por el pago de las remuneraciones –en concepto amplio– y de las cotizaciones de salud y seguridad social, sin perjuicio que el empleador deba dar, además, cumplimiento a los restantes imperativos de la legislación laboral, verbigracia, duración máxima de la jornada, pago de horas extraordinarias, adopción de medidas de seguridad, escrituración y actualización de los contratos, etc. En este contexto, tales obligaciones nacen, permanecen y resultan exigibles durante la vigencia de la relación laboral que une a trabajador y empleador, pues son consecuencia, precisamente, de la existencia de esa vinculación, de manera tal que de su cumplimiento es responsable el dueño de la obra o faena, pero siempre y sólo en la medida que dicho cumplimiento sea susceptible de ser fiscalizado*".

4. "*Que la idea anterior se ve reforzada si se tiene presente la modificación introducida por la Ley 20.123, en que el legislador expresamente dispone, artículo 183 B, que la empresa principal, la dueña de la obra o faena ahora es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales, indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Esta nueva normativa lleva a concluir que si la ley derogó expresamente los preceptos en estudio para alterar la naturaleza de la responsabilidad en la citada norma, manteniendo la subsidiaridad en el caso previsto en el artículo 183 D, incluyendo en el concepto "obligaciones laborales y previsionales, de ambos preceptos, las indemnizaciones propias del despido, lo es en el entendido que antes no se comprendían*".

5. "*No resulta posible extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de obligaciones que no han nacido durante la vigencia del contrato de trabajo, como ocurre con la compensación de feriado proporcional, sino con posterioridad a su término y como resultado de la decisión adoptada por*

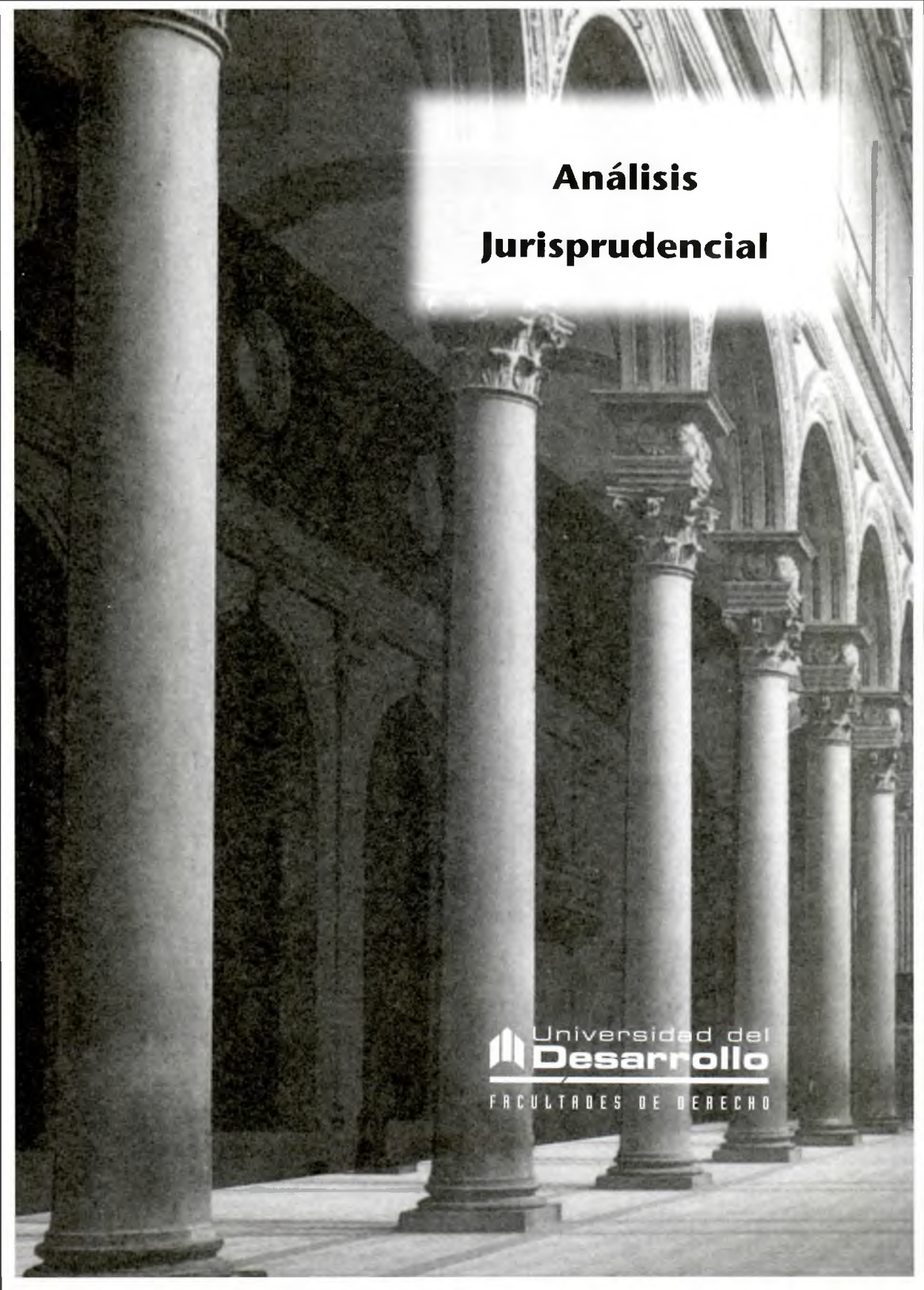
una persona distinta al dueño de la obra o faena, que ninguna participación tuvo en la desvinculación respectiva".

Sin perjuicio de lo señalado, existen algunos fallos aislados en que se ha establecido que las indemnizaciones por término de contrato deben estar incluidas dentro de la responsabilidad subsidiaria. En este sentido, Iltma. Corte de Apelaciones, en sentencia de 14 de noviembre de 2006 (rol 6409-2005) y la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 25 de enero de 2006 (rol 5491-2004), la cual fue acordada con el voto en contra de los señores Ministros Urbano Marín y Margarita Herreros, quienes estuvieron por excluir tales conceptos.

b) Respecto de las **horas extraordinarias y cotizaciones previsionales**, hay consenso que sí estarían incluidas dentro de la responsabilidad subsidiaria.

La Excma. Corte Suprema así lo ha resuelto, entre otros, en los fallos de fecha 28 de noviembre de 2007 (rol 3063-07) y 4 de diciembre del mismo año (rol 3493-07). En la doctrina de dichas sentencias se argumenta que tratándose de prestaciones que han nacido durante la vigencia de la relación laboral y cuyo cumplimiento pudo ser controlado por la demandada subsidiaria, no cabe duda que respecto de ellas procede la responsabilidad subsidiaria.

A modo de conclusión, y luego del breve análisis realizado, es posible señalar que la jurisprudencia ha sido fundamental para establecer los límites prácticos de la subcontratación, existiendo cierta uniformidad en el criterio empleado por los tribunales, al menos durante los últimos 2 años. Es de esperarse que a medida que se comiencen a fallar casos a los que se les aplica la nueva ley de subcontratación, la jurisprudencial laboral será igualmente relevante a la hora de entregar las pautas para interpretar las nuevas disposiciones.


Análisis
Jurisprudencial
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?

A propósito de la subcontratación en Codelco

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino
Directora de Carrera
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Corte Suprema de Justicia durante el pasado mes de mayo dictó seis interesantes fallos, todos en el mismo sentido, en los cuales afirma que la Dirección del Trabajo no tiene competencia para interpretar contratos de trabajo. Los roles de las resoluciones que se comentan son los siguientes: 1074-2008,1063-2008, 1062-2008, 953-2008, 887-2008, y 1076-2008.[1-2]

I. Resumen de los hechos

Codelco, desde hace varios años, utiliza la descentralización productiva, y especialmente la subcontratación, como modalidad de trabajo con diversas finalidades organizacionales.

La Dirección del Trabajo, al cabo de un proceso de fiscalización llevado a cabo durante el año 2007 en el sector de la Gran Minería del Cobre, relativo a la aplicación de la nueva Ley de Subcontratación (Ley N° 20.123), resolvió, en diversos actos administrativos, que dicha empresa había incumplido la ley, por lo que, como dueña de la obra, era la real empleadora de los trabajadores de las empresas subcontratistas que le prestaban servicios y la compelió a modificar su estatuto jurídico.

1 El texto que agrupa a estos roles es idéntico en todas las partes del fallo en comentario, salvo las cuestiones propias tales como individualización de las partes o del órgano fiscalizador; por lo que se tendrá como referente la sentencia recaída en el Rol Ingreso N° 1074-2008, correspondiente al recurso de protección interpuesto por la División El Teniente de Codelco.

2 Texto íntegro de todos estos fallos se puede encontrar en www.poderjudicial.cl

Dicha resolución fue interpretada por la entidad fiscalizada como una orden de internalizar a más de 5.000 trabajadores en sus distintas divisiones, frente a lo cual dedujo sendos recursos de protección en su contra. Todos los recursos interpuestos, salvo uno (Copiapó), fueron declarados admisibles por las Cortes de Apelaciones que los conocieron y, en definitiva, fallados a favor de Codelco.

Los fallos objeto de este comentario fueron apelados por la Dirección del Trabajo y, posteriormente, confirmados por la Excma. Corte Suprema.

II. Los argumentos de los fallos

Las sentencias, muy similares en los razonamientos, contienen una interesante doctrina judicial, la que puede sintetizarse en los dos principios que a continuación se desarrollan:

1°: **"La naturaleza jurídica de los actos se define por sus rasgos esenciales y por los efectos o consecuencias que de él emanan y no por el nombre o denominación que le sean atribuído por quienes lo emiten".**

Dando cabal aplicación a los principios generales y lógicos del Derecho *(las cosas son lo que son por su naturaleza; principio de la realidad),* la Corte alude directamente a que, aun cuando la autoridad fiscalizadora denomine a los actos que emite como "preparatorios o de mero trámite" (en estos casos, "acta de constatación de hechos"), si ellos contienen decisiones de contenido jurídico que implican una obligación con efectos agraviantes, en grados de privación, perturbación o amenaza a derechos o garantías fundamentales, deben ser invalidados por medio del mecanismo de amparo instituido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República dado los graves efectos que ellos generan.

La Corte declaró, en los fallos que se comentan, que las resoluciones de la Dirección del Trabajo vulneraron las garantías de la **libertad de contratación del empleador**, al obligársele a corregir el régimen de contratación existente y a vincular directamente a los trabajadores de empresas contratistas.

En relación con estas últimas, sostuvo que también se transgredió dicha garantía al ordenársele dejar sin efecto los contratos pactados con sus trabajadores, privándolos de sus efectos propios, provocando su extinción y ordenando la celebración de otros en su reemplazo.

Además, los fallos destacan otra implicancia grave proveniente de las órdenes del ente fiscalizador, al señalar dichas instrucciones administrativas que también quedarán extinguidos los contratos comerciales de prestación de servicios existentes entre Codelco y las empresas contratistas, vulnerándose, en virtud de este efecto, el artículo 1545 del Código Civil.

Asimismo, sostuvo que dichos actos administrativos violentaron el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Carta Fundamental, esto es, la **"garantía del juez natural",** según la cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, infracción que se ha producido al alterarse, por decisión administrativa, la relación contractual de las empresas recurrentes.

Por otra parte, señaló que las instrucciones también transgredieron los N°s 21 y 24 de la norma constitucional precitada, vale decir, la **libertad económica y el derecho de propiedad**, al impedirse a las empresas recurrentes el desarrollar la actividad económica propia de su giro social.

El segundo principio, que queda claramente establecido en los fallos que se comentan es aquel que señala que:

2°: "La función de interpretación y de fijación del alcance de los contratos de trabajo sólo corresponde a los Tribunales del Trabajo".

La Corte, en los distintos fallos, señaló que la autoridad fiscalizadora transgredió el principio constitucional de la **legalidad de los actos de la administración**, al pronunciarse, con fuerza decisoria, respecto de un asunto cuyo conocimiento, por su contenido controversial, era de la competencia exclusiva de lo órganos jurisdiccionales. La Corte fundamenta su resolución citando varios textos normativos constitucionales y legales, recuento que no deja dudas en cuanto a la validez de la fundamentación.

Argumento del voto disidente:

No podemos dejar de mencionar en este comentario que el Ministro señor Pierry fue partidario de revocar los fallos apelados y en consecuencia rechazar los recursos de protección. Su argumento se basó en que la autoridad administrativa está facultada para calificar jurídicamente los hechos, por ser parte de la actividad administrativa, ya que ella es indispensable para el ejercicio de esta actividad, en particular para la sanción administrativa y, en consecuencia, la Dirección del Trabajo no ha actuado como comisión especial, sino en el desempeño de una actividad que le es propia.

Agrega el voto disidente que la calificación jurídica de los hechos no puede por sí sola constituir una ilegalidad, ya que forma parte integrante de la actividad administrativa; el error en la misma debe ser controlado por el juez en un juicio de lato conocimiento, en este caso, mediante el procedimiento jurisdiccional del articulo 474 del Código del Trabajo. Indica que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función. Termina señalando que una eventual conducta transgresora de la ley laboral quedaría sin sanción, por cuanto es ilusorio que el trabajador afectado reclame si la Inspección del Trabajo carece de titularidad para imponer denuncias ante los tribunales, despojándose de este modo de contenido a las normas de protección al trabajador.

III. Comentario

En primer lugar, estimamos que el problema que se analiza radica en que la Dirección del Trabajo, en muchas de sus fiscalizaciones de cumplimiento de la ley de subcontratación, consideró que las necesarias "pautas de coordinación" que existen entre la empresa mandante y los trabajadores de la contratista, implicaron una forma de "subordinación laboral" directa a la empresa principal y que, por lo tanto, se ha incumplido la ley. Consecuencia de ello son las órdenes que establecen el correcto ordenamiento jurídico de los trabajadores de las empresas subcontratistas, ya que el contrato de trabajo y, por consiguiente, el real empleador, sería la empresa dueña de la obra, en este caso Codelco.

El problema tiene origen, entonces, en los criterios que dicho órgano fiscalizador aplicó para calificar la subordinación laboral. Estos criterios son de muy antigua data, y se fundan en el hecho de que la tercerización era un fenómeno aislado y –obviamente– quien daba órdenes a los trabajadores debía calificarse como su empleador directo.

Es público y notorio que hoy esta situación ha cambiado considerablemente y, como consecuencia de ello, los criterios de calificación tradicionales ya no reflejan la forma en que se relacionan los actores laborales, en una compleja red de prestaciones y servicios al interior de una organización, así como tampoco en el nuevo mercado laboral.

En segundo término, las sentencias comentadas resolvieron –en síntesis– que las instrucciones del ente fiscalizador, en cuanto ordenaron modificar el régimen jurídico de contratación de trabajadores de las empresas subcontratistas, exceden sus atribuciones legales. Con ello establecieron claramente los límites de las facultades de la Dirección del Trabajo en estas materias.

En nuestra opinión, dichas sentencias laborales constituyen pronunciamientos claros, definitivos y permanentes respecto de las facultades de la Dirección del Trabajo en la interpretación de relaciones laborales triangulares, a pesar del sabido efecto relativo de las sentencias. Es dable esperar, por lo tanto, que el órgano administrativo se abstendrá en el futuro de emitir instrucciones similares a aquellas que fueron objeto de estas decisiones judiciales, lo que marca el fin de una etapa de la Dirección del Trabajo en este sentido.

En tercer lugar, es relevante destacar el hecho de que la opinión del Ministro disidente no haya prosperado en la sala del máximo órgano jurisdiccional, por cuanto de haber sido así, la procedencia del recurso de protección se habría limitado todavía más, como por desgracia ha ocurrido en los últimos años, sin perjuicio de violentarse el claro mandato constitucional, en orden a que dicho recurso procede cuando existe un amenaza o perturbación de una garantía fundamental. Se ha impuesto, por ende, el principio de supremacía constitucional por sobre cualquier otra consideración de carácter legal o administrativo, lo cual nos parece positivo en la preservación y fortalecimiento del Estado de Derecho.

Finalmente, debemos destacar que los argumentos jurídicos en que se fundan los fallos de la Excma. Corte Suprema de Justicia, además de reconocer la realidad actual del fenómeno productivo y su descentralización, respetan la autonomía de las empresas contratistas y subcontratistas. Ellos contribuirán, además, a dilucidar el complejo problema jurídico que afecta a las relaciones atípicas de trabajo, en las que la subordinación se manifiesta de forma diversa de la clásica, a fin de determinar jurídicamente quién es el real empleador.

En síntesis, dichos fallos han marcado definitivamente las limitaciones del órgano fiscalizador en estas materias, por dos esenciales razones: la gravitación que Codelco tiene en el mundo de las relaciones laborales y la justificación jurídica irrefutable contenida en ellos.

IV. Inserción del fallo comentado.

"Santiago, doce de mayo del año dos mil ocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada y se tiene además presente:

1°) *Que la autoridad administrativa, en contra de la cual se ha interpuesto el presente recurso, ha sostenido que el acto suscrito por ella con la denominación "Acta de constatación de hechos en fiscalización de la Ley N° 20.123 (trabajo en régimen de subcontratación)" importa una actuación de trámite o preparatoria, una simple constatación de hechos inserta dentro de un procedimiento de fiscalización, que no reviste la naturaleza ni posee las ca-*

racterísticas de un acto administrativo terminal o decisorio en el que se exprese la voluntad de producir un determinado efecto o consecuencias jurídicas, lo que hace improcedente su impugnación mediante dicho arbitrio cautelar;

2°) *Que, sin embargo, la lectura del acta en cuestión pone de manifiesto que en ella se contienen dos decisiones de evidente sentido jurídico, puesto que, por una parte, considera al dueño de la obra, empresa o faena –esto es, a la Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco– como empleadora de los trabajadores comprendidos en el proceso de fiscalización y, por la otra, conmina a la mencionada empresa para que, dentro de un plazo de 15 días, contados desde la fecha de la notificación del acto inspectivo, "corrija el régimen legal fiscalizado", bajo apercibimiento de aplicación de multas;*

3°) *Que los antecedentes enunciados sugieren a estos sentenciadores dos órdenes de consideraciones.*

La primera de ellas estriba en que la naturaleza jurídica de un determinado acto se define por sus rasgos esenciales y por los efectos o consecuencias que de él emanan y no por el nombre o denominación que le sean atribuido por quienes lo emiten.

