

ACTUALIDAD JURIDICA



Año X

N° 19 Tomo I

Enero 2009

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Responsabilidad Profesional
¿un tipo especial o una regla general?**

•
**Un diagnóstico crítico
desde el derecho regulatorio**

•
**Hobbes,
precursor del Estado laico**

Universidad del
Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año X, N° 19 - Enero 2009

TOMO I

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*
Hugo Rosende A.
Cecily Halpern M.
Mario Rojas S.
Bruno Caprile B.
Jose Manuel Díaz de Valdés J.

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Hugo Fábrega V.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile
Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA

Índice de contenidos

TOMO I

- **Presentación** 5

Tema Central: *Responsabilidad profesional del abogado*

- **Sobre la responsabilidad profesional.** P. Rodríguez G. 9
- **El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad profesional en Chile.** C. Goñi D..... 25
- **Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado.** P. P. Vergara V..... 33
- **Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil.** A. Cruchaga G. 43

Homenaje al profesor Miguel Schweitzer S.

- **Presentación** 61
- **Miguel Schweitzer Speisky: Penalista.** A. Fernández D. 63

Ensayos y Estudios (1)

- **Abuso circunstancial y laguna legal.** P. Rodríguez G. 79
- **La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos.** R. Tavorlari O..... 127
- **El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado.** C. Hecker P. 139
- **El sistema español de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable.** M. L. Martín H. 209
- **Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas.** R. Gómez P. 263
- **El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística.** C. Boettiger P. 309
- **¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio.** J. F. García G. 327
- **Inconstitucionalidad por omisión del legislador.** S. Verdugo R. 373
- **La ajenidad del Juez.** H. Oberg Y. 397
- **Reforma de la Justicia Militar de Chile.** S. Cea C. 403

Presentación

La presente edición de *Actualidad Jurídica* (N° 19) ha escogido como tema central la responsabilidad profesional. Se trata de una materia que, a medida que aumenta el contingente de profesionales en el país, ha ido cobrando mayor importancia. Hasta no hace muchos años, era casi utópico reclamar sobre la prestación imperfecta de estos servicios. Se desplegaba sobre ellos una especie de cortina de impunidad, atribuible al poder corporativo de cada gremio que, como es lógico, se resistía a aceptar este tipo de consecuencias. En el día de hoy la realidad es muy distinta. Primero fueron las actividades relacionadas con la salubridad pública las que suscitaron juicios y reclamaciones, para luego extenderse a todos quienes trabajan en el ámbito profesional. No cabe duda que quienes detentan un título –especialmente cuando éste es universitario– deben responder por los daños que provoca una mala praxis. Sin embargo, es innegable que puede ello acarrear abusos y distorsiones, como parece haber ocurrido en no pocas oportunidades, en desmedro de profesionales idóneos y conscientes de la trascendencia de su misión. Resulta emblemático recordar lo acontecido en Estados Unidos, en donde la frecuencia con que se acusa a los profesionales y el monto de las indemnizaciones impuestas por los jueces han sobrepasado todo límite, estropeado la calidad de estos servicios e indisponiendo a este sector con la comunidad. A tanto ha llegado la magnitud del problema, que se ha propuesto un proyecto de ley para limitar las facultades de los jueces e impedir que se fijen reparaciones desproporcionadas. Tampoco es dable ignorar el reproche ético que se formula a los abogados por el aprovechamiento indebido de estas debilidades, lacra que bien podría exportarse a nuestro país en un futuro no lejano. La cuestión, entonces, es delicada y debe tratarse con precaución y sensibilidad social.

Entre nosotros, dos cuestiones preponderantes surgen en relación a esta materia. La primera consiste en precisar si la responsabilidad profesional constituye un “tipo jurídico especial” sujeto a reglas particulares o, a la inversa, debe ella asimilarse al estatuto general de la responsabilidad en todos sus aspectos (contractual y extracontractual). La segunda, quizás la más relevante desde un punto de vista práctico, es conocer el alcance que la jurisprudencia asigna a esta responsabilidad, cómo se configura y qué daños comprende la reparación de un incumplimiento de este orden. Ambas cosas están analizadas en nuestras páginas con especial referencia al ejercicio de la profesión de abogado, arista que, por cierto, tiene específica significación para nuestros lectores.