A partir de esta premisa, la llamada "acta de constatación de hechos", más que una mera comprobación o certificación de situaciones fácticas preexistentes, idónea para emplearse como medio de prueba con miras a adoptar una decisión posterior, en los términos previstos por el artículo 23 del D.F.L. N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, configura intrínsecamente una resolución que acarrea, como ya se insinuó en el fundamento anterior, una profunda transformación en el régimen de contratación de Codelco y de las empresas contratistas recurrentes, Conos Limitada y CIMM Tecnologías y Servicios S.A., en cuanto, al estimarse a la primera como la auténtica empleadora de los trabajadores de éstas últimas –y obligarla a corregir el régimen existente sobre la materia– se le está ordenando, en la práctica, contratar a esos trabajadores, desconociéndose con ello el vínculo contractual que los liga con dichas contratistas, el que, como resultado de semejante determinación, quedaría extinguido y lo propio habría de ocurrir con los contratos sobre prestación de servicios existentes entre Codelco y esas mismas contratistas. Enseguida, cabe consignar que, para los efectos de apreciar la procedencia de la acción cautelar formulada en autos, no importa tanto centrar el interés en la naturaleza –preparatoria o terminal– del acto que se impugna, cuanto en su condición de ser antijurídico e idóneo para causar agravio, en grado de privación, perturbación o amenaza a derechos o garantías fundamentales cuyo legítimo ejercicio se resguarda por medio de dicho mecanismo de amparo, instituido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República;

4°) *Que el acto administrativo cuestionado, concebido en los términos sucintamente descritos con anterioridad y desarrollados con mayor amplitud en la sentencia apelada, desborda el marco de atribuciones que a la autoridad recurrida le asignan los artículos 476 del Código del Trabajo y 1 del mencionado D.F.L. N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social –Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo– en materia de fiscalización del cumplimiento e interpretación de la normativa laboral e incursiona derechamente en el ámbito de la interpretación de los contratos de trabajo celebrados entre los trabajadores y las empresas contratistas –actividad que, por lo demás, sólo cabe desarrollar cuando las*

expresiones empleadas por las partes en la redacción de las estipulaciones resultan obscuras o ambiguas o cuando, no obstante ser claras, no se concilian con la naturaleza del contrato o con la evidente intención que han tenido dichas partes al celebrarlo–, negándoles toda eficacia jurídica y provocando, de modo indirecto, según antes se expresó, el mismo efecto en los contratos de índole civil pactados por Codelco con las empresas contratistas –para quienes semejantes vínculos contractuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, constituyen una ley y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causales legales–; materia respecto de la cual corresponde conocer y decidir exclusivamente a los juzgados del trabajo, de conformidad con lo prescrito por el artículo 420 acápite a) del Código del Ramo, que asigna competencia a estos tribunales para resolver las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos de trabajo;

5°) *Que es indispensable hacer hincapié, a propósito de lo precedentemente reflexionado, en que el acto de autoridad que se objeta por medio del arbitrio de cautela en análisis no se constriñe a una simple operación orientada a precisar el sentido y alcance de los contratos laborales en cuestión, disponiendo una reordenación de las cláusulas o estipulaciones convenidas, sino que genera un resultado mucho más drástico en cuanto, por la vía administrativa, los priva de los efectos que les son propios, provocando su extinción, al tiempo que dispone que se celebren otros contratos en su reemplazo;*

6°) *Que uno de los principios de mayor trascendencia en el Derecho Público –del que se ha dicho que constituye un supraprincipio, por cuanto de él derivan o nacen otros más específicos que reciben aplicación dentro de esa rama de las disciplinas jurídica– y que imprime sello al Estado de Derecho moderno es el de la legalidad de la Administración, de acuerdo con cuyos postulados ésta debe sujetar su actividad a las prescripciones del ordenamiento positivo.*

El mencionado principio se encuentra plasmado dentro de nuestra normativa institucional en los artículos 6° incisos 1° y 2° y 7° incisos 1° y 2° de la Carta Fundamental, como también en el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; preceptos cuya claridad conceptual no ofrece margen de duda acerca de la perentoriedad de su mandato. "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" (artículo 6° inciso 1° de la Constitución Política de la República).

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo" (mismo artículo, inciso 2°).

"Los órganos del Estado actúan válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley" (artículo 7° inciso 1° de la Carta Fundamental).

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas podrán atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (inciso 2° del mismo precepto).

"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a

las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico" (artículo 2° inciso 1° de la Ley N° 18.575);

7°) *Que acorde con lo reflexionado en los fundamentos anteriores, resulta inconcuso que la autoridad fiscalizadora ha transgredido la legalidad vigente al pronunciarse con fuerza decisoria respecto de un asunto cuyo conocimiento, por su contenido controversial, era de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales.*

El ordenamiento afectado con la actuación administrativa exorbitante está constituido por disposiciones constitucionales y legales.

En efecto, el artículo 76 de la Carta Fundamental establece 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. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales".

A su turno, el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, repitiendo lo expresado en la norma constitucional, prescribe que "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley".

Continuando con este recuento normativo, el artículo 5° del aludido Código dispone: "A los tribunales mencionados en este articulo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o calidad de las personas que en ellos intervengan".

Por último, y en lo que atañe particularmente a la situación en análisis, el acto administrativo censurado por las actoras no se ajustó a la norma contemplada por el ya citado artículo 420 del Código del Trabajo, en su apartado a), que entrega a los juzgados del trabajo competencia para conocer las cuestiones derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos de trabajo;

8°) *Que, además de ilegal, la actuación administrativa cuestionada en el recurso amerita el calificativo de arbitraria; ello, en razón de haber afectado la fiscalización, sin una debida fundamentación racional, los derechos de terceros, las empresas contratistas, a quienes se les desconoció la relación contractual que las vinculaba con sus trabajadores, disponiendo la contratación de éstos por Codelco, sin haber las referidas empresas sido partes –y, por ende, emplazadas y oídas– en el procedimiento inspectivo que culminó con la decisión observada;*

9°) *Que de acuerdo con lo que se ha venido razonando, el acto antijurídico emanado de la Dirección del Trabajo, que se critica por medio de la acción de amparo formulada en autos, ha transgredido las garantías fundamentales previstas en el artículo 19 N° 3 inciso cuarto y 16 inciso segundo; 21 y 24 de la Constitución Política de la República.*

Ha vulnerado, en efecto, la llamada garantía del juez natural a que se refiere el primero de los preceptos indicados, según la cual, nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se encuentre establecido por ésta con anterioridad al hecho en que incide el juzgamiento; infracción que se ha producido al alterarse en los términos descritos la situación contractual de las empresas recurrentes.

Por las mismas razones, se ha quebrantado también el derecho a la libre contratación que asiste a Codelco, al obligársele a contratar los trabajadores de las empresas contratistas; y el de estas últimas, al ordenarse dejar sin efecto los contratos pactados con sus trabajadores.

Afecta, asimismo, el acto administrativo de que se trata el derecho de las empresas recurrentes a desarrollar la actividad económica propia de su giro social. En fin, agravia el acto jurídico de marras –en grado de amenaza– el derecho de propiedad de Codelco, en cuanto la conmina a corregir "el régimen laboral fiscalizado", bajo apercibimiento de aplicarle una sanción de índole pecuniaria;

10°) *Que resultando, por último, de manifiesto la relación causal existente entre el acto antijurídico realizado por la autoridad administrativa y el agravio a los derechos fundamentales a que se ha hecho mención de que son titulares las actoras, cabe tener por concurrentes en la especie todos los presupuestos requeridos para la procedencia del arbitrio cautelar impetrado por ellas en resguardo de semejantes garantías.*

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación del Recurso de Protección, ***se confirma*** *la sentencia apelada de ocho de febrero pasado, escrita a fs. 218 y siguientes.*

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Pierry, quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada, y en consecuencia rechazar el recurso de protección, por las siguientes consideraciones:

PRIMERO: *Que estima este disidente, como lo ha señalado en sentencias anteriores recaídas en recursos de protección interpuestos contra la Inspección del Trabajo, que la autoridad administrativa está facultada para calificar jurídicamente los hechos, siendo esto parte de la actividad administrativa. En efecto, es precisamente dicha calificación jurídica la que es indispensable para el ejercicio de esa actividad, en particular para la sanción administrativa, por lo que, en consecuencia, no existe garantía constitucional alguna que pueda protegerse por la presente vía, ya que la Inspección del Trabajo de que se trata no ha actuado como comisión especial, sino en el desempeño de una actividad administrativa.*

SEGUNDO: *Que el control de la legalidad de los actos administrativos por parte del juez, fundamental para el estado de derecho, consiste en examinar la legalidad de los mismos en relación con sus distintos elementos, a saber: forma, competencia, fin, objeto y motivos del acto, siendo el control en relación con los motivos el más característico del control jurisdiccional, pues se refiere al análisis de los hechos que fundamentan el acto administrativo. En relación a los motivos, el juez controla y verifica la existencia de los motivos que sirven de fundamento al acto, la calificación jurídica que de los mismos ha hecho la autoridad, cuando ella sea necesaria para su fundamento; y, eventualmente, la apreciación de los hechos, siendo esto último muy excepcional, pues por principio corresponde a la discrecionalidad administrativa. Es precisamente por ello que la calificación jurídica de los hechos no puede por si sola constituir una ilegalidad, ya que forma parte integrante de la actividad administrativa; pero el error en la misma puede y debe ser controlado por el juez, el que por regla*

general lo hará en un procedimiento de lato conocimiento en un juicio interpuesto contra la resolución de la Administración, como ocurre en el caso del Código del Trabajo aplicable a este recurso de protección, en el procedimiento jurisdiccional contemplado en su artículo 474, que debiera ser la vía adecuada para resolver el tipo de asuntos ventilado en este caso; no correspondiendo entonces por el solo hecho de que la autoridad administrativa la haya efectuado, que se acoja un recurso de protección en su contra.

TERCERO: *Que la calificación jurídica de los hechos ocurre cada vez que en el procedimiento destinado a la elaboración de un acto administrativo, la autoridad administrativa aplica a un hecho una norma que le sirve de fundamento y que justifica su dictación, o un concepto jurídico indeterminado, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función. Por lo demás, así lo ha entendido la ley cuando, por ejemplo, el artículo 5° número 3 de la ley 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones indica que la oposición del ejecutado será admisible cuando exista "Errada calificación de las funciones desempeñadas por el trabajador", lo que equivale a decir que ella es admisible cuando la Administración ha efectuado una errada calificación jurídica de los hechos.*

CUARTO: *Que lo anterior tiene particular relevancia, por cuanto la Inspección del Trabajo carece de titularidad para imponer denuncias ante los tribunales, por lo que al prohibirle efectuar la calificación jurídica de los hechos por ser una actividad reservada a los tribunales de justicia, se está despojando de contenido a las normas de protección al trabajador, ya que ningún órgano de control, sea jurisdiccional o administrativo, llevará a cabo dicha calificación, y la eventual conducta transgresora de la ley quedará sin sanción, salvo que sea el propio trabajador afectado el que reclame, lo que en muchos casos resulta ilusorio.*

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún y la disidencia su autor. Rol N° 1074-2008. Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda y el Abogado Integrante señor Arnaldo Gorziglia. No firma el Ministro señor Carreño, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal. Santiago, 12 de mayo de 2008.

Autorizado por la Secretaria suplente de esta Corte Sra. Beatriz Pedrals García de Cortázar."

¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?[1]

(A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S)

COMENTARIO:

Francisco Pfeffer Urquiaga
Director Departamento Derecho de la Empresa
Profesor Titular de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El 31 de enero de 2008 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) sorprendió al mercado nacional al comunicar su decisión de "*no hacer lugar a lo solicitado por los accionistas controladores de Distribución y Servicio D&S y de S.A.C.I. Falabella y, por tanto, no aprobar la operación consultada*".

Terminaba así un periodo de larga espera que puso una lápida a la intención de los principales actores del mercado del *retail* en Chile de formar una mega-empresa con capacidad y recursos financieros suficientes para abordar la conquista de los mercados internacionales.[2]

La decisión del TDLC caló hondo no sólo entre los involucrados, sino que en toda la industria nacional del *retail*, tanto por lo inesperado de la misma, como por las implicancias económicas que se derivaban de ella.[3]

[1] Disponible en www.pfeffer.cl

[2] El proceso se inició el 7 de junio de 2007 con la petición formulada por los accionistas controladores de Falabella y D&S respecto del acuerdo de fusión que habían celebrado entre ellos, solicitando al TDLC que declarare que dicha fusión se ajustaba en todo a las normas de la libre competencia contenidas en el DL N° 211, de 1973.

[3] Recuérdese que apenas se conoció la noticia el precio de las acciones de Falabella y D&S llegó a caer casi un 20%.

Ello originó un amplio debate en los medios y círculos económicos nacionales sobre la conveniencia y oportunidad del dictamen del TDLC. Incluso se puso en duda la facultad que tendría el TDLC para "*no aprobar la operación consultada*".[4-5]

En este breve comentario solo abordaremos el tema relacionado con las atribuciones del TDLC para autorizar o rechazar una operación de fusión, sea que actúe en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales o como órgano consultivo de naturaleza administrativa.

I. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano de naturaleza jurisdiccional

Como se sabe, el TDLC fue creado por Ley 19.911, de 14 de noviembre de 2003.[6] Conforme lo establece el artículo 18 del texto refundido del DL 211, de 1973, y para los efectos que importan en este comentario, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene las siguientes atribuciones y deberes:

---

[4] Véase, por ejemplo, el interesante artículo del profesor de derecho José Manuel Díaz de Valdez "Derechos Constitucionales y Libre Competencia", en El Mercurio, 22 de febrero de 2008. Concluye este autor: "*En síntesis, las restricciones a los derechos constitucionales impuestas por la libre competencia deben someterse a las reglas generales acerca de cómo se limitan tales derechos. Si se quiere que el TDLC pueda prohibir preventivamente contratos, debe modificarse la ley para que su texto lo señale expresamente, y agregando por cierto los mecanismos de impugnación correspondientes*". Disponible en http://www.mer.cl/modulos/catalogo/paginas/2008/02/22/MERPROC002AA2202.htm?tipoPantalla=1280.

[5] Reportaje "El día de la Incompetencia" y entrevista al abogado y profesor Enrique Barros B., quien lideró el equipo legal encargado de la fusión, en Revista Capital N° 225, del 04-04-08 al 17-04-08. Periodista: "*Ocho meses, cinco destacados profesionales* –refiriéndose a los Ministros del Tribunal– *estudiaron la fusión entre D&S y Falabella y al final la rechazaron ¿cree que todos están equivocados?* Respuesta: "*Tengo la impresión de que con este fallo el tribunal contravino toda su historia anterior y, en vez de mirar al mercado, especialmente al retail, como un ente dinámico, lo que hizo fue mirarlo con desconfianza y sospecha.* ***De hecho, la ley establece que, ante este tipo de consultas, el tribunal puede poner condiciones, pero no se coloca en la hipótesis del rechazo****. Y tanto es así, que establece un recurso sólo en el caso de que el tribunal imponga condiciones a una operación. Todo el sistema está diseñado en el entendido de que hay que superar las dificultades y así se actuó siempre en Chile. Por lo demás, si una persona se siente afectada puede establecer recursos contra la empresa y justamente para eso existe el tribunal. Lo que no resiste análisis es que el tribunal estructure el mercado*". Periodista: "*¿Nunca se rechazó una operación?*" Respuesta: "*No hay ninguna operación significativa en Chile en los últimos treinta años que se haya rechazado. En todos los casos anteriores se analizaron los mercados relevantes y los efectos que sobre ellos produciría la fusión o adquisición. El problema básico es cómo está construida la ley, porque si existiera un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, el caso se habría resuelto para bien o para mal en abril, pero a falta de ello había que recurrir de queja, que es un recurso extraordinario y disciplinario, que nos habría tenido hasta fin de año en el tema; y esa es la razón de negocios por la cual se determinó cerrar el asunto. Intuitivamente, no cabe duda de que solicitada una consulta uno debiera pensar que es facultad del tribunal aceptarla o rechazarla, pero en la estructura de la ley no está dado en esos términos.* Periodista: "*¿Cuál fue su consejo?*" Respuesta: "*Dijimos a los clientes que había buenas razones de forma y de fondo, tanto desde el punto de vista de la competencia del tribunal como del debido proceso, para ir de queja, pero yo no puedo hacer que las empresas cumplan un fin público a un costo privado. El resultado era imprevisible, atendida la estructura del recurso. Justamente, porque la ley no se pone en el caso de que el tribunal rechace*". Énfasis y subrayado es nuestro. Disponible en http://www.capital.cl/ver_articulo.php?art_id=5196.

[6] Reemplazo a las Comisiones Preventivas Regionales, a la Comisión Preventiva Central y a la Honorable Comisión Resolutiva de Defensa de la Libre Competencia.

"1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos".

Ambos numerales dan cuenta de dos grandes campos en que se desenvuelve el TDLC.

En el numeral primero se consagra la atribución para que actúe como tribunal propiamente tal, ejerciendo facultades de naturaleza jurisdiccional. Ello significa que cuenta con facultades para conocer de un conflicto entre partes y para juzgar y declarar que situaciones de las que conoce son o no contrarias a la libre competencia. Al ser y actuar como tribunal tiene atribuciones para aplicar las sanciones que establece la ley.[7]

El conflicto intersubjetivo de carácter concreto y de relevancia jurídica se resuelve por medio de una sentencia que necesariamente ha de ser fundada y deberá enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia.[8]

La sentencia definitiva que dicte en el ejercicio de su función jurisdiccional será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, en la medida que imponga alguna de las sanciones que se contemplan en el artículo 26, como también será objeto del mismo recurso aquella que absuelva de la aplicación de dichas medidas.[9] Por aplicación de las normas generales de procedimiento, particularmente el inciso segundo del artículo 766 del Código de Procedimiento Civil (CPC), es nuestra opinión que la sentencia definitiva del TDLC es también susceptible de impugnarse por medio del recurso de casación de forma en la medida de que se configure alguna causal que lo haga

[7] El artículo 26 del DL N° 211, de 1973, en sus primeros tres literales dispone lo siguiente: *"En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo".*

[8] Véase artículo 26 del DL N° 211, de 1973.

[9] Véase nota anterior.

procedente.[10] Por las mismas razones adjetivas descartamos que sea procedente el recurso de queja. Dado que la Excma. Corte Suprema ejerce la superintendencia correccional sobre el TDLC, es también procedente la interposición en contra de los ministros del TDLC de la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja.[11]

Actuando en este ámbito de naturaleza jurisdiccional, es indiscutido que el TDLC podrá resolver en su sentencia –como una de las medidas que le autoriza el citado artículo 26– que se modifique o se ponga término a los actos, contratos o convenios que sean contrarios a las disposiciones de la ley. Dentro de ellos cabe incluir a los convenios de fusión.

De este modo, frente a una fusión que no ha sido consultada *ex ante*, no cabe duda que el TDLC podrá decidir y resolver en la sentencia que se le ponga término, prohibiéndola, si llega a la conclusión de que es lesiva al bien jurídico protegido "libre competencia".

Cabe recordar que una estructura productiva o empresa existe en la mayoría de los casos bajo la forma de algún tipo societario y el TDLC tiene además expresas atribuciones para ordenar la modificación o disolución de sociedades.

Como se sabe, la fusión como operación comercial siempre quedará revestida y se expresará bajo la forma contractual de algún tipo societario. Recuérdese que la ley comercial distingue sólo dos tipos de fusión.[12] La fusión por creación y la fusión por absorción. En ambos casos el resultado de la fusión se expresa siempre en un nuevo y concreto tipo societario. La fusión impropia la mencionamos aparte, ya que en nuestra opinión no es propiamente una fusión.[13] Pero en todo caso, incluso la fusión impropia se expresa siempre a través del algún tipo societario en particular.

En suma, es claro que el TDLC puede disponer en su sentencia que se ponga término a un convenio de fusión, prohibiéndolo, y ordenar la disolución de la estructura societaria resultante de la fusión.

---

[10] Cabe recordar que la primera oración del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales dice: "*El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...*".

[11] No debe olvidarse que el artículo 5 del DL N° 211, de 1973, señala que "*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*".

[12] Véase el artículo 99 de la Ley N° 18.046.

[13] Y no lo es al desaparecer el accionista o socio que vende o cede el 100% de sus acciones o derechos. Como lo dice el artículo 100 de la Ley N° 18.046, es de la esencia de la fusión que el accionista no pierda su condición de tal.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO BIBLIOTECA

También es indiscutido, al menos en nuestra opinión, que el TDLC, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional puede ordenar en la sentencia definitiva la división de una estructura productiva o empresa al estimar que tanto su existencia como sus actuaciones impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Esta es la hipótesis en que la unidad productiva, por efecto de su crecimiento concéntrico o natural, alcanza una envergadura tal que puede resultar lesiva y peligrosa para el funcionamiento competitivo del mercado.

Las razones dadas en los párrafos anteriores, en cuanto a que el TDLC tiene expresas atribuciones para ordenar la modificación o disolución de sociedades, forma contractual en que siempre se expresará el crecimiento natural de la empresa o unidad productiva o un convenio de fusión, son suficientes para avalar esta afirmación.

No nos parece válido el argumento de que el TDLC sólo tiene atribuciones para sancionar las conductas y no para entrometerse y castigar a las estructuras productivas; y que como consecuencia de ello el TDLC no tendría facultad para sancionar con "la división" a la unidad productiva o empresa.

Como se sabe, a partir de la redacción del actual artículo 3° y antiguo artículo 1° del DL N° 211, de 1973,[14] se ha sostenido por algunos que la legislación sobre defensa de la libre competencia sólo sanciona las conductas ejecutadas en el mercado y no a las estructuras; que sólo el "abuso" de posición dominante es sancionable y no la posición dominante propiamente tal. Que las estructuras por sí mismas son neutras y no dañan la competencia; que son sólo las conductas desplegadas por esas estructuras las que tienen un potencial dañino, por lo que sólo deben revisarse las conductas por ellas desplegadas, mas no así las estructuras.

[14] Dice el artículo 3° del DL N° 211, de 1973: "*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*
Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:
a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

Sin abundar mayormente en esta discusión, que es más bien de orden teórico, y en la perspectiva de pragmatismo que debe servir de guía a las decisiones del TDLC, lo cierto es que en nuestra ley positiva el TDLC tiene expresas atribuciones para modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley, y facultades claras para ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la ley de defensa de la libre competencia, sin perjuicio, además, de la facultad para adoptar las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Además una razón de sentido común lleva a desestimar la argumentación anterior. Las estructuras productivas son siempre dinámicas y van expresando sus decisiones comerciales mediante conductas, por lo que al no existir la estructura deja de existir el peligro de conducta lesiva al bien jurídico que tutela esta legislación. Las unidades productivas no son estáticas y sólo expresan su existencia cuando despliegan y ejecutan conductas. De este modo, una "*medida correctiva*" eficiente y funcional al fin de tutela de la libre competencia en los mercados, es sancionar con la división a la estructura societaria que con su existencia y conductas pone en riesgo de peligro de lesión al bien jurídico protegido.

Por consiguiente, el TDLC también puede ordenar en la sentencia definitiva la división de una empresa organizada como sociedad siempre que concluya que su existencia o actuaciones lesionan el bien jurídico tutelado.

En suma, es indiscutido, en nuestra opinión, que el TDLC, cuando actúa como órgano de naturaleza jurisdiccional, tiene plenas atribuciones para ordenar que se ponga término al convenio de fusión y a la estructura societaria resultante de la misma, prohibiéndola; y también tiene facultades para ordenar la división de una estructura societaria que por la envergadura que ha alcanzado, se presenta como un riesgo de lesión al bien jurídico tutelado por el DL N° 211, de 1973.

En el caso que motiva este comentario, de haberse materializado la operación sin haber formulado una consulta previa sobre la legalidad de la fusión ya acordada bajo condición por los accionistas controladores de ambas empresas, y ante el eventual requerimiento del Fiscal Nacional Económico (FNE) o la demanda de algún tercero afectado sosteniendo que tal acto era contrario a las normas de defensa de la libre competencia, el TDLC podría haber accedido a ella y resuelto en la sentencia definitiva poner término al convenio de fusión, prohibiéndolo, y ordenando la disolución de la estructura societaria resultante de la misma.

En este hipotético caso los afectados podrían haber impugnado la sentencia ante la Excma. Corte Suprema a través del recurso de reclamación que se consulta en el artículo 27 del DL N° 211, de 1973.[15]

II. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano administrativo consultivo preventivo o ad referéndum

Del numeral segundo del artículo 18 del texto refundido del DL N° 211, de 1973, se desprende también que el TDLC puede actuar como un órgano administrativo consultivo preventivo o ad referéndum.

En este ámbito el TDLC no actúa como tribunal ni ejerce jurisdicción. No resuelve un conflicto entre partes ni dicta sentencia, por la muy simple razón de que no existe contienda ni tampoco hay partes en controversia.[16]

Escapa al propósito de este comentario profundizar en la discusión sobre la posibilidad de que un tribunal pueda actuar como órgano administrativo consultivo y no como Tribunal propiamente tal. Somos de la opinión que ello es posible y que es perfectamente coherente con nuestro ordenamiento jurídico positivo la existencia de un tribunal que, aparte de la función jurisdiccional que desempeña, también cumpla con una función administrativa.

A esta función no se le puede denominar ni confundir con la jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

No es jurisdicción porque no concurre el objeto esencial de ella, como lo es el de resolver conflictos jurídicos. En esta función no hay litigio, no hay intereses contrapuestos que componer; no hay pretensión ni resistencia a ella. Actúa un "interesado" –no una parte– que presenta una "solicitud" –no una demanda– en que pide "para sí" o para la persona que representa –no contra otra parte– una determinada declaración que termina mediante una "resolución" y no con una sentencia.

Antes de la reforma de la Ley N° 19.911, de noviembre de 2003, esta facultad estaba radicada en las Comisiones Preventivas Regionales y en la Comisión Preventiva Central. No existía duda sobre la naturaleza administrativa de estas comisiones.

[15] En el caso que comentamos el FNE no presentó requerimiento ni ningún tercero presentó demanda, por lo que la consulta se tramitó de acuerdo con el procedimiento no contencioso que termino con una resolución y no con una sentencia. En el capítulo III de este comentario nos referiremos a las diferencias entre uno y otro procedimiento.

[16] El artículo 817 del CPC dice que son "*actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda entre partes*".

En el ejercicio de esta atribución actúa, por un lado, como órgano administrativo consultivo preventivo cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos.

Se trata de proyectos, esto es, de hechos, actos o convenciones aún no ejecutados que se consultan preventivamente ante el temor y la duda de que pudieran envolver situaciones contrarias a la libre competencia. Es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado.

De otro lado y también en el ejercicio de esta atribución, actúa como órgano consultivo ad referéndum cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso ya existentes, que pueden infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos ya ejecutados o celebrados. Es una especie de ratificación sobre la licitud del hecho, acto o convención que ya se ha materializado, pero igualmente se consulta para obtener el visto bueno del TDLC. Al igual que en el caso anterior, es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado.

En uno y otro caso el procedimiento que se debe seguir es el detallado en el artículo 31 del DL N° 211, de 1973, el que siempre terminará con una resolución y no con una sentencia.[17]

En ambos casos los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC eximen de responsabilidad –aquella que impone el DL N° 211– a quienes los ejecuten, entre tanto no hubiere un pronunciamiento diverso del Tribunal adoptado con nuevos antecedentes.

[17] El artículo 31 del DL N° 211, de 1973, dice: "*El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento: 1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes. 2) Vencido el plazo anterior, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro del plazo fatal de treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión. Si la materia se refiere, en especial, a una situación regional, la notificación también se practicará mediante otro aviso que se publicará en un periódico local. El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente. 3) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe. 4) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.*
Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación".

Dado que este procedimiento consultivo no termina con una sentencia, sino que con una resolución, descartamos que en este ámbito el TDLC pueda aplicar las sanciones que detalla el artículo 26 del DL N° 211, de 1973.[18]

Cuando el TDLC actúa como órgano administrativo sus atribuciones están precisadas en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del DL N° 211, de 1973.

En el primer artículo de la ley se anticipa que existirán sanciones –las indicadas en el artículo 26– para cuando actúe como órgano jurisdiccional y medidas correctivas y prohibitivas –las indicadas en los artículos 3°, 18 número dos y 31– para cuando actúe como órgano administrativo.[19]

En el actual artículo 3° del DL N° 211, de 1973, se faculta al TDLC para aplicar alguna de las sanciones señaladas en el artículo 26 de la ley, "*sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso*". En el número dos del artículo 18 se lo faculta para "*fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o convenciones.*". Y el artículo 31 dice que "*las resoluciones que fijen condiciones...*".

De lo anterior queda claro que el TDLC, cuando actúa como órgano administrativo, tiene, en primer lugar, amplias atribuciones para prohibir, esto es, para no autorizar aquellos hechos, actos o convenciones que aún no se han ejecutado y que se han consultado de modo preventivo. "*Prohibir*" significa "*vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa*". En rigor, el TDLC está habilitado para impedir la materialización de los hechos, actos, o convenciones envueltos en la operación consultada. Pero esta atribución del TDLC debe quedar acotada exclusiva y específicamente a los actos o convenciones implícitos en la operación consultada. No podría extenderse a otros hechos, actos o convenciones diversos de aquellos que fueron objeto de la consulta. Si ello ocurriera, se estaría vulnerado la garantía constitucional del numeral 21 del artículo 19 de la CPR.

Además, tiene atribuciones para corregir, esto es, para decidir bajo qué requisitos o condiciones deberán ejecutarse los hechos, actos o convenciones que se consultan de modo preventivo o bajo qué requisitos y condiciones

[18] Ver nota 7.

[19] Compartimos la opinión del profesor Domingo Valdés Prieto, para quien las medidas correctivas o prohibitivas a que se refiere este artículo solo están reservadas para cuando el TDLC actúa como órgano consultivo. "*En resumen, las denominadas medidas propiamente tales –esto es, las no contempladas por el art. 26 (sancionatorias) y tampoco por el art. 25 (cautelares)– no corresponden a una sanción o pena por la comisión u omisión de un injusto monopólico, sino que antes bien corresponden al resultado eventual de la actividad de la potestad pública consultiva, que es de orden administrativo y no jurisdiccional.*", en *Libre Competencia y Monopolio*, páginas 374 y 375, Editorial Jurídica de Chile, año 2006.

deberán continuar ejecutándose aquellos actos que ya se han materializado o ejecutado.

En la imposición de estos requisitos, es nuestra opinión que el TDLC queda sujeto a los límites que establece el numeral 26 del artículo 19 de la CPR, en términos de que las exigencias que impone deben ser razonables, realizables y cumplibles.

La resolución que pone término al proceso de consulta preventiva o ad referéndum es susceptible del impugnarse siempre por medio del recurso de reposición.

Adicionalmente, aquella resolución que autorice el acto consultado, sea en forma preventiva o incluso ad referéndum, y que imponga condiciones conforme a las cuales debe ejecutarse el acto o contrato consultado, es susceptible de impugnarse por medio del recurso de reclamación de que conoce la Excma. Corte Suprema.[20]

En estos casos lo que revisa el Máximo Tribunal son sólo las condiciones que fija el TDLC. No podría la Corte Suprema, en nuestra opinión, entrar a revisar el mérito o conveniencia de la decisión adoptaba por el TDLC, modificándola. No podría, por ejemplo, revocar la autorización para una fusión otorgada por el TDLC, prohibiéndola. Sólo puede revisar las condiciones que este último hubiere fijado para la ejecución de los actos o contratos autorizados; si tales requisitos o condiciones se ajustan o no a la garantía constitucional del numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica (CPR).[21] La competencia que se otorga a la Excma. Corte Suprema está concebida en protección del consultante, a fin de permitir que este pueda hacer revisar por el Máximo Tribunal si las condiciones y requisitos son o no posibles de cumplir.

El TDLC despeja el punto relacionado con la eventual vulneración del bien jurídico tutelado "libre competencia" que la ley coloca bajo su tuición; y la Excma. Corte Suprema, a partir de tal declaración que no puede modificar, asegura al consultante que el acto o contrato que le ha sido autorizado por no ser contrario a la libre competencia, podrá ser efectivamente ejecutado, ya que las condiciones y requisitos que le ha fijado el TDLC son cumplibles o realizables. Es también nuestra opinión que la Excma. Corte Suprema no podría agregar otros requisitos o condiciones diversos de los fijados por el TDLC o hacer más

[20] El mismo recurso de reclamación que se regula en el artículo 27 del DL N° 211, de 1973.

[21] Artículo 19, numeral 26, de la CPR: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*.

gravosos o exigentes los fijados por este último. Tampoco podría hacerlo si tal petición la formulará el FNE. Si así lo hiciera, entraría a pronunciarse acerca del mérito y conveniencia del acto o contrato consultado, lo que, como ya se dijo y es nuestra opinión, escapa a la competencia que la ley le reconoce.[22]

No debe olvidarse que en este ámbito el TDLC actúa como órgano administrativo y que el acto mismo del Tribunal, sea el que autorice o rechace la operación consultada, no es posible de revisar por la Excma. Corte Suprema.

Tanto la resolución que autoriza el acto pura y simplemente, sin imponer requisitos o condiciones, como aquella que no lo aprueba o lo rechaza, no son susceptibles de impugnarse a través del recurso de reclamación antes indicado.

Ello, por las mismas razones comentadas en los párrafos anteriores, en cuanto a que en estos casos el TDLC sólo actúa como órgano administrativo y la competencia otorgada a la Excma. Corte Suprema sólo le permite revisar si los requisitos o condiciones impuestas a un acto o contrato en particular son realizables y compatibles con el derecho a desarrollar tal acto o contrato, que previamente ha sido declarado conforme con la libre competencia por el TDLC.

Como en estos casos no hay requisitos ni condiciones, ya que el acto no ha sido aprobado o ha sido autorizado pura y simplemente, la Excma. Corte Suprema nada tiene que revisar.

En estos casos tampoco procede el recurso de queja ni ningún otro recurso jurisdiccional, ya que aquí el TDLC actúa como órgano administrativo y no como tribunal propiamente tal, ejerciendo jurisdicción. Sí es procedente la interposición de la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja, en contra de los ministros del TDLC que hubieran concurrido con su voto a la resolución objetada.

Es nuestra opinión que la única forma de impugnar la resolución del TDLC por medio de la cual no se aprueba el hecho, acto o convención consultado es mediante el recurso de protección. Se trata de un acto emanado de un órgano administrativo que puede ser ilegal o arbitrario, según sea el caso, como lo puede ser cualquier otro acto emanado de órganos que no actúan en el ejercicio de la jurisdicción.

[22] Aunque parezca extraño, la FNE podría estar interesada en impugnar la autorización a una fusión otorgada pura y simplemente por el TDLC, sin fijarle condiciones. No tiene recurso para ello. La vía de que dispone es oponiéndose a la fusión mediante un requerimiento, lo que transforma en contencioso el procedimiento y permite la impugnación de la sentencia mediante el recurso de reclamación.

El fundamento de la acción constitucional será la violación de las garantías que se amparan mediante el recurso en cita, pero claramente las garantías posiblemente afectadas dirán relación con aquellas que se regulan en los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR.

De este modo, en el caso que motiva este comentario, la resolución del TDLC que no dio lugar a la fusión consultada no era susceptible de impugnarse a través de algún recurso jurisdiccional, como el de queja, casación de forma o reclamación. Sólo pudo deducirse la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja, con los limitados y casi nulos efectos que ello pudo producir. Además, se pudo presentar un recurso de protección, por la eventual violación a las garantías constitucionales amparadas especialmente en los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR.

En suma, cuando el TDLC actúa como órgano administrativo tiene atribuciones para prohibir el hecho, acto o convención consultado; tiene también atribuciones para establecer los requisitos y condiciones conforme a los cuales deberá ejecutarse el acto, hecho o convención consultado. Si prohíbe o autoriza el hecho, acto o convención, aparte de la queja disciplinaria, podrá impugnarse tal resolución mediante el recurso de protección; si autoriza el hecho, acto o convención fijando requisitos y condiciones conforme a los cuales se permite, procede el recurso de reclamación, quedando la competencia de la Excma. Corte Suprema limitada sólo a revisar los requisitos o condiciones bajo los cuales fue autorizado el hecho, acto o convención.

III. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que inicia un procedimiento no contencioso como órgano consultivo preventivo o ad referéndum y lo termina como órgano jurisdiccional

Como se ha visto en lo que antecede, los dos primeros numerales del artículo 18 del DL N° 211, de 1973, contemplan diversos ámbitos en que puede actuar el TDLC. En el primero se le reconoce su facultad jurisdiccional y en los artículos 19 a 29 del cuerpo legal en cita se establece el procedimiento que se deberá seguir para conocer de los asuntos contenciosos de que conozca como tribunal. En el numeral segundo se lo reconoce como órgano administrativo consultivo y en los artículos 31 y 32 del mismo cuerpo legal se estable el procedimiento que se deberá seguir para conocer de estos asuntos de carácter no contencioso.

Pero puede darse el caso que se presenten consultas y demandas o requerimientos que se refieran a unos mismos hechos, actos o convenciones, circunstancia que podría dar lugar a procedimientos paralelos y a decisiones contradictorias.

Tal situación fue regulada por un auto acordado (N° 5/2004) aprobado por el TDLC con fecha 22 de julio de 2004.[23]

En síntesis, en éste se dispuso que si se inicia el procedimiento contencioso por demanda o requerimiento no podrán las partes o terceros con posterioridad iniciar el procedimiento de consulta o no contencioso sobre iguales conductas referidas a los mismos hechos, actos o convenciones; que si se inicia el procedimiento de consulta no contencioso con relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste al procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 a 29 del DL N° 211, de 1973;[24] y, si se formula consulta al TDLC en procedimiento no contencioso sobre hechos actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, no será posible con posterioridad entablar demanda o requerimiento en relación con los mismos hechos.[25]

De este modo, si el conocimiento del TDLC se inicia bajo el procedimiento de consulta no contencioso, y no media oposición de tercero o del FNE, el TDLC conocerá como órgano administrativo consultivo y tendrá las atribuciones que se describieron en el número anterior.

Por el contrario, si iniciado el procedimiento de consulta no contencioso se presenta demanda de un tercero o requerimiento del FNE, o sea, media oposición de legítimo contradictor, el TDLC conocerá y resolverá como órgano de naturaleza jurisdiccional contando con todas las atribuciones que se indicaron en el numero I) anterior.

En el caso que motiva este comentario, se inició el procedimiento de consulta o no contencioso sin que mediara oposición de legítimo contradictor. No hubo demanda de terceros ni requerimiento del FNE.