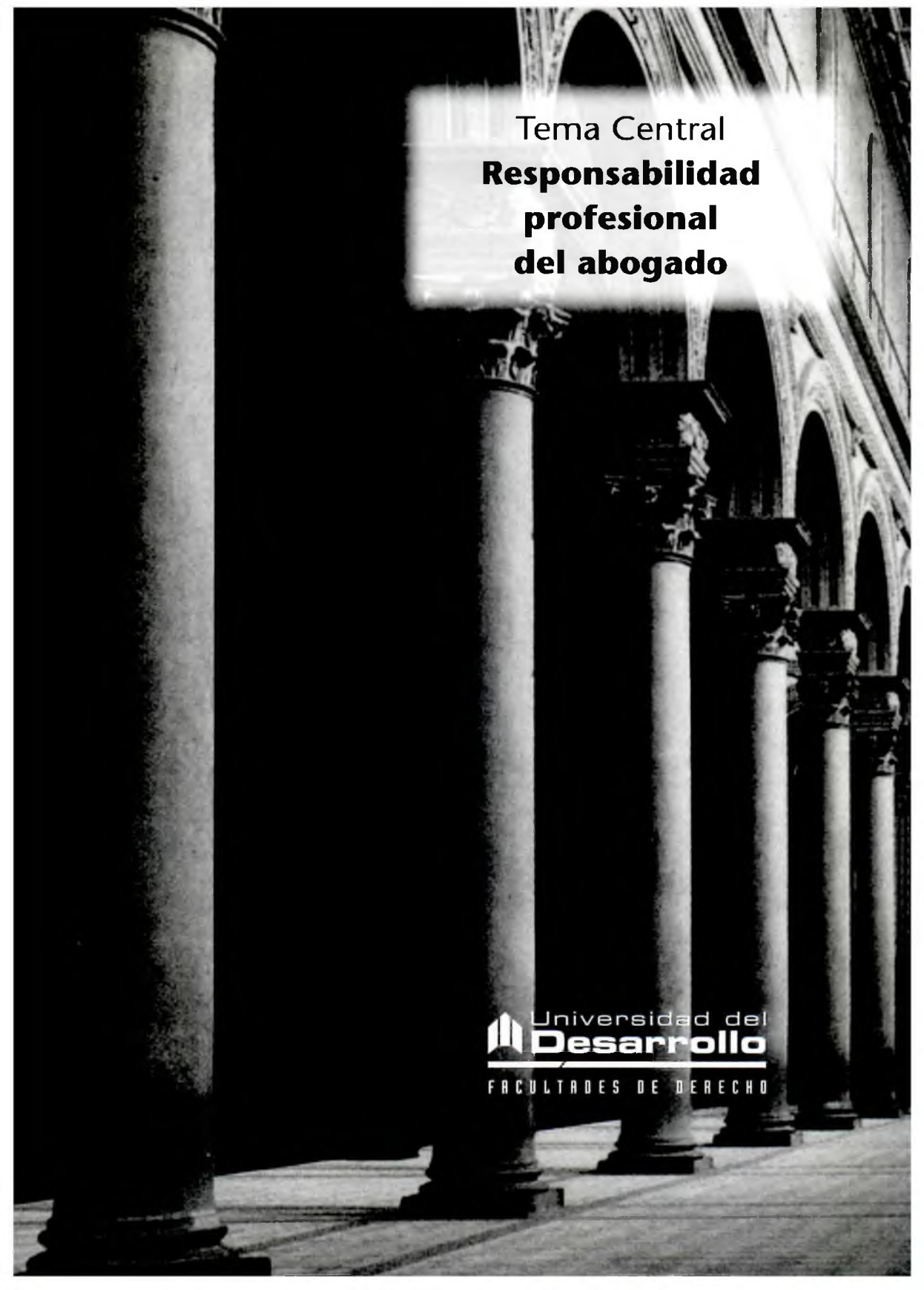
En los países más avanzados, como se dijo, esta clase de responsabilidad ha cobrado una importancia decisiva, al extremo de que no es posible ejercer una profesión universitaria sin previa contratación de un seguro especial. Esta exigencia va unida a las elevadas indemnizaciones que aplican los tribunales por concepto de daño moral. Si bien es cierto que no existen entre nosotros las llamadas “penas punitivas”, no lo es menos que las decisiones judiciales han abierto paso a la reparación del daño moral en materia contractual, atribuyéndose los jueces, incluso, facultades discrecionales para fijar su cuantía, todo lo cual permite anticipar que se trata de una tendencia (mayor cobertura de los daños) que se acentuará a corto plazo. Estos temas –seguro de responsabilidad e indemnización del daño moral en el ámbito contractual– que, ciertamente, suscitarán controversias en el futuro inmediato, están tratados en esta publicación.

La presente edición de *Actualidad Jurídica* incluye, además, estudios sobre la expansión del derecho regulatorio (que amenaza con amargar las garantías constitucionales), la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística, la teoría del abuso circunstancial, sobre “Hobbes, precursor del Estado Laico”, y numerosos otros trabajos en materia constitucional, civil, laboral y procesal.

Finalmente, creemos útil destacar que nos hemos adherido al homenaje de que fue objeto el insigne profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky, con ocasión del centenario de su natalicio. Al efecto, damos a conocer a nuestros lectores una ponencia sobre esta especialidad que recoge aspectos medulares de su pensamiento jurídico.

Actualidad Jurídica continuará desplegando sus mejores esfuerzos para profundizar y difundir el estudio del Derecho en sus múltiples vertientes, convencidos, como estamos, que es esta la mejor forma de cooperar a su perfeccionamiento y desarrollo