---

[23] En autos AD-506-2004 se impugnó ante la Excma. Corte Suprema la facultad del TDLC para dictar este auto acordado. Por sentencia de 18 de octubre de 2004, la Excma. Corte Suprema declaró la extemporaneidad de la presentación.

[24] "*La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado*", dice el número 2 del auto acordado.

[25] "*En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado. Si igualmente se presentare demanda o requerimiento, ésta se mandará agregar a los autos no contenciosos y se tendrá como antecedente para las resoluciones que dicte el Tribunal en dicho proceso*", dice el número 3 del auto acordado.

Por consiguiente, el TDLC actuó como órgano administrativo consultivo preventivo ejerciendo las atribuciones de que es titular en ese ámbito de competencia y que son las indicadas en el número que antecede.

IV. Conclusiones

1. El TDLC actúa en dos ámbitos diferentes. Como tribunal propiamente tal y como órgano administrativo consultivo.

2. Actuando como tribunal, ejerce jurisdicción y dicta sentencia. En ésta puede ordenar que se ponga término al convenio de fusión y a la estructura societaria resultante de la misma, prohibiéndola; también puede ordenar la división de una estructura societaria que por la envergadura que ha alcanzado, se presente como un riesgo de lesión al bien jurídico tutelado por el DL N° 211, de 1973.

3. En contra de la sentencia definitiva proceden los recursos de casación de forma y de reclamación que conoce y falla la Excma. Corte Suprema. No procede el recurso de queja. Sí es procedente la queja disciplinaria en contra de los Ministros del TDLC.

4. Actuando como órgano administrativo consultivo, pronuncia resoluciones que no son de naturaleza jurisdiccional ni que pueden ser calificadas como de jurisdicción no contenciosa. En este ámbito puede adoptar medidas correctivas o prohibitivas como la de no aprobar fusiones, prohibiéndolas, si actúa de modo preventivo o *ex ante*, u ordenar la división de la estructura resultante de una fusión, si sólo se le consulta *ex post*. También puede no aprobar la operación consultada o aprobarla bajo la exigencia de que se someta a los requisitos y condiciones que le fije el mismo TDLC.

5. La resolución que aprueba una operación consultada y le impone condiciones es susceptible de revisarse por la Excma. Corte Suprema a través del recurso de reclamación, sólo en aquella parte que se refiere a las exigencias y requisitos que deben ser cumplidos por el consultante que quiera ejecutar la operación, todo ello a través del recurso que expresamente se consulta en el artículo 31 del DL N° 211, de 1973. Es procedente la queja disciplinaria en contra de los ministros del TDLC.

6. Tanto la resolución que autoriza pura y simplemente la operación como aquella que no la autoriza, dado que no es de naturaleza jurisdiccional y no tiene consultado un recurso en la ley, no puede ser impugnada a través del DL N° 211, de 1973. Sólo podría impugnarse mediante un recurso de protección,

de estimarse que la actuación es ilegal al no tener el TDLC facultades para rechazar una operación o que la decisión es arbitraria. Es procedente la queja disciplinaria en contra de los ministros del TDLC.

7. En el caso en comentario, dado que el TDLC actuó sólo como órgano administrativo consultivo y no autorizó la operación consultada, la misma sólo pudo ser impugnada mediante un recurso de protección, invocando como infringidas las garantías de los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR. No era procedente el recurso de queja ni el de reclamación que regula el artículo 27 del DL N° 211, de 1973. Sí la queja disciplinaria a que se refiere el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja.

Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos

COMENTARIO:

María Fernanda Juppet Ewing[1]
Profesora de Derecho Económico
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
Profesora Auxiliar de Derecho, Economía y Mercado
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

"Los seres humanos piensan, hablan, crecen, adoran a Dios, enseñan, opinan, se expresan y, como culminación de su proceso de pensamiento libre actuando en sociedad, piden, solicitan, se dirigen a quienes ejercen potestades planteando sus ideas y puntos de vista sobre asuntos públicos y privados".

Enrique Evans de la Cuadra

Antecedentes del derecho a litigación

El derecho a litigar ha sido consagrado en las Constituciones Políticas chilenas en su espíritu desde el año 1818, con la dictación de nuestra primera Constitución, pero no es sino en la Constitución del año 1823 que se hace un reconocimiento expreso a dicha garantía, al establecer en su artículo 118, ubicado en el Título XII "Del poder judicial", que: "Es libre el derecho individual de presentar peticiones ante las autoridades constituidas, sin que puedan limitarse ni modificarse, procediendo legal y respetuosamente".[2] De tal manera que se admite la interposición de presentaciones o solicitudes ante las autoridades que la ley determine, mientras dichas solicitudes sean interpuestas cumpliendo con dos requisitos copulativos, de carácter netamente formal, en primer lugar que sean interpuestos mediante el procedimiento determinado por la ley, y, en segundo lugar, que dicha solicitud sea planteada en términos respetuosos.

[1] Master en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Chile.
Master Mades en Administración de Empresas de Economía Social, Universidad de Valencia, España (c).

[2] Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre del año 1823, página 11, artículo 118.

Este principio es reafirmado en la Constitución del año 1828, donde se incorpora por primera vez en nuestro país un acápite especial destinado a desarrollar los derechos individuales del hombre, siendo el primero de dichos derechos aquel que señala que: "La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones".[3] Es importante recalcar que a principios del siglo XIX no se había realizado una distinción clara entre el derecho de petición y el derecho de litigación, siendo ambas expresiones sinónimas utilizables para referirse al planteamiento de un problema puntual a la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

En el mismo tenor, la Constitución del año 1833 rescata y amplía esta garantía constitucional, al indicar en su artículo 12: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, N° 6: "El derecho de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés general del Estado, o de interés individual, procediendo legal y respetuosamente".[4] Si es que observamos cuidadosamente, la norma del año 1828 y la de 1833 son casi idénticas, excepto por el hecho de que en la Constitución de 1833 se reconoce la existencia de la acción pública "por motivos de interés general del Estado", permitiendo a los habitantes de la República denunciar aquellos ilícitos que pudieran afectar directamente al Estado, como asimismo aquellas circunstancias de interés particular.

Esta garantía es incorporada en idénticos términos en la Constitución del año 1925.

No es la intención del presente artículo cuestionar la existencia de este derecho constitucional, ni en su variante de presentación de recursos judiciales, ni de interposición de solicitudes ante la autoridad administrativa, ya que resulta evidente la necesidad de garantizar a cualquiera que se sienta vulnerado en sus derechos la facultad de acudir ante el tribunal jurisdiccional o la autoridad administrativa competente para el restablecimiento del Estado de Derecho.

Con todo, el derecho a litigar presenta algunas limitaciones de acuerdo a la legislación vigente y a los principios generales del derecho. Es así como no será lícito litigar abusando del derecho invocado, mediante una conducta que contradiga los actos propios, ni ejerciendo una conducta contraria a la libre competencia.

[3] Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de agosto de 1828, página 3, Capítulo III, "Los derechos individuales", artículo 10.

[4] Constitución Política de la República de Chile, año 1833, Capítulo V "Derecho público de Chile". artículo 12, página 3.

I. Teoría del abuso del derecho

Ha generado acuerdo en la doctrina que es posible la utilización maliciosa de un derecho, es más, "todos los autores franceses, como Planiol, Colin y Capitant, Demogue y Josserand, han estado de acuerdo en que existe un ejercicio abusivo de un derecho cuando se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro, o sin que a su titular reporte utilidad alguna".[5]

Es así como podremos determinar el abuso o no de un determinado derecho, basados en dos elementos principales:

(i) Que el ejercicio del derecho en cuestión genere daño a un tercero.

Es importante considerar que la limitación en el ejercicio de un derecho no se encuentra dada por un azar o por la imposición de un tercero, sino que por las propias normas sociales de la comunidad en la cual se desarrollen las acciones que lo contrarían, de tal manera que la calificación de ilícito, que puede llegar a revestir el ejercicio de un derecho propio, se encuentra dada por el daño que dicho ejercicio origine a un tercero.

(ii) La utilidad que el ejercicio de dicho derecho otorga a su titular.

Con todo, no es suficiente que el ejercicio de un derecho dañe a un tercero para que nos encontremos frente al abuso del derecho, sino que es necesario que concurra un segundo requisito copulativo a esta teoría, es necesario que el ejercicio de este derecho genere para su titular una utilidad. Sin embargo, dado que nos encontramos en una sociedad organizada, la calificación, o más bien, la cuantificación de esta utilidad no será determinada por un criterio cualquiera, sino que deberá ser determinada por los tribunales de justicia en razón de que el ejercicio de dicho derecho le produzca (o no) a su titular una utilidad comparable con el daño ocasionado a un tercero.

Siguiendo al profesor Moisset de Espanés, debemos distinguir entre distintas concepciones de abuso del derecho: "Dos son principalmente las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar "subjetivos", que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo "objetivo", tiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden estos fines".[6]

[5] Illanes Ríos, Claudio; *El abuso del derecho*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005. página 80.
[6] Moisset De Espanés, Luis; *El abuso del derecho*, página 4.

En el caso del abuso del derecho como conducta anticompetitiva podemos indicar que es indiferente la concepción a la que nos adhiramos, dado que, si estamos de acuerdo con la doctrina subjetiva, y podemos calificar de abusiva una conducta que implique un actuar doloso o culposo del sujeto, el cometer un ilícito de libre competencia, mediante cualquier tipo de conducta, es catalogable al menos de culposo.

Si, por otra parte, acordáramos aplicar la visión objetiva del abuso del derecho, deberíamos llegar a la conclusión de que cualquier acto que venga en restringir, limitar, entorpecer o impedir la libre competencia, se encontrará fuera de los fines tenidos en vista por el legislador a la hora de consagrar un determinado derecho, dado que la consagración de la libre competencia en los mercados es, asimismo, un bien jurídico protegido por el legislador. Tanto en cuanto al legislador le agrada la existencia de competencia en los mercados por el sinnúmero de beneficios que dicha competencia implica para sus habitantes.

II. Doctrina de los actos propios

La coherencia de los actos ejecutados por el titular de un derecho es una característica exigida por la doctrina del derecho civil desde los tiempos del derecho romano, convirtiéndose en una verdadera limitación al ejercicio de un derecho lícito. En palabras de Moisset De Espanés: "Una de ellas es la regla que establece que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, la que desde muy antiguo se ha expresado en la máxima "*Venire contra factum proprium non valet*".[7]

Es importante internalizar que en derecho los sujetos no actúan de manera incausada, y por tanto deberán actuar siguiendo ciertos principios lógicos, persiguiendo determinados fines, y sobre todas las cosas, actuando en forma coherente con las acciones anteriormente desplegadas.

El derecho subjetivo, reconocido por el ordenamiento jurídico, tiene como finalidad principal, por una parte, una función económica y social, finalidad que justifica la existencia de dicho derecho, consagrando el bien jurídico protegido por su existencia. De tal manera que el ejercicio de un derecho lícito se torna en ilícito cuando se encuentra encaminado a generar un daño para un tercero ajeno a la relación jurídica objeto de análisis. "El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido su titular,

[7] Rodriguez Q., Ambrosio; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 63.

sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico".[8]

III. Libre competencia

(i) Antecedentes generales del caso Sal Lobos S. A.

El caso denominado "Compañía Minera Cordillera S.A." contra "SPL o Punta de Lobos", seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, es iniciado el día 02 de julio del año 2003, por la denuncia realizada por Compañía Minera Cordillera S.A., en contra de Punta de Lobos, dado que ambas compañías se dedicaban a la extracción, exportación y comercialización de sal a nivel internacional, particularmente en el mercado de sal a granel, destinado al deshielo de caminos. Las actividades de explotación de ambas empresas se encuentran ubicadas en la Región de Tarapacá, en el Norte de Chile. Respecto de este mercado relevante podemos establecer como hechos acreditados que la única forma de transporte que hace atractivo el desarrollo del negocio es el flete marítimo.

Al efecto, en la zona de Tarapacá existe sólo un puerto habilitado para el flete de sal a granel, denominado Puerto Patillos, el cual es de propiedad de la empresa Punta de Lobos, dado que el otro puerto de la zona, Puerto Patache, perteneciente a la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA), sólo ha sido autorizado para la operación de un muelle multipropósito para la descarga de carbón y ácido sulfúrico, aun cuando, al momento de la presentación de la denuncia, se había solicitado la ampliación de dicho propósito a la Subsecretaría de Marina.

En el año 2001, ENDESA convocó a una licitación privada para la enajenación del Puerto Patache y su respectiva concesión marítima, proceso en el que participaron tanto Punta de Lobos como Cordillera. Es importante considerar que de haber tenido éxito las pretensiones de Punta de Lobos en lo referente a la adjudicación del Puerto Patache a su favor, se habría convertido en un monopolista de todos los puertos de la zona. Dicha licitación en definitiva fracasó, tras lo cual Cordillera comenzó una serie de conversaciones privadas para la suscripción de un contrato de promesa de compraventa sobre el Puerto Patache.

[8] Rodriguez Q., Ambrosio; citando a Luís Diez-Picazo; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005. página 63.

Tras la suscripción de dicho contrato de compraventa Punta de Lobos inició, de acuerdo a lo denunciado por Cordillera, "Una agresiva campaña judicial y administrativa" en contra de la denunciante, compuesta de las siguientes acciones:[9]

a) Solicitud de caducidad de la concesión marítima de ENDESA sobre Puerto Patache ante la Subsecretaría de Marina y ante el 30° Juzgado Civil de Santiago (08 de agosto de 2002). Dicho juzgado civil ordenó la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de la concesión de Endesa sobre Puerto Patache.

b) Demanda de ineficacia del acto por medio del cual se rechazaron todas las ofertas en la licitación de Puerto Patache, de cumplimiento forzoso del contrato de licitación privada y, por ende, de adjudicación de este puerto ante el 8° Juzgado Civil de Santiago (09 de enero de 2003).

c) Demanda de nulidad de derecho público del D. S. N° 139-2002 de la Subsecretaría de Marina, que amplía al embarque de sal la concesión marítima del Puerto Patache, ante el 21° Juzgado civil de Santiago (03 de febrero de 2003). Dicho juzgado decretó como medida precautoria la suspensión de los efectos del decreto impugnado, el que se encontraba en trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República de Chile.

d) Solicitud de otorgamiento de una nueva concesión marítima sobre Puerto Patache ante la Capitanía del Puerto. Esta solicitud fue rechazada por superponerse a la existente de que es titular ENDESA.

A primera vista podríamos pensar que la actuación de Punta de Lobos es lícita, dado que quien ejerce su derecho a litigar a nadie agravia. Y en principio estaríamos en lo correcto, pero tras una segunda lectura de las acciones deducidas podemos llegar a la conclusión de que dichas acciones no se encontraban encaminadas a la defensa de un determinado derecho, y que por tanto Punta de Lobos no estaba protegiendo su patrimonio mediante el ejercicio de este sinnúmero de acciones, sino que buscaba un resultado diverso mediante la interposición de todas las demandas antes citadas. Es más, si revisamos la naturaleza jurídica de las acciones deducidas, no podemos sino concluir que su ejercicio es altamente contradictorio, dado que no es admisible, tras un razonamiento basado en la lógica jurídica, que una misma persona demande a la vez:

1. La caducidad de una concesión portuaria.

2. La adjudicación de dicha concesión portuaria vía licitación privada.

[9] Sentencia N° 47/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, dictada en Santiago el día 05 de diciembre del año 2006, páginas 2 y siguientes.

3. La adjudicación de dicha concesión portuaria por vía administrativa.

4. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre el puerto objeto de la concesión.

5. La nulidad del decreto que permite usar el mismo puerto objeto de todos los juicios anteriores para el giro del negocio del demandante en todos esos juicios.

Por el contrario, la lógica indica que el camino natural era pedir la caducidad de la concesión portuaria de ENDESA y la adjudicación de una nueva concesión portuaria por vía administrativa.

(ii) El hostigamiento judicial como figura de competencia desleal

Se ha determinado por la doctrina que una de las formas más sencillas de evitar que un nuevo competidor ingrese en el mercado se encuentra dada por el despliegue de conductas tendientes a aumentar deliberadamente la estructura de costos de la competencia, de tal manera que estos nuevos costos no puedan ser absorbidos por la empresa víctima a fin de que, tras la inclusión de dichos costos, el negocio que en principio resultaba rentable, pierda parte o la totalidad de sus atractivos comerciales.

Es importante considerar que un supuesto básico para lograr este objetivo es que la empresa que ejecuta la conducta tenga poder de mercado, de tal manera que las prácticas exclusorias por ella desplegadas causen efectos en el mercado relevante objeto de la conducta. En opinión del profesor Coloma "... son conductas que implican intentos de excluir competidores para lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer el poder de mercado, y pueden llevarse a cabo de diversas maneras... Los dos tipos principales de prácticas horizontales exclusorias tienen que ver con la obstaculización del acceso al mercado de competidores potenciales y con la depredación de competidores existentes".[10]

Por lo tanto, es dable dividir estas conductas exclusorias en dos grupos. En un primer grupo se reúnen aquellas que tienen por propósito la depredación de competidores existentes, y en un segundo grupo e reúnen aquellas que tienen por finalidad obstaculizar el acceso al mercado de competidores potenciales.

Pero el ejercicio de este tipo de conductas no es tan sencillo como podría parecer en un primer análisis, dado que la institucionalidad de la libre com-

[10] Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia", página 1.

petencia chilena hoy se encuentra dotada de amplios poderes de investigación, pudiendo la Fiscalía Nacional Económica instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pudiendo requerir a dichas empresas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando constate que los hechos, actos o convenciones desplegados por la empresa investigada resultan contrarios a la libre competencia.

Con todo, el lícito derecho a litigación, consagrado legal y constitucionalmente en nuestro país, está siendo desnaturalizado por diversas empresas, las cuales, con la finalidad de aumentar los costos a su competencia, han optado por iniciar una serie de pleitos legales, medianamente plausibles y, a veces, incluso, la interposición de acciones incompatibles con la mera finalidad de aumentar los gastos de sus competidores, a fin de distorsionar su estructura de costos y hacer imposible su permanencia en el mercado.

De tal manera que, mediante el despliegue de conductas predatorias, se puede eliminar o al menos retardar el ingreso de competencia a un mercado determinado. Podemos entender por predación: "Aquel comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para así incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas".[11]

De tal manera, el incurrir en gastos innecesarios en asesoría legal y administrativa, a fin de generar conflictos innecesarios para su competencia, intervenir en sus procesos no contenciosos, denunciar potenciales infracciones a fin de forzar fiscalizaciones gubernamentales sobre sus procesos productivos, se transforman en conductas que, en principio, significan pérdidas para quien despliega dichas conductas, pero, en el mediano y largo plazo, pueden llegar a eliminar al competidor objeto de dichas conductas, como veremos más adelante.

En este contexto, la predación por la vía de utilizar el aparato gubernamental y judicial no es una conducta extraña en derecho comparado, "la predación por abuso de procedimientos gubernamentales, incluyendo en ellos los procedimientos administrativos y judiciales, presenta una amenaza a la competencia que se ha incrementado en los últimos tiempos. La legislación de defensa de la libre competencia está comenzando a alcanzar dichas con-

[11] Grau Arnau, Susana; Merino Castelló, Anna; "Precios predatorios: Analisis legal y económico"; 29 de junio de 2005, página 2.

ductas, pero aún no se ha determinado el criterio que el gobierno asumirá en este tema".[12]

Es así, como, tanto las acciones judiciales ante los tribunales de justicia, como las solicitudes reclamables ante la Administración del Estado pueden convertirse en herramientas para el desarrollo de este tipo de conductas predatorias.

El profesor Robert Bork ha logrado determinar cinco factores que nos permiten distinguir cuándo un actor de mercado al ejercer un derecho propio se encuentra desarrollando una conducta lícita, y cuándo, mediante el despliegue de dicha conducta realiza un ilícito contra la libre competencia, al indicar: "los siguientes cinco factores pueden parecer predominantes dentro de aquellos que determinan la intención impropia de utilizar los poderes coercitivos del aparato estatal para fines incorrectos: (1) la intención de las partes; (2) los medios empleados; (3) el carácter de los procedimientos gubernamentales involucrados; (4) el tipo de decisión que debe ser tomada; y (5) el grado en el que el procedimiento se focaliza respecto de las normas generales sobre los derechos y obligaciones de las partes involucradas. Estos cinco factores necesitan enfocarse hacia las pérdidas que puede ocasionar un determinado resultado en el caso particular".[13]

Es así como se erige la figura anglosajona de "*Sham litigation*", o "litigación por engaño", esta institución consiste en interponer acciones judiciales o gubernamentales, que, en principio, no necesariamente se encuentren encaminadas a un resultado positivo para la parte que la invoca, sino que sólo tiene por finalidad entorpecer el normal desarrollo de la actividad comercial de la víctima de dichas acciones. Es decir, nos encontraremos frente a un caso de litigación por engaño en aquellos casos en que una empresa obtenga mediante la interposición de una demanda o solicitud administrativa el entorpecer la actividad comercial de un competidor, dificultando la libre competencia, mediante el ejercicio de derechos sin mayor probabilidades de resolución favorable.[14]

[12] "Predation by abuse of governmental procedures, including administrative and judicial processes, presents an increasingly dangerous threat to competition. Antitrust law is beginning to catch up with it, but the criteria that are to govern this field are not yet formulated". Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, página 347.

[13] "The following five factors would appear to be prominent among those which should determine the liability of persons charged with improper attempts to employ the coercive powers of government for wrongful ends: (1) the intent of parties; (2) the means employed; (3) the character of the governmental process involved; (4) the character of the decision to be made; and (5) the degree to which the process focuses upon the formulation of general rules or upon the specific rights or liabilities of particular parties. These five factors need point to liability for that to be the proper result in a particular case". Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: Predation through governmental processes, The Free Press, United States of America, 1993, page 357.

[14] PRE, 113 S.Ct at 1928, 26 USPQ at 1646.

De tal manera que, dependiendo el tipo de acciones interpuestas por la empresa predatoria, podemos distinguir dos objetivos principales originados por este tipo de conductas:

a) Aumentar los costos de la compañía entrante en el mercado

Por regla general, esta subconducta corresponde a reintentar acciones de carácter judicial o administrativo, de carácter contencioso, las cuales pueden llegar a configurar incluso acciones incompatibles entre sí, buscando mediante su interposición incrementar los costos de las empresas rivales cerrando de manera práctica el mercado donde han consagrado su posición dominante. "El incremento de costos de los rivales es un ejemplo de lo que la literatura jurídica sobre competencia denomina "cierre de mercado" (*foreclosure*), y que es visto en general como un problema que ciertas relaciones verticales le crean al ingreso de nuevas empresas a los mercados".[15]

"Es necesario tener en consideración dos puntos respecto a esta subconducta. Primero, las empresas nuevas, por regla general, no cuentan con una estructura jurídica estable dentro de su planta de trabajadores, que les permita hacer frente a un gran número de acciones judiciales interpuestas en su contra. Asimismo, les resulta imposible, por razones de capacidad económica, tercerizar dichas demandas mediante la contratación de un estudio jurídico externo, dados los precios de mercado de este tipo de asesoría. En segundo lugar, no cuentan con una presencia en el mercado que les facilite la generación de pruebas, debiendo contratar costosos peritajes externos, los cuales significan una importante distracción de recursos, los cuales en principio debieran haber sido aplicados al desarrollo de su giro.

Los argumentos basados en el concepto de incremento de los costos de los rivales sirven para explicar tanto prácticas horizontales como prácticas verticales destinadas a excluir competidores, como también para ciertas fusiones y adquisiciones. El razonamiento de este tipo de teorías va inclusive más allá del análisis de las prácticas propiamente exclusorias, ya que en muchos casos incrementar los costos de los rivales puede ser rentable aunque dichos rivales permanezcan en el mercado".[16]

Es así como podemos distinguir dos efectos deseados por medio de esta conducta. Por una parte se encuentra la eliminación de un nuevo rival, el cual dados

[15] Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Integración y contratos verticales entre empresas", página 10.
[16] Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia", página 3.

los costos de puesta en marcha de la empresa, más los costos de las defensas judiciales y administrativas, no será capaz de mantenerse en el mercado por un plazo tal que haga rentable su actividad, debiendo desistir al corto plazo de su intención de permanecer en un determinado mercado, o en segundo lugar, si bien los rivales permanecen en el mercado, su estructura de costos se encuentra alterada, y por lo mismo, los precios de sus productos serán mayores que si la empresa no debiera incurrir en los costos de defensas judiciales y administrativas. En este caso, la empresa que ejecuta conductas contrarias a la libre competencia se ve nuevamente beneficiada por los efectos de su conducta, ya que si bien no ha logrado eliminar su rival, de todas formas se ve dotada de una ventaja comparativa en su estructura de costos, de tal manera que su posición dominante se verá reforzada por precios más competitivos que los de sus rivales. Precios que reflejan los efectos de la conducta anticompetitiva desplegada por la empresa dominante en el mercado.

b) Entrabar la actividad económica del nuevo competidor

Una compañía debe, necesariamente, al momento de ingresar a un nuevo mercado, soportar ciertas pérdidas económicas hasta lograr un determinado posicionamiento de mercado, y, finalmente, generar utilidades. Si a esto le añadimos el hostigamiento judicial como conducta contraria a la libre competencia, se generan nuevos costos para el competidor entrante, de tal manera que sus pérdidas se agravan, y el momento de percibir utilidades se dilata en el tiempo, es así como, en definitiva se logra entrabar el libre ingreso de un nuevo competidor.

Por tanto, se puede lograr el efecto de entrabar la actividad económica de un nuevo competidor por dos vías distintas:

a) Retardando la entrada de un nuevo competidor

Mediante la interposición de acciones judiciales y administrativas como táctica empresarial, se podrá retardar la consecución de permisos de operación o del otorgamiento de autorizaciones administrativas o judiciales para el ejercicio de una determinada actividad económica. Este tipo de acciones tiene por finalidad el retardar la puesta en marcha de un rival en el mercado, pero no necesariamente el impedir el acceso del rival en forma definitiva. Por ejemplo, en el caso de una industria el interponer recursos administrativos en contra de la resolución que acepta la "Declaración de Impacto Ambiental" de una determinada industria, no tiene por finalidad necesariamente la negativa permanente de la Administración para que dicha industria opere en el mercado, pero probablemente retardará varios meses la entrada de este nuevo rival.

Es interesante recalcar que en el caso de esta subconducta puede ser utilizada en contra de todo tipo de empresas, sin importar su tamaño o respaldo financiero, dado que el retardo provocado afectará por igual, al menos en ciertos plazos mínimos, la entrada del rival al mercado. Es cierto que las empresas "pequeñas" podrían sufrir efectos mayores, tales como la imposibilidad de sostenerse en el mercado. Pero la utilización de la litigación como un elemento retardador en la entrada de un rival al mercado afectará igualmente a rivales importantes, dado que los plazos mínimos para la resolución de conflictos judiciales y administrativos no podrán ser acelerados más allá de aquellos plazos que correspondan al rival afectado, siendo difícil el evitar la dilación del proceso judicial o administrativo del competidor dominante que ha interpuesto los recursos.

"Quien despliega una conducta predatoria no espera, necesariamente, impedir el ingreso de un nuevo competidor al mercado. La litigación falsa entonces se convierte en una táctica útil en contra cualquier tipo de competidor, sin importar determinadas reservas, dado que puede ser rentable asumir el precio de la litigación para generar un retardo de uno o más años de la entrada de un rival en un mercado lucrativo. En estos casos, la predación exitosa no requiere que quien despliega la conducta pueda imponer costos mayores a la víctima, sino que basta que los costos generados se originen en áreas en que quien despliega la conducta tenga reservas superiores a las que posee la víctima. Ninguna otra técnica de predación logra escapar a todos estos requerimientos, y los hechos indican que tanto el daño como la probabilidad de éxito incentivan el mal uso de los procedimientos gubernamentales".[17]

b) Aumentando los costos del nuevo competidor

Si bien es cierto que ambos competidores tendrán que enfrentar costos legales similares, existen dos diferencias principales entre aquel que se ha instalado en el mercado y quien ingresa por primera vez al mismo. Quien ya se encuentra asentado en el mercado está en una etapa de producción, por tanto, se encuentra generando utilidades, asimismo, como sus procesos productivos están en desarrollo, los costos de prueba que deberá asumir en caso de litigio son menores, dado que tiene pleno conocimiento de los procesos productivos y del mercado en el cual se desenvuelve. El nuevo competidor, por regla

[17] "The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry to a lucrative market. In such cases, successful predation does not require that the predator be able to impose larger costs on the victim, that the predator have greater reserves than the victim. No other technique of predation is able to escape all of these requirements, ant that the fact indicates both the danger ant the probability of predation bay misuse of governmental processes.". Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, páginas 347 - 348.

general, al estar recién incorporándose en un mercado determinado, no se encuentra en pleno desarrollo productivo, por lo que sus pérdidas iniciales se ven multiplicadas por los gastos de litigio, además si es que se orienta el ataque judicial a empresas de menor envergadura, tenderá a agotar sus recursos en la defensa judicial.

"Como técnica predatoria, la litigación por engaño es teóricamente una de las más prometedoras. La litigación frente tanto a una agencia gubernamental como a un tribunal, puede comúnmente ser utilizada con la excusa de que gastos de litigación serán equivalentes para ambas partes. Incluso si, como es usual, la víctima que quiere ingresar al mercado pretende presentar pruebas, la litigación puede convertirse en un importante gasto, no tanto en los gastos de defensa legal ni en los costos directos de la interposición de dichos recursos, sino que por los costos involucrados en la desviación de tiempo de los ejecutivos de la empresa y la interrupción de las actividades regulares de la organización. Por su parte, a la empresa que despliega las conductas destinadas a evitar el ingreso al mercado de un nuevo competidor a través de la litigación por engaño pueden imponérsele los mismos reparos, pero puede mantener dichos costos por un tiempo mayor al rival potencial. Esta táctica comúnmente logra un éxito menor en contra de empresas de menor tamaño, dado que los costos asumidos por la defensa de la compañía serán proporcionalmente mayores que los asumidos por empresas de mayor tamaño. Esta táctica será más exitosa con empresas de un mayor tamaño, dado que los costos son mayores a los relativamente proyectados para un mercado pequeño".[18]

Dentro de los objetivos buscados por quien despliega la conducta de hostigamiento judicial no se encuentra necesariamente el impedir en forma definitiva la entrada de un nuevo competidor al mercado, sino que sólo importa el retraso en la entrada al mercado de dicho competidor, la idea es mantener su posición en el mercado por el plazo más extenso posible. Pero es necesario reconocer que cualquier mercado rentable tenderá a la generación de competencia en la medida de que las utilidades previstas sean atractivas.

[18] "As a technique for predation, sham litigation is theoretically one of the most promising. Litigation whether before an agency or a court, can often be framed so that the expenses to each party will be about the same. Indeed, if, as is usual, the party seeking to enter the market bears the burden of going forward with evidence, litigation can be enormous, not merely in direct legal fees and costs but in the diversion of executive time and effort and in the disruption of the organization's regular activities. Thus the firm resisting market entry through sham litigation can impose equal reserves, may be able to outlast the potential rival. This tactic is likely to find and unqualified success only against smaller firms, since the costs of litigation must loom large relative reserves if the firm is to be driven out. The tactic may be successful against larger firms if the costs are large relative to expected profits in a small market.". Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, páginas 347 - 348.

(iii) Análisis del caso SPL

Respecto del caso Punta de Lobos, es importante considerar dos circunstancias especiales. En primer lugar, nos encontramos frente a una empresa dotada de posición dominante, en visión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud del derecho de dominio sobre una facilidad esencial, el cual en este caso se encuentra dado por el acceso monopólico a un puerto dotado de la autorización para embarcar sal a granel. En segundo lugar, se configura el ilícito de hostigamiento judicial como conducta contraria a la libre competencia. Es más, podemos extraer de la sentencia en comento los elementos que configuran al hostigamiento judicial como ilícito de la Ley de Libre Competencia.

i. Empresa dotada de posición dominante en virtud del derecho de dominio sobre una facilidad esencial

Es importante recalcar, respecto de los hechos que motivan la demanda de la empresa Cordillera S.A. ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que el puerto Patillo adquiere la calidad de facilidad esencial, dado el retardo en la habilitación del puerto Patache para la carga de sal a granel, facilidad que sumada a su calidad de empresa líder en la producción y ventas del mercado nacional de la sal, altera directamente su estructura de costos en comparación a su competencia, de tal manera que le otorga a SPL la calidad de empresa con posición dominante en el mercado de la sal a granel.[19]

De tal manera que SPL logró, mediante la integración vertical con el puerto Patillos, puerto destinado al embarque de sal a granel, un incremento efectivo de su poder de mercado, en opinión del profesor Coloma: "La crítica más común a las restricciones verticales como elementos que incrementan el poder de mercado de las empresas se relaciona con el argumento del "*leverage*" o *extensión de monopolio*. La idea detrás de este argumento es que una empresa que tiene poder de mercado en un segmento de una actividad productiva (por ejemplo, el productor de un insumo) puede incrementar dicho poder si se integra verticalmente o firma contratos restrictivos con empresas que se encuentran en otro segmento de la misma actividad (por ejemplo, con productores que transforman su insumo). Sin embargo, para que dicha extensión tenga algún efecto apreciable resulta necesario que las empresas con las cuales

[19] "Quincuagésimo quinto. Que, por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, SPL, junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal –fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales– posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre". Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

el monopolista original se está integrando sean de algún modo capaces de limitar el poder de mercado de dicho monopolista original, y que por lo tanto la integración o las restricciones verticales impuestas tengan como objetivo remover dicha limitación".[20] En este caso, al integrarse el puerto Patillos con SPL., dicha empresa logra garantizar sus costos de transporte a un precio considerablemente más bajo que su competencia por medio del transporte terrestre, de tal manera que, al acceder en forma exclusiva a dicha forma de transporte, SPL logra limitar el acceso de su competencia a la posibilidad de analogar sus costos de transporte, removiendo cualquier peligro de restricción a su poder de mercado garantizándolo en el mediano plazo.

La sustancial diferencia en la estructura de costos presentada entre la empresa SPL y su competencia puede ser explicada, a juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por dos razones concurrentes en este caso: "Primero, SPL presenta menores costos unitarios de producción como resultado de las economías a escala y ámbito que ha logrado alcanzar gracias al acceso a mercados internacionales. Segundo, SPL presenta menores costos unitarios de transporte hacia los centros de consumo en el mercado doméstico, dado que transporta por mar una fracción mayoritaria de sus ventas".[21]

De tal manera, podríamos llegar a afirmar que en definitiva la razón principal de la estructura de costos más ventajosa para SPL se encuentra dada por el acceso a un puerto para despachar sus productos, dado que esto afecta directamente sus costos unitarios, por una parte, y dada la posibilidad de enviar sus productos a un menor costo hacia mercados internacionales, la empresa se ve beneficiada por los resultados de las economías a escala. De tal manera que la ventaja de acceder directamente a un medio de transporte marítimo configura la principal, si no única, diferencia entre SPL y sus competidores directos. Es así como, "en el caso que un puerto privado tenga las características económicas de una facilidad esencial, y en ausencia de restricciones técnicas o falta de capacidad para el embarque de sal... podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten".[22]

En definitiva la doctrina de facilidades esenciales como conducta atentatoria contra la libre competencia se encuentra dada especialmente por la negativa

[20] Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Integración y contratos verticales entre empresas", página 7.

[21] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 51.

[22] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 55. Es importante recalcar que, de acuerdo a lo determinado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el hecho de constituir el puerto Patillos una facilidad esencial no se encuentra debidamente acreditado en autos, aun cuando dicha circunstancia no es descartada.

injustificada de compartir con empresas de la competencia directa el aprovechamiento de una determinada ventaja, ventaja que es considerada indispensable para poder acceder al mercado. Asimismo aquellos terceros competidores a quienes se les niega el acceso, en principio, por razones de dominio o de factibilidad técnica no tienen acceso a la misma.[23]

De tal manera que mediante la negativa de uso se configura una práctica exclusoria, que tiene por finalidad limitar el acceso de una ventaja impidiendo su acceso a los rivales de la empresa que goza de la facilidad esencial. "Una práctica exclusoria particular que ha merecido el interés de la doctrina jurídica tiene que ver con casos en los cuales la exclusión de competidores se efectúa a través de la adquisición o posesión de algún activo esencial para la provisión de un bien o servicio y de la negativa a otorgarle el acceso a dicho activo a los competidores. El análisis de este tipo de casos es el objeto de la denominada "doctrina de las instalaciones esenciales" (*essential facilities doctrine*). La misma sostiene que, en ciertas circunstancias, el instrumento para excluir competidores consiste en poseer un activo que resulta indispensable para poder acceder al mercado, que hace que sólo aquel o aquellos que lo poseen puedan ofrecer de manera efectiva el bien o servicio en cuestión".[24]

De acuerdo a lo determinado por el séptimo circuito de apelaciones de EEUU, para que nos encontremos en presencia de una facilidad esencial es necesario que concurran una serie de requisitos, los cuales fueron cumplidos por SPL en el caso en comento:[25]

a) El monopolista tiene acceso a una facilidad esencial.

En principio, el puerto Patillo es constitutivo de una facilidad esencial, por el hecho de no existir en la zona otros puertos habilitados para el embarque de sal a granel.

Es interesante recalcar que las autorizaciones administrativas y el exceso de regulación en ciertos mercados han hecho posible la proliferación de monopolios, como lo expresa Bork: "En los primeros tiempos de la política contra

[23] In Antitrust law, the same fault lines appear only they often are not recognized as such. The essential facilities doctrine holds that dominant firms may incur antitrust liability if they do not provide access to their unique facilities, even to competitors, on a non-discriminatory basis where sharing is feasible and the competitors cannot obtain or create the facility on their own". Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: "Predation through governmental processes", The Free Press, United States of America, 1993, page 348.

[24] Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia", página 2.

[25] Weber Waller, Spencer; Frischman, Brett; "The essential nature of infraestructure or the infraestructural nature of essential facilities", http://ssrn.com/abstract=961609, página 9.

la competencia, existían pocas oportunidades para la monopolización como resultado del mal uso de la estructura gubernamental, dado que la regulación estatal no era tan persuasiva como lo es en la actualidad. En las últimas décadas hemos podido observar una enorme proliferación de regulación y permisos gubernamentales a nivel de gobierno federal, estatal y local. En razón de regular al mercado y proteger a los consumidores, negocios de todo tipo deben obtener una serie de aprobaciones de agencias gubernamentales, servicios públicos y municipalidades".[26]

b) La facilidad no puede ser duplicada por el competidor.

En virtud de las acciones judiciales interpuestas por SPL en contra de la autorización administrativa que autorizaba el embarque de sal a granel en el puerto Patache, como asimismo la medida prejudicial que impedía la celebración de actos o contratos sobre el mismo, mediante la cual se impidió el traspaso del puerto mediante licitación privada a la empresa Cordillera, dicha facilidad esencial no podía ser duplicada por el competidor.

Como lo indica el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando septuagésimo sexto, al indicar que: "las investigaciones administrativas iniciadas y medidas precautorias decretadas, con ocasión de las peticiones y acciones deducidas por Punta de Lobos, tuvieron como efecto retrasar la habilitación para el embarque de sal de puerto Patache, por al menos tres años y ocho meses, término que corresponde al período en que estuvieron vigentes las medidas precautorias obtenidas por SPL, esto es, desde que se decretó la primera de ellas el 28 de agosto de 2002, hasta que Punta de Lobos se desistió de las respectivas acciones el 25 de abril de 2006".[27]

c) El monopolista niega el acceso al competidor.

El monopolista efectivamente niega acceso a su competencia a la facilidad esencial, no prestando servicio de embarque a terceros distintos a SPL, pudiendo hacerlo en consideración a la capacidad de la instalación portuaria. E incluso va más allá en su conducta anticompetitiva, e impide el acceso de su rival a una

[26] "In the early years of antitrust policy there were fewer opportunities for monopolization though misuse of government because governmental regulation was not so pervasive as it is today. The last several decades have witnessed an enormous proliferation of regulatory and licensing authorities at every level of government, federal, state, and local. In order to enter the market and vie for consumers' favour, businesses of all types must gain various types of approval from governmental agencies, departments, and officials". Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: "Predation through governmental processes", The Free Press, United States of America, 1993, page 347.

[27] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 56.

facilidad análoga a la propia, dado que "el conjunto de acciones legales por las que SPL obstruyó la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, tuvo como efecto evitar la potencial entrada de nuevos competidores en el mercado doméstico de la sal, particularmente de un competidor relevante –Cordillera– con capacidad para desafiar competitivamente la posición de dominio de SPL en el mercado doméstico de la sal, sea mediante la explotación de sus concesiones mineras, o bien comprando sal de otros productores".[28]

d) Es factible el conceder el acceso a la facilidad esencial.

Finalmente, era posible para SPL prestar el servicio de embarque de sal a granel a terceros mediante el cobro de un importe por la utilización del puerto. O, en una segunda instancia, no entorpecer el acceso de su competencia a un puerto distinto del propio.

Lo cual es denunciado por la Fiscalía Nacional Económica, quien en su requerimiento imputa a SPL el interponer una barrera estratégica a la entrada al mercado de transporte de sal a granel: "ya que los grandes centros para consumo humano, industrial y para deshielos de carreteras se encuentran en la región centro-sur del país y en el hemisferio norte, respectivamente. El hecho de no acceder a terminales portuarios aptos para el transporte de sal, debido a que Punta de Lobos no ofrece servicios de transferencia de sal a terceros, en principio, por falta de capacidad, se ha transformado en una barrera que dificulta las posibilidades de otros productores de sal a llegar a precios competitivos a esos mercados en comparación con los ofrecidos por Punta de Lobos". Informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica, "Compañía Minera Cordillera S.A. y otros, contra Sociedad Sal Punta de Lobos S.A.", Rol 717-2003, 12 de agosto del año 2004, página 14.

Lo anterior fue aceptado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia, al determinar "**Octogésimo**: Que, el consiguiente retraso en la entrada de competidores potenciales al mercado nacional de la sal habría evitado que se traspasen al precio final del producto los ahorros de transporte obtenibles de la sustitución de distribución interna de productos de sal hacia un medio de transporte más barato –esto es, desde el transporte terrestre al transporte marítimo ...".[29]

[28] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 56.
[29] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, páginas 57-58.

ii. De la sentencia en comento es posible extraer los elementos que configuran al hostigamiento judicial como ilícito de la ley de libre competencia.

Como ya lo hemos anunciado con anterioridad en este estudio, la importancia de este fallo radica, entre otros factores, en que por primera vez el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno, a propósito del caso SPL, establece una serie de requisitos copulativos para que el ejercicio de acciones judiciales y administrativas en contra de un rival configuren un ilícito contra la libre competencia, determinando de tal manera, cuándo la interposición de acciones judiciales y gubernamentales es lícita y sólo obedece a razones jurídicas:

a) Que el actor que interponga acciones judiciales o administrativas en contra del rival se encuentre dotado de la calificación de empresa dominante.

Pero ¿cuándo podemos hablar de posición dominante? De acuerdo a la doctrina, podríamos encontrarnos frente a una empresa dotada de posición dominante cuando, teniendo competencia en el mercado, dicha competencia no sea lo suficientemente importante en éste, de tal manera que la empresa calificada de dominante tenga plena libertad para fijar los precios y condiciones del mercado en el cual opera. Es decir, podemos entender por abuso de posición dominante "una conducta contraria a la libre competencia consistente en el uso abusivo o antijurídico del poder de mercado de una empresa o conjunto de empresas con el fin de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado".[30]

De tal manera que las condiciones necesarias para que nos encontremos frente a una empresa dotada de posición dominante son las siguientes: la empresa, o conjunto de empresas, debe encontrarse dotada de poder de mercado, debe hacer uso de dicho poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado, y, finalmente, dicho uso de su poder debe ser calificable de abusivo o antijurídico.

Primero, la empresa, o conjunto de empresas, debe encontrarse dotada de poder de mercado. Es decir, las acciones realizadas por la empresa o empresas en estudio deben ser capaces de provocar el efecto deseado por sus autores en el mercado, afectando de esta forma la competencia del mismo.

Esta condición de mercado es cumplida por SPL, de acuerdo a lo determinado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al indicar que: **Quincuagé-**

[30] Ponencia Foro Americano de Libre Competencia "Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes", Hernán Rodríguez Flores, FNE, abril 2007.

simo quinto: "por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, SPL, junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal –fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales– posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre".[31]

De tal manera que al negarse a prestar el servicio de cabotaje, o al menos el arriendo de parte de sus instalaciones portuarias, afecta directamente a su competencia encareciendo gravemente sus precios, distorsionando su competitividad.

Segundo, debe hacer uso de dicho poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado. Es así como no se verificará el ilícito si es que la negativa de acceso a la facilidad esencial en comento obedece a una razón distinta que la preservación de una renta monopólica, por ejemplo: una negativa de venta motivada por la falta o escasez del producto.

Tercero, dicho uso de su poder debe ser calificable de abusivo o antijurídico. De tal manera que si el competidor no posee poder de mercado no se verificará la conducta en estudio. En tal sentido, tampoco nos encontraremos frente a este ilícito cuando la conducta desplegada por el competido dotado de poder relevante en el mercado se enmarque en las normas legales vigentes.

Respecto de estas dos condiciones, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las trata juntas en el considerando **Nonagésimo sexto** de su sentencia, al indicar que las acciones desplegadas por SPL son sancionables: ..."por haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al haber creado una barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, manteniendo artificialmente su posición dominante en el mercado, al ejercer un conjunto de peticiones y acciones con la inequívoca finalidad de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado doméstico de la sal".[32]

Se cumple la condición de utilizar el poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado determinado, por el hecho de haber creado una nueva barrera estratégica a la entrada de nuevos

[31] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50.
[32] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50.

competidores al mercado internacional de la sal a granel, dado que de esta manera asegura su posición dominante en el mercado internacional basada en su estructura de precios.

Finalmente dicho comportamiento reviste el carácter de antijurídico, dado que las peticiones y acciones interpuestas por SPL, en distintas sedes judiciales y administrativas, sólo tienen por finalidad el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, dado que el resultado favorable de las acciones y peticiones presentadas daría lugar al origen de una serie de derechos incompatibles en su ejercicio, restando coherencia y utilidad a la interposición de tales acciones y peticiones administrativas.

b) El ejercicio de dicho derecho no debe sobrepasar el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general.

Situación que fue considerada en la sentencia en comento, al determinar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su considerando **Octogésimo quinto**: "Que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general. El D.L. N° 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada –al mismo tiempo– un derecho y una infracción".[33]

Esta doble característica de derecho e infracción se encuentra dada por el carácter de incompatible, y en definitiva de inútil de las acciones interpuestas en caso de resultar vencedora en todas ellas, dado que SPL no podría haber aprovechado la declaración de nulidad de la adjudicación del puerto Patillos a favor de Cordillera, en caso de haber prosperado su propia solicitud administrativa de restricción de la autorización mediante la cual se ampliaban las actividades portuarias para el mismo puerto. Es así como es necesario concluir que "las acciones y peticiones –en principio legítimas– pueden ser constitutivas de infracciones que a este tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia".[34]

[33] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 57.
[34] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 58.

c) Que las acciones interpuestas por la empresa dominante sean útiles para ella.

En palabras del profesor Ambrosio Rodríguez, "Un elemento que facilita enormemente la prueba de la intención de dañar es determinar si el ejercicio del derecho cuestionado le reporta utilidad o no a su titular. Se ha estimado que la falta de utilidad en el acto ejecutado es una demostración de la intención dañosa, o, a lo menos, de culpa, por cuanto no se explica que alguien ejerza un derecho sin una finalidad concreta y específica".[35]

Como ya hemos establecido a lo largo de este artículo, en el caso de prosperar las acciones administrativas interpuestas por SPL, no le habrían sido útiles en su totalidad, salvo que su interposición no hubiera obedecido a la persecución de un derecho, sino que sólo de imponer distintas barreras a su competidor, de tal manera que de resultar vencedora en cualquiera de las acciones interpuestas significara a su competidor quedar excluido de los puertos aptos para el transporte de la sal a granel, finalidad que en opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resulta evidente en este caso, al señalar en su considerando **Octogésimo octavo**: Que en las impugnaciones –tanto administrativas como judiciales– del D.S. N° 139-2002, resulta imposible advertir alguna utilidad para SPL –en caso de resultar vencedora de ellas– distinta de impedir la entrada de sus competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él".[36]

Por tanto, la evidente falta de utilidad para el demandante en las acciones judiciales y administrativas interpuestas surge como un elemento clarificador de la intencionalidad a la hora de reclamar determinados derechos desde el prisma de la normativa de la libre competencia, sirviendo como un cedazo para distinguir las solicitudes lícitas de las realizadas con propósitos antijurídicos.

d) Que la interposición simultánea de dichas acciones no sea calificable de contradictoria.

La existencia de conductas contradictorias ha sido denunciada como ilícito civil por la doctrina comparada por medio de la doctrina de los actos propios, la cual "constituye una limitación o restricción al ejercicio de un derecho subjetivo, en cuanto impide hacer valer o hacer uso de un derecho que bajo otras circunstancias hubiere podido ejercerse".[37]

---

[35] Illanes Ríos, Claudio; *El abuso del derecho*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 81.

[36] Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 57.

[37] Rodriguez Q., Ambrosio; T*eoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 63.

De tal manera que la elección de una determinada estrategia jurídica y de un bien económico protegido implica la renuncia inmediata del ejercicio de un derecho incompatible con dicha estrategia y bien. En la misma línea, "la práctica jurisprudencial dio origen a una doctrina que se denomina *estoppel*. Significa que una persona, por medio de una presunción de derecho, queda impedida de rebatir dentro del proceso aquellos hechos que son derivaciones inmediatas de sus declaraciones o actos".[38]

De esta manera se dota de coherencia al actuar jurídico, se evita la litigación por el mero placer de litigar, aun cuando de dicho ejercicio de mis derechos no surja un beneficio en mi favor, sino que sólo un malestar para quienes me rodean. Es importante el imponer como requisito dentro de los procesos judiciales la coherencia del solicitante, dado que al optar por derechos incompatibles, cada opción implica en sí misma una renuncia tácita del derecho contrario, y por tanto, es factible de consideración judicial.

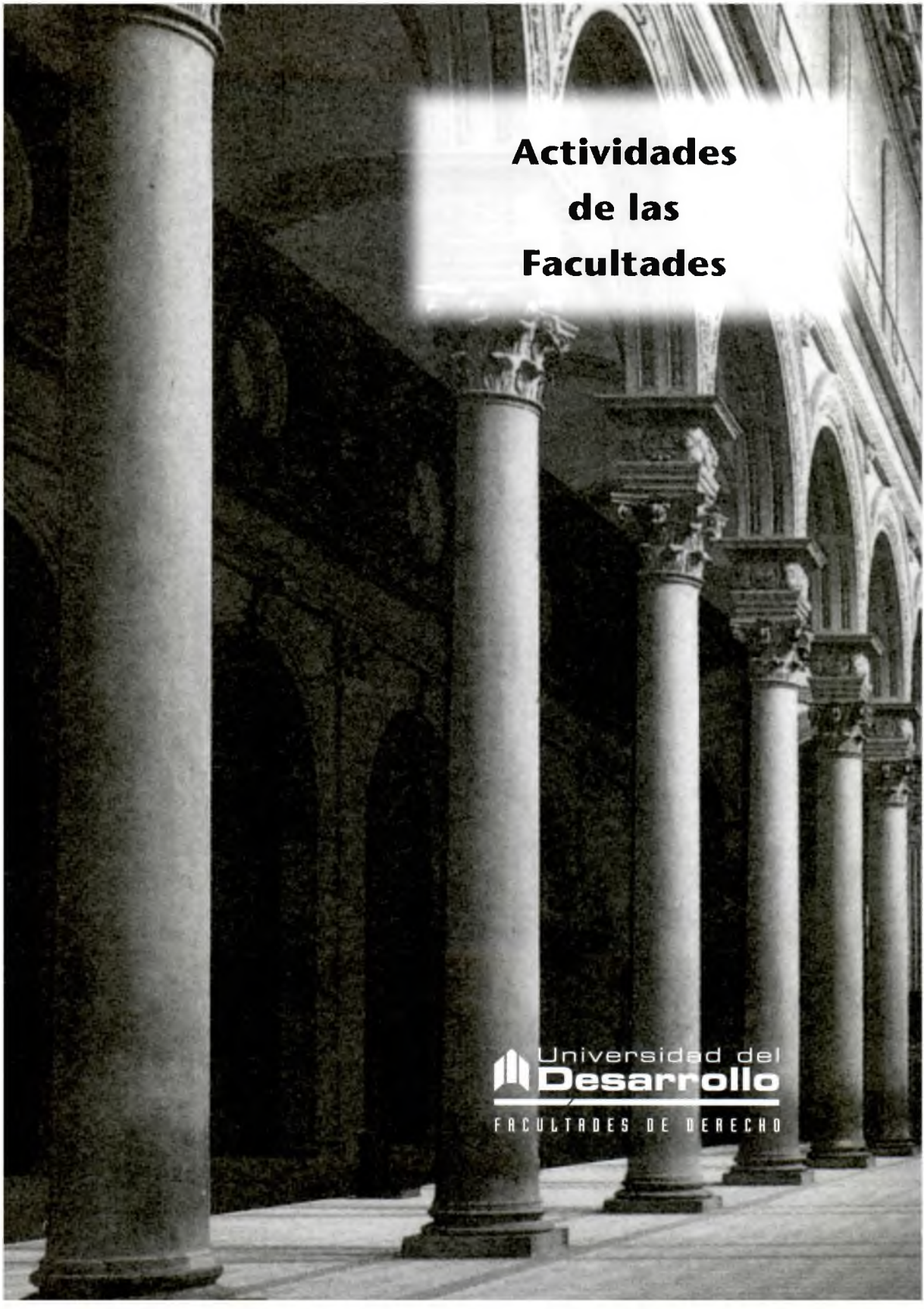
Es así como podemos concluir que si una misma empresa ha ejercido acciones contradictorias e incompatibles entre sí, no puede defenderse mediante el legítimo ejercicio de un derecho, dado que no buscaría con su conducta la pretensión invocada en autos, sino que, en definitiva, lo que busca es impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Hecho que es plenamente coherente con el caso en comento, donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinó que "en el conjunto de acciones interpuestas, SPL mantuvo simultáneamente intereses contradictorios ante distintos tribunales, evidenciando con ello su real objetivo de emplear los respectivos procedimientos como una herramienta anticompetitiva. Así, si bien la segunda de sus acciones judiciales estaba destinada a adquirir puerto Patache y las concesiones marítimas asociadas a él, las otras dos parecen contradictorias respecto de este interés" (pp. 58-59), dado que "esas dos acciones eran un obstáculo a la pretensión invocada por SPL, la que habría tenido que desistirse de las mismas en caso de haber obtenido resultado favorable en aquella por la cual solicitaba que se le reconociera como ganadora de la licitación y legítima adquirente de puerto Patache y de las concesiones marítimas asociadas a dicho puerto".

Es así como de acuerdo a la nueva jurisprudencia nacional en materia de libre competencia podemos concluir que el hostigamiento judicial es una práctica contraria a la libre competencia, cuando el ejercicio de acciones y solicitudes administrativas, en principio lícitas, corresponden al ejercicio de derechos incompatibles que tengan por finalidad retrasar la entrada al mercado de un

[38] Rodríguez Q., Ambrosio; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 65.

nuevo competidor, o bien alterar su estructura de costos una vez que dicho competidor se ha incorporado en el mercado.

Asimismo, el ejercicio de derechos incompatibles se nos presenta como un indicador claro de que las intenciones del demandante no se encuentran en la línea de la defensa de un derecho, sino que en el perjuicio de un tercero, de acuerdo a la doctrina de los actos propios.


Actividades
de las
Facultades
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago

Primer semestre 2008

Trinidad Siles Del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Brevemente realizamos un recuento de las actividades destacadas durante el primer semestre del año en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

I. Actividades de la Facultad

Inauguración del Año Académico

El 17 de abril en un acto solemne se inauguró el año académico 2008. Como en años anteriores, nuestro Decano, don Pablo Rodríguez Grez, dio inicio a la ceremonia con un sentido discurso. Posteriormente, el profesor Carlos Cruz-Coke Ossa dictó una clase magistral sobre el tema: "Evolución constitucional y su contexto histórico social". Ambos profesores fueron acompañados en la testera por el Rector de la Universidad del Desarrollo, señor Ernesto Silva Bafalluy, el Vicerrector de Pregrado, Ernesto Silva Méndez, y la Directora de la Carrera, señora Cecily Halpern Montecino.

Concluidas las palabras del profesor Cruz-Coke, se hizo entrega de los diplomas de egresados de Derecho a los alumnos que cumplieron con los requisitos correspondientes. Luego, se distinguió con un diploma tanto a los mejores alumnos de cada nivel durante el año académico 2007, como a los licenciados que se destacaron en forma sobresaliente en la práctica profesional en la Corporación de Asistencia Judicial.

Cada año, en recuerdo y homenaje al profesor don Roberto Dávila Díaz, la Facultad entrega un premio especial al egresado con mejor rendimiento académico durante toda la carrera. Este año, dicha distinción recayó sobre Natalia García Swaneck y fue ella misma quien se dirigió al público presente con palabras de

recuerdo y agradecimiento, representando así a su promoción. Terminó el acto con la entrega de un galvano a don Pedro Pablo Vergara Varas, elegido como mejor profesor de la Facultad

Reunión de profesores de la Facultad

El 14 de mayo se llevó a cabo la primera reunión de profesores de la Facultad. En ella el Decano presentó a los nuevos profesores, informó sobre los cambios producidos en las direcciones de los Departamentos y abrió el diálogo a los profesores con el fin de que ellos pudieran hacer preguntas, comentaran aspectos importantes de sus cátedras o sugirieran propuestas nuevas. Fue un encuentro interesante y necesario para informar sobre el quehacer de la Facultad y aunar criterios ; terminó la reunión con la presentación de los programas de los postgrados para este año 2008 y un recuento de todas las tareas y proyectos que se están realizando en el Departamento de Investigación.

Nombramiento de nuevos ayudantes 2008. Concurso de Ayudantes, Primer Semestre 2008

Se reabrió la postulación para el "Concurso de Ayudantes" durante los meses de marzo y abril, los interesados participaron activamente en la presentación de exposiciones ante la comisión integrada por el Director del Departamento respectivo, el profesor de la asignatura y la Coordinadora de la Carrera. El propósito de la Facultad es perfeccionar el equipo de ayudantes formado el año 2007.

Se nombraron en esa oportunidad los siguientes ayudantes:

ASIGNATURA	PROFESOR	AYUDANTE
Derecho Político	Jaime Silva Mac Iver	Constanza Alvial Reculé
Derecho Romano	Ximena Pulgar Núñez	Francisca Venegas Souper
Derecho Procesal	Carolina Coppo Diez	Alejandro Leiva López
Derecho Procesal	Carlos Pecchi Croce	Ricardo Cáceres Palacios
Derecho del Trabajo II y Seguridad Social	Héctor Humeres Noguer	Katy Romanik Foncea
Derecho Tributario	Jaime García Escobar	José Riquelme González
Derecho Ambiental	Felipe Leiva Camila Boettiger Philipps	Jaime Plá Escobar
Derecho de la Empresa	Joaquin Morales	Natalia García Swaneck
Destrezas de Litigación Oral	Manuel Suárez Navia	Marcela Schnake Ferrer
Negociación en Conflictos Internacionales	Raúl Campusano	Conrad Fahrenkrug Garrido

Nuevos nombramientos en la Facultad

Este año se han integrado a nuestra Carrera de Derecho nuevos abogados: Carolina Devoto Berriman, como Coordinadora de Innovación Metodológica; Ruperto Pinochet Olave, como Investigador y Ricardo Cáceres Palacios, como Coordinador de los Postgrados.

Les deseamos mucho éxito en su desempeño académico y profesional.

II. Actividades de admisión

Taller vocacional

Estudiantes de diversos colegios de Santiago asistieron al primer Taller Vocacional, en el que se desarrollaron distintas actividades relacionadas al quehacer jurídico. Alumnos de nuestra Facultad llevaron a cabo, en esta oportunidad, un debate sobre la "píldora del día después" y posteriormente escucharon a una alumna de la carrera que vivió una experiencia universitaria en el exterior, dentro del programa de intercambio internacional que la UDD promueve entre sus alumnos.

Visitas a colegios

La Universidad comenzó su difusión en los colegios de Santiago con tres visitas a la semana. Estas actividades están a cargo del Coordinador de Admisión, don Hugo Alvarez Cárcamo, quien se reúne con los estudiantes de III y IV año de enseñanza media, entregándoles las información necesaria y solucionando todas las dudas que se les presentan a los postulantes.

Blog

Está actualizada toda la información del Blog. Su objetivo se centra en los futuros postulantes a nuestra carrera. Ellos podrán visitar el sitio e interesarse en nuestro proyecto educacional de preparar abogados con una formación sólida e integral.

III. Actividades de profesores

Participación de profesores UDD en diversas universidades u organismos

El profesor Héctor Humeres, representando al sector del empleador, participó en la 97ª Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), la que tuvo lugar en Ginebra entre el 28 de mayo y el 13 de junio de 2008.

La reunión anual de la OIT trató asuntos como la reducción de la pobreza, el futuro de la empresa, etc.; no obstante, la actividad plenaria se centró en "Combatir la crisis alimentaria a través de inversiones, producción y trabajo decente".

El profesor Ruperto Pinochet Olave participó como profesor invitado en el Seminario 2008 ADECIR, Academia de Derecho Civil y Romano, el 19 de abril, en la sesión inaugural. Expuso sobre: "Contratos en Internet: un lugar para lo antiguo y lo nuevo del Derecho Privado".

IV. Actividades de extensión

Seminario de "La píldora del día después" y "Los derechos de la mujer"

El 19 de mayo se efectuó el primer seminario de extensión del ciclo 2008.

El primer tema del seminario: "Contrapunto sobre la constitucionalidad de la píldora", estuvo a cargo de los abogados Jorge Reyes Z. y Davor Harasic Y.; el segundo: "Consecuencias del fallo del Tribunal Constitucional para los derechos de la mujer", fue expuesto por la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Laura Albornoz P., y el diputado Marcelo Forni L. Cerró el tema José Miguel Olivares T. con su opinión jurídica sobre: ¿Cumple el fallo del Tribunal Constitucional con las obligaciones internacionales del Estado de Chile?

Este encuentro contó con la asistencia de distinguidos profesores, abogados y alumnos, y todos participaron activamente. La discusión sobre "La píldora del día después" es un asunto de contingencia nacional y esta oportunidad de debatirlo en la UDD con personalidades políticas o con abogados especialistas en la materia ha sido muy significativa y de alto nivel académico para la Facultad.

Nuevas designaciones en la estructura orgánica de la Facultad

Director del Departamento de Derecho Público:
Profesor Salvador Mohor Abuauad

Director del Departamento de Derecho de la Empresa:
Profesor Francisco Pfeffer Urquiaga

Director del Departamento de Ciencias del Derecho:
Profesor Pedro Gandolfo Gandolfo

Coordinador de Extensión:
Profesor Héctor Humeres Noguer

Integrantes del Consejo de la Carrera

El 28 de abril del año en curso se conformó un cuerpo de carácter técnico, consultivo y asesor de la Dirección de la Carrera con el objetivo de que éste colabore y participe en la gestión académica de la misma. Los integrantes son:

Profesor Felipe Amenábar Atria

Profesora Camila Boettiger Philipps

Profesora Carolina Devoto Berriman

Profesor Sergio Huidobro Martínez

Profesor Manuel Suárez Navia

Profesor Matías Provoste Vargas

V. Información académica

ACTIVIDADES DE LA DIRECCIÓN DE POSTGRADO

La Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho imparte durante este año 2008 los siguientes programas de postgrado:

LL.M. Executive - Magíster en Derecho Económico y Financiero

Actualmente, en la segunda versión del LL.M. Executive los alumnos cursan el último semestre del magíster, profundizando en materias tales como: Financiamiento de Proyectos, Quiebra e Insolvencia, Tributación Internacional, Libre Competencia y Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lo anterior constituye el último paso de esta generación de abogados en el logro de profundizar sus conocimientos profesionales, en áreas que al inicio les eran desconocidas y que hoy gracias al programa les son propias.

Por su parte, los alumnos de la 3ª versión de este exitoso programa están cursando el primer semestre de dicho postgrado, que en esta versión tiene como novedades el módulo de Emprendimiento y Liderazgo y un seminario de Propiedad Intelectual.

Postítulo en Derecho del Trabajo: La relación Laboral y la Empresa Sustentable. 2ª Versión.

Los cambios experimentados en los últimos años en la economía nacional e internacional, el surgimiento de novedosas formas de organización de la empresa y las nuevas tendencias en jurisprudencia exigen de los profesionales ligados a las relaciones laborales, especial atención por los temas nuevos y su proyección hacia el futuro.

Por lo anterior, es que esta versión del postítulo pone un especial cuidado en el estudio del nuevo marco regulatorio de nuestra justicia laboral, especialmente en lo concerniente a la operatividad de la reforma, como las consecuencias que su puesta en marcha conlleva. Por ende, es un programa ideal en lo que a actualización se refiere en un tema novedoso pero trascendental en el ejercicio profesional.

Este programa de postítulo dirigido a abogados y otros profesionales relacionados con el área laboral, se impartió en su primera versión desde el mes de julio de 2007, con veintisiete alumnos. Su titulación se produjo el mes de abril del presente año con la asistencia de las principales autoridades de nuestra Facultad de Derecho.

Postítulo en Derecho Tributario. 2ª Versión.

El Postítulo en Derecho Tributario que imparte la Dirección de Postgrado a partir de mayo del año 2008, está dirigido a profesionales que tienen interés en completar su formación a través de la especialización en el área tributaria. En esta segunda versión, asisten a él 30 alumnos.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, de forma tal que pueda resolver los diversos problemas que el ejercicio de la profesión demanda.

El cuerpo académico está integrado por profesionales de excelencia, destacándose no sólo la participación de abogados, sino también de contadores auditores e ingenieros especialistas en cada uno de los temas a tratar en sus respectivos módulos.

Magíster en Responsabilidad Civil. Tradición e Innovación

El Magíster en Responsabilidad Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es el primer programa de postgrado en Chile especializado en Responsabilidad Civil, que otorga el grado académico de Magíster.

El valor agregado que en el ámbito profesional significa profundizar el estudio de la dogmática y jurisprudencia del Derecho de Daños, unido a la oportunidad que significa el obtener el grado académico de Magíster, con la posibilidad de validarse en el mundo profesional y académico, ofrecen oportunidades que otros programas de perfeccionamiento no poseen.

Es por ello que se persigue profundizar en una materia con una importancia progresiva, actualizando los conocimientos en teoría y práctica relacionadas con la responsabilidad y los daños y entregar herramientas que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesoría a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales motivadas por hechos que generen responsabilidad civil.

Este programa se inicia en el mes de agosto del presente año y se encuentra estructurado en base a tres cuatrimestres de clases, las que se impartirán entre los meses de agosto y noviembre del año 2008 y proseguirán entre los meses de marzo y octubre del año 2009.

Finalmente, en el cuarto cuatrimestre el alumno deberá elaborar una tesina bajo la guía de un profesor del Programa de Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Discurso de inauguración

Pablo Rodriguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Nuevamente, como ha sucedido en forma ininterrumpida en los últimos años, hemos querido iniciar nuestras actividades académicas con este encuentro, en el cual confluyen una reflexión jurídica de importancia en el acontecer nacional, el reconocimiento a los mejores alumnos y el mejor profesor de nuestra Facultad, y el recuerdo de quienes inspiran constantemente la acción de docentes y estudiantes. De esta manera se funde el pasado con el porvenir, la realidad con las aspiraciones y los sueños, y lo transitorio con lo estable y definitivo.

Esta Facultad ambiciona ocupar un lugar destacado en el ámbito universitario chileno. No obstante su juventud –con apenas 10 años de vida en la ciudad de Santiago– ya se la reconoce entre las mejores de nuestro país. Este hecho es fruto del esfuerzo mancomunado de todos sus estamentos: cuerpo de profesores, plantel administrativo y alumnos, animados por los mismos propósitos: hacer bien las cosas. Quiero destacar, con especial énfasis, que en la medida que nuestros licenciados se vayan incorporando al ejercicio profesional, aumentará el prestigio de la Facultad, porque son ellos el testimonio más elocuente de la calidad y eficiencia con que se imparte entre nosotros la enseñanza jurídica. Por lo mismo, depositamos en todos ustedes, estimados egresados, la más plena confianza de que se desempeñarán con éxito y contribuirán a dar lustre a esta Universidad.

Es bueno que quienes han sido formados en estas aulas sepan, desde ya, que les corresponderá actuar en un medio altamente competitivo, en donde el mercado selecciona a los mejores, más allá de toda otra consideración, y en el cual deben prevalecer valores éticos, fuertemente arraigados, porque siempre estarán expuestos a tentaciones y presiones. Deben saber, también, que los chilenos, más allá de sus diferencias y discordias civiles, tienen una firme conciencia jurídica, que se manifiesta en el respeto a la ley, como ha quedado de manifiesto incluso en los grandes conflictos políticos que hemos debido afrontar. Cómo olvidar que la guerra civil de 1891 se inició con un acta de deposición del Presidente Balmaceda, suscrita por la mayoría del Congreso Nacional; que en 1924 se concedió un "permiso especial" al Presidente Alessandri para que abandonara el país; y que en 1973 las Fuerzas Armadas y de Orden, institucionalmente, actuaron previo acuerdo de la Cámara de Diputados, que las instaba a intervenir. ¿Qué implica todo esto? Indudablemente que existe entre

nosotros una íntima convicción de que sólo el derecho es sello de legitimidad en las actividades públicas y privadas, y el único instrumento capaz de organizar y asegurar la estabilidad y la paz social. No olviden este rasgo peculiar de nuestro pueblo que, no por casualidad, ha elegido mayoritariamente a abogados como sus gobernantes y legisladores. Cualquiera que sea el ámbito en que deban desenvolverse, hallarán siempre un espíritu de respeto y acatamiento a la norma jurídica, lo cual debemos profundizar, porque constituye una de las mejores cualidades de este país. Desde esta perspectiva, los abogados tenemos una doble responsabilidad: como custodios de la legalidad vigente, y como conductores de la vida social.

En esta trascendental tarea, luchen siempre por la justicia. Es ella un tónico que fortalece el espíritu y nos hace dignos de vivir. No vacilen ante la derrota, porque ella sólo impone su ley a los pusilánimes, ni se envanezcan con el triunfo, porque él es siempre pasajero y engañoso. Sean leales con sus convicciones, aun cuando todos se vuelvan contra ustedes, porque sólo así podrán mantenerse firmes ante la adversidad. No olviden jamás a quienes les han ayudado en la vida, porque ellos han depositado su esperanza en vuestra capacidad y compartido un trecho del camino. No se fíen del azar ni depositen su esperanza en la benevolencia de los demás. No luchen con armas vedadas y sepan que la mayor satisfacción la encontrarán más en el silencio que en el bullicio, más en el desprendimiento que en el egoísmo, más en la sobriedad que en la ostentación.

En la persona de Pedro Pablo Vergara Varas, elegido por los alumnos como el mejor profesor, quiero agradecer a todos los académicos su dedicación y entrega a la Facultad. Ellos, sin excepción, han cumplido sus funciones con una abnegación y una constancia que nos enorgullece y que compromete nuestra gratitud. Día a día, sea preparando o impartiendo sus clases, se han ido proyectado en sus alumnos, trasmitiéndoles no sólo conocimientos, sino un estilo de vida que ha contribuido a su perfeccionamiento intelectual y humano. Deseamos que esta relación sea cada día más profunda y enriquecedora, y que entre alumnos y profesores predomine un ambiente de entendimiento, afecto y respeto recíprocos: una verdadera comunidad intelectual y afectiva.

A los mejores alumnos, nuestra más calurosa felicitación. Ellos han cumplido con su deber y alcanzado las metas que se han propuesto. Esas metas las percibe el cuerpo docente como una conquista propia, culminación del esfuerzo y empeño que, diariamente, pone en su generosa tarea de trasmitir conocimientos y consolidar los valores que ennoblecen nuestra profesión. Por lo mismo, cada premio, si bien tiene un titular, lo comparten todos quienes han contribuido en el complejo y desafiante proceso de formación jurídica.

Para perpetuar la memoria de aquellos profesores que dejaron una huella profunda en el alma de nuestra Facultad, hemos instituido un premio especial, que se discierne cada año al mejor egresado, y que lleva el nombre de "Roberto Dávila Díaz". Insigne profesor de Derecho Procesal, fue también, con el mismo brillo, uno de los mejores y más recordados jueces de este país. Confluían en él dos cualidades especiales: la sensibilidad del maestro, dedicado con celo a moldear el espíritu de los estudiantes; y el equilibrio del juez imparcial, capaz de juzgar con independencia e impartir justicia sin otro horizonte que imponer el mandato de la ley. Mientras se desempeñó como Presidente de la Corte Suprema, mantuvo con nosotros el mismo trato, la misma sencillez y afabilidad de siempre, sin que sus altas funciones perturbaran sus clases o alteraran sus actividades académicas. Él supo, mejor que nadie, que a los espíritus selectos, no los envanece el triunfo ni los empequeñece la derrota, puesto que, como dijo Kipling, no son más que dos impostores. Es nuestro propósito mantener vivo su ejemplo y proyectarlo a nuestros alumnos, especialmente a aquellos que se dediquen a la judicatura, que, sin duda, constituye la forma más excelsa de ejercer como apostolado la noble profesión de abogado. Este premio hemos querido representarlo en la figura del Quijote, porque en nuestro espíritu predominarán siempre el ideal y los sueños, haciendo realidad la sentencia del poeta: "todos vivimos en el barro, pero hay algunos que miramos las estrellas".

Al dar por inaugurado este año académico, renuevo ante ustedes el propósito permanente de impulsar a nuestra Facultad hasta ocupar un lugar destacado de excelencia, formando los mejores abogados, vale decir, aquellos capaces de hacer del derecho una herramienta para imponer la justicia y con ella, la paz, el orden y la seguridad. Hemos depositados en ustedes nuestros mejores sueños y tenemos la certeza de que no nos defraudarán. Dignifiquen su profesión, enaltezcan su Universidad y cultiven las virtudes que en conjunto sembramos en esta maravillosa etapa de sus vidas.

Muchas gracias.

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Primer semestre 2008

Claudia Hurtado Espinoza
Profesora de Introducción al Derecho
Facultad de Derecho - Concepción
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Clase inaugural

Con la presencia del Presidente del Senado, Sr. Adolfo Zaldívar Larraín, la Facultad de Derecho inauguró su año académico 2008. En la oportunidad, el senador expuso ante las autoridades y un gran número de alumnos sobre "Los desafíos de la política actual; participación de la juventud".

Durante el mismo acto el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, dio cuenta de la gestión académica del año académico 2007 y planteó los desafíos de la Facultad para el año 2008.

Por primera vez, se entregó un reconocimiento a la excelencia académica. El profesor merecedor de la distinción, en esta ocasión, fue el profesor Sr. Eduardo Andrades Rivas, el que fue ovacionado por los asistentes a la ceremonia.

La actividad académica concluyó con la ya tradicional premiación al mejor egresado de quinto año, reconocimiento que en esta oportunidad recayó en la Srta. Tatiana Ramírez Baldi, y con la distinción a los ganadores del concurso de ensayos jurídicos.

Ceremonia de premiacion año académico 2007

La Universidad del Desarrollo, reconociendo la importancia de estimular el esfuerzo de sus alumnos y el compromiso con su labor académica, premió a cuatro alumnas de nuestra Facultad por haber obtenido el mejor rendimiento académico de su promoción.

Los nombres de las mejores alumnas son: Josefa Stocker Cornejo, María José Merino, Carolina Silva Bustos y Tatiana Ramírez Baldi.

Considerando, por otra parte, la importancia que reviste contar con un cuerpo docente altamente calificado y comprometido con los procesos de enseñanza-aprendizaje, se decidió instaurar, a partir de este año, la entrega de un reconocimiento a los mejores docentes. De nuestra Facultad fueron galardonados los profesores Sr. Eduardo Andrades Rivas, como mejor docente de la carrera de Derecho y de Ciencias Políticas, y el Sr. Javier Molina Gómez, como mejor docente de los cursos "otras disciplinas".

Recepción a alumnos de Primer Año

La Facultad de Derecho, en su constante preocupación por mantener una vinculación directa con sus alumnos, realizó, como ya es tradicional, un encuentro entre el Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, con los alumnos de Primer Año. En esa instancia de conversación los alumnos compartieron con el Decano las inquietudes y desafíos del estudio del Derecho.

Alumnos en China

Como una experiencia enriquecedora calificaron los alumnos que participaron en el viaje al país asiático. Durante la gira, los alumnos tuvieron la oportunidad de conocer La Gran Muralla, la Plaza Tiananmen o Plaza de la Puerta al Cielo, Los Mercados de Beijin, La Ciudad Prohibida o Palacio Imperial y el Palacio de Verano.

Los estudiantes que participaron en el Programa Embajadores del Futuro fueron: Teresa Viveros, Carolina Ebensperger, Isidro Martínez, Fernanda Vidal y Nicolás Vicentella.

Cena con egresados

Como ya es tradicional, la Facultad de Derecho, junto a un grupo de profesores, despidió a sus recientes egresados y los instó a seguir adelante en su proceso de licenciatura.

En esta oportunidad, treinta y cinco alumnos egresados compartieron amenamente y recordaron episodios de su vida estudiantil, en una comida realizada en el Club Concepción, junto a algunos de sus profesores. Los egresados fueron despedidos por la autora de estas líneas, quien los motivó a enfrentar responsablemente la próxima etapa de sus vidas.

Charla estudio de postgrado y estudios en el extranjero

Debido al interés de nuestros alumnos por continuar con estudios de postgrado, especialmente en el extranjero, la Facultad de Derecho organizó un encuentro en el que los profesores Sres. Eduardo Andrades Rivas, Jorge Ogalde Muñoz y Bruno Caprile Biermann, les transmitieron la experiencia de sus estudios de perfeccionamiento fuera de Chile.

Despedida de profesor don Julio Salas Vivaldi

El cuerpo de profesores de la Facultad de Derecho despidió y agradeció a quien fuera profesor de Derecho Procesal de la Facultad desde sus inicios, el Sr. Julio Salas Vivaldi. El homenaje al profesor Salas Vivaldi se llevó a cabo en una comida realizada en el Club Concepción.

Charla de responsabilidad penal juvenil

Carolina Rudnik Viscarra, docente de la Facultad de Derecho, expuso ante un grupo de apoderados, profesores y alumnos del Colegio Alemán de Concepción, algunos aspectos relevantes de la Ley 20.084 sobre "Responsabilidad Penal Juvenil".

Charla del diputado Jose Antonio Kast

El Centro de Alumnos de la Facultad invitó al diputado José Antonio Kast a exponer sobre la "píldora del día después". En la ocasión, el parlamentario expuso sobre la decisión del Tribunal Constitucional de prohibir la distribución

en el sistema público de la "píldora del día después" y enfatizó el carácter abortivo del fármaco.

Visita del profesor español Pedro Robles Latorre

El profesor español Pedro Robles Latorre, de la Universidad CEU San Pablo, de España, realizó una pasantía en nuestra Facultad. Durante su estadía realizó una serie de actividades académicas, entre ellas, dictó una charla para los alumnos en la que abordó el tema "Visión general del Derecho de Consumo en España" y una conferencia sobre el estado actual del Derecho de Familia en España.

Seminario de Derecho Laboral

El profesor Sr. Jorge Ogalde Muñoz y los alumnos de cuarto año Sres. Daniel Lafargue y Pía de la Fuente, fueron los expositores en el primer encuentro regional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, organizado por los CC.AA. de las Facultades de Derecho de la VIII Región. La temática de los trabajos presentados fue la "Sindicalización y negociación colectiva del sector público"

Olimpiadas

Durante tres días nuestros alumnos compitieron en las distintas disciplinas deportivas, llevadas a cabo en el marco de las Primeras Olimpiadas Regionales de Derecho, organizadas por el Centro de Alumnos de la Universidad de Concepción, y en la que participaron seis Facultades de Derecho regionales.

Actividades de extensión

Durante el semestre, se realizaron diversas actividades de extensión, entre ellas, las conferencias sobre el "Análisis de las Leyes de Matrimonio Civil Española y Chilena", en que expusieron el profesor de la Universidad CEU San Pablo Sr. Pedro Robles Latorre y el profesor de esta casa de estudios Sr. Ramón Domínguez Águila.

También se dictó, entre los días 14 y 28 de junio, un Seminario sobre "Discriminación y Derechos Fundamentales: Los Nuevos Desafíos al Interior de la Empresa", a cargo de don José Luis Ugarte Cataldo y don Luis Lizama Portal.

Programas de postgrado de la Facultad

El 4 de abril de 2008 se dio inicio al duodécimo año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción, que concluye el 12 de diciembre del mismo año.

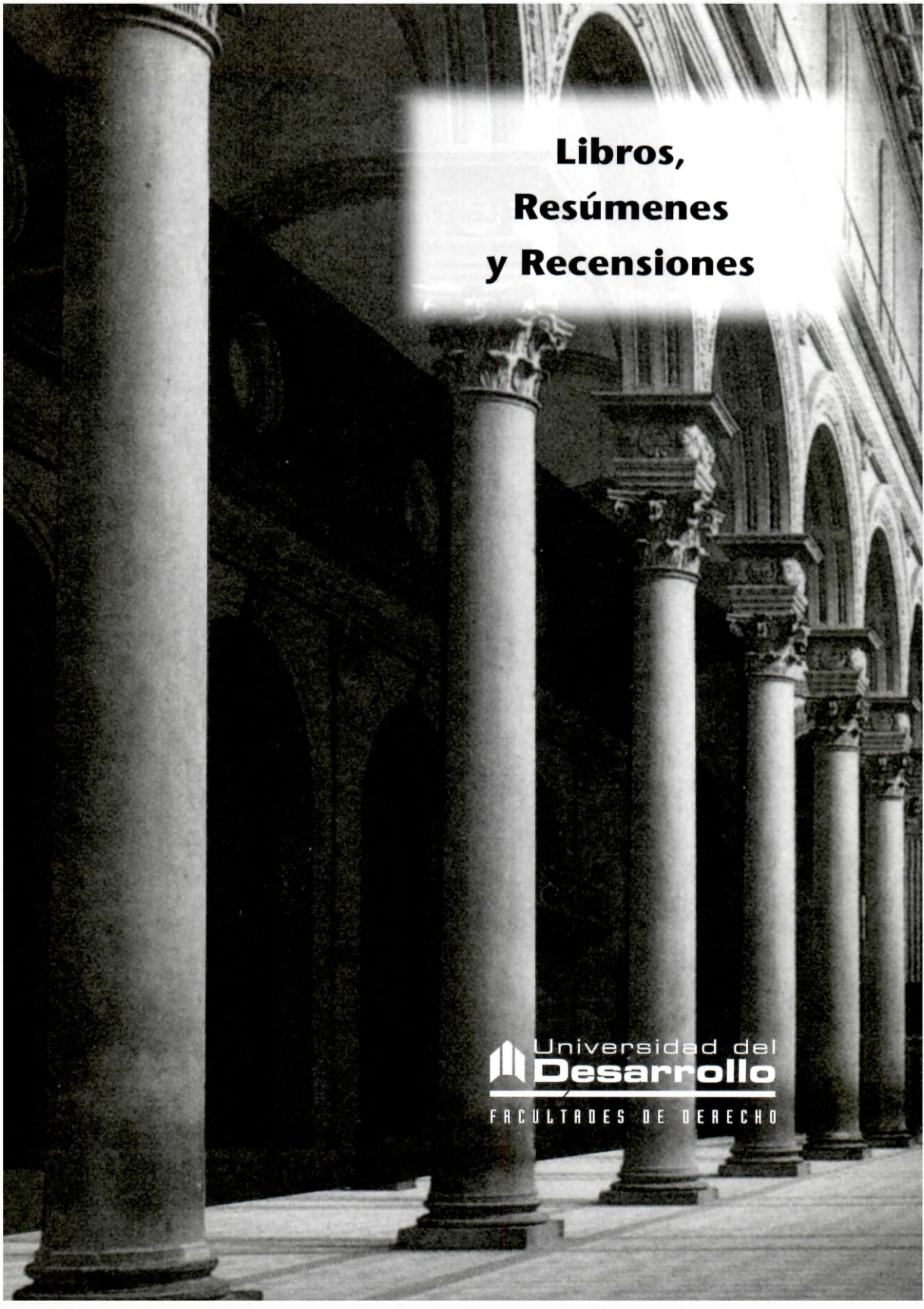
En esta ocasión se inauguró la primera versión del Magíster en Derecho Penal, respondiendo así a una necesidad de los alumnos que habían cursado el programa de postítulo en la misma área en esta Facultad.

Por su parte, el Magíster en Derecho de la Empresa, que inició este año su octava versión, se encuentra consolidado en el ambiente jurídico, convocando a más de cuarenta alumnos entre primer y segundo año.

Entre las novedades de presente año, se aumentó considerablemente el número de horas de cada diplomado y la cantidad de éstos, ofreciéndose varias opciones tanto en el Derecho de la Empresa como en el Derecho Penal.

La flexibilidad de la malla curricular y el hecho de contar con destacados profesores con gran trayectoria académica y, muchos de ellos, también con intensa práctica profesional, permite una enriquecedora mezcla entre el conocimiento teórico y la práctica profesional, lo que ha hecho al programa merecedor del reconocimiento de abogados no sólo de la ciudad de Concepción, sino también de otras ciudades del norte y sur del país, contando hoy día con alumnos provenientes de ciudades como Calama, Talca, Chillán, Los Angeles, Temuco, Valdivia y Coyhaique.

En suma, la Facultad desarrolla actualmente dos programas de Magíster, dos programas de Postítulo, seis diplomados y veinticuatro cursos de perfeccionamiento jurídico, convocando a más de cien abogados entusiastas con la posibilidad de actualizar, profundizar y ampliar sus conocimientos jurídicos.


Libros,
Resúmenes
y Recensiones
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Lecciones de Introducción al Derecho

De **Jaime Williams Benavente**

COMENTARIO:

Pedro Gandolfo G.
Director
Departamento Ciencias del Derecho
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La quinta edición actualizada de *Lecciones de Introducción al Derecho*, del destacado docente Dr. Jaime Williams Benavente, es, a no dudarlo, una buena noticia para estudiantes y profesores de esa asignatura. El curso de "Introducción al derecho" sigue siendo una pieza fundamental en el currículo de la carrera de Derecho y es preciso insistir acerca de su naturaleza, puesto que en las últimas décadas ha sido, a veces soterraneamente, puesta en duda su utilidad o, directamente, modificado sus contenidos y objetivos.

Estas amenazas provienen, a mi entender, de dos ángulos. Así, de un lado, existe una presión por profesionalizar en exceso y lo antes posible los estudios de derecho. La urgencia, en este caso, parece sumamente atendible, pero podría llevar a socavar el conocimiento de los fundamentos, de las nociones y principios generales, de la visión de conjunto del ordenamiento jurídico, sin los cuales el edificio del resto de la carrera se construiría sobre bases más bien precarias. De otro lado, la presión ha corrido por un ánimo, comprensible también, de teorizar en demasía la asignatura. Es justificable, y podría argumentarse a favor de ello que se imparta una "Teoría del derecho" que aborde el fenómeno jurídico en general, no ya tal como se da circunstancialmente en el caso chileno, sino como parte de un fenómeno más vasto que integra la antropología social y la filosofía moral. El ramo de "Introducción al derecho", empero, se ha constituido, según la tradición, en un justo medio que lo aleja de aquel polo en extremo práctico (que lo tiende a convertir en un anticipo del Derecho Civil o del Derecho Constitucional) y del polo teórico (que lo tiende a convertir en "Teoría del Derecho"). Es, precisamente, en ese justo medio donde lo sitúa este libro del profesor Williams Benavente.

En efecto, *Lecciones de Introducción al Derecho* cumple a cabalidad el propósito de ser herramienta de gran utilidad para el alumno que se inicia en los estudios jurídicos y, a la vez, para el profesor que imparte la asignatura. Es importante, al respecto, subrayar algunos rasgos de este texto que lo hacen particularmente recomendable: en primer lugar, la progresividad. Con alto espíritu didáctico, proveniente del ejercicio sostenido de la docencia, el autor va poco a poco planteando primero los elementos más simples para luego llegar, al final, a las unidades más complejas, haciendo un recorrido que va, diríamos, desde los átomos del derecho a sus moléculas, para culminar en el organismo entero. Se advierte, además, en segundo lugar, en este decurso, una voluntad de orden, de sistematicidad, de comunicación. El profesor Williams sabe que el lector del libro es alguien que está dando los primeros pasos en el conocimiento jurídico y su propósito –modesto y ambicioso al mismo tiempo– es conducirlo hacia "dentro", ya que en eso consiste "introducir", guiar (*ducere*) dentro (*intro*). Quisiera destacar un tercer rasgo: la claridad como un mérito de este libro. No encontrará aquí el lector jergas o conjeturas difíciles de digerir que confunden y obstaculizan más que orientar y facilitar la enseñanza del derecho. Williams Benavente tiene siempre a la vista al lector, la ubicación del curso en el programa de la carrera y la naturaleza y propósitos de la asignatura, atención que lo libra de aquellos dos riesgos que mencionaba al inicio.

No se crea que, sin perjuicio de lo anterior, en este texto no se encuentran también excursos doctrinarios más desarrollados en los cuales el profesor Jaime Williams ha volcado alguna de sus investigaciones pergeñadas, sobre todo, en el ámbito de la "Filosofía del Derecho". La inserción de las mismas (como las relativas a la persona humana en cuanto fundamento del Derecho, la aproximación existencial a la axiología jurídica o el análisis funcional de las relaciones entre moral y derecho) no se contrapone, en modo alguno, a los propósitos de un libro de esta naturaleza y viene a complementar el necesario horizonte universal de unas lecciones preliminares (aunque no parciales) del Derecho.

Índice Revista Ius Publicum N° 20 / 2008
Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

Klaus Droste: *¿Cuál es el cimiento de la justicia, condición para la paz y la justicia entre los hombres?*
Danilo Castellano: *La finalidad de la política*
Miguel Ayuso: *Las aporías de la democracia como forma de Estado*
Tomás de Montagut Estragués: *La cultura jurídica europea del ius commune (s. XII-XV): la teoría y la práctica de sus juristas*
Eustaquio Galán: *Franco: ¿tiranía o dictadura?*
Bernardino Bravo Lira: *Alemania Oriental y Chile. La asfixia del poder*
José Antonio Diez Fernández: *La consolidación del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia española*
Eduardo Soto Kloss: *¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad "extracontractual" como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia?*
Iván Aróstica Maldonado: *Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución*

CRÓNICA

Críspulo Marmolejo G.: *Thomas Aquinas*
Alejandra Gajardo Ugás: *Personalismo ontológico y sus elementos esenciales*
Sergio Núñez Ramírez: *¿Salario ético o salarios participativos?*
José Antonio Ureta Zañartu: *"No discriminación"*
Noticias Globales: Reino Unido: *La última trinchera de la familia*
José Miguel Ibáñez Langlois: *Pilato, ¿el demócrata perfecto?*
Mons. Héctor Aguer: *Proclamación de la verdad*
AICA: *La ONU y la OMS manipulan estadísticas de mortalidad materna*
ALBA: *El juez Bermúdez sabe contar*
Alex Rosal: *El espíritu de la checa*
Temas y Noticias: *Aniversario del genocidio ucraniano*
AICA: *Asesinatos de niños por nacer*
José Aragón: *Carta a mi madre*
AICA: *El pensamiento masónico no es compatible con la fe*

DOCUMENTOS

S.S. Benedicto XVI: *Discurso de Su Santidad Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Comisión Teológica Internacional. Viernes 5 de octubre de 2007*
S.S. Benedicto XVI: *Discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en un Congreso internacional de farmacéuticos católicos. Lunes 29 de octubre de 2007*
S.S. Benedicto XVI: *Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI al Director General de la FAO con motivo de la Jornada Mundial de la Alimentación. 4 de octubre de 2007*
S.S. Benedicto XVI: *Encuentro con las autoridades y el cuerpo diplomático. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI con ocasión del 850 aniversario de la Fundación del Santuario de Mariazell, Austria. Sala de las Recepciones de la residencia de Hofburg, Viena. Viernes 7 de septiembre de 2007*

S.S. Benedicto XVI: *Familia y paz. Con motivo de la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, el Papa afirma que la familia es la base de la paz en el mundo*
S.S. Benedicto XVI: *Discurso del Papa Benedicto XVI a un foro de organizaciones no gubernamentales de inspiración católica. Sábado 1 de diciembre de 2007*
Congregación para la Doctrina de la Fe: *La Congregación para la Doctrina de la Fe responde a la Conferencia Episcopal de EE. UU. señalando que es obligatorio suministrar alimento y agua a los pacientes en estado vegetativo. 14 de septiembre de 2007*
Ángelo Cardenal Sodano: *Discurso del Cardenal Ángelo Sodano con ocasión de la inauguración del monumento a Juan Pablo II en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 26 de septiembre de 2007*
Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile: *Educar para la paz, desafío para Chile. 14 de septiembre de 2007*
Juan Antonio Reig Pla: *La Familia, Patrimonio de la Humanidad*
Juan Antonio Reig Pla: *La ideología de la confusión*
John Flynn, L. C.: *La dictadura de la "tolerancia"*
Marta Ehlers Bustamante: *Sintonía con el Papa*
Iglesia en San Bernardo: *¿Defensa de la vida o imposición de la muerte?*
Temas Públicos: *Libertad, píldora y farmacias*
Cristóbal Orrego: *La píldora de la verdad*
Noticias Globales: *Para borrar el orden natural*
Gonzalo Vial Correa: *El Estado de Chile "no se la puede"*
Asociación por los Derechos Civiles (ADC): *La justicia obliga a adecuar todas las estaciones de los subterráneos para discapacitados*
Acción Familia: *Caos y contradicción, dos características del año 2007*

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Valparaíso - 16.10.2007. *Responsabilidad del Estado/fisco por daños producidos en Hospital Naval (Comentario de E. Soto Kloss)*

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E-mail

Tipo de Suscripción

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

❑ Boleta ❑ Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 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

UNIVERSIDAD DEL
HEMEROTECA

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.

R007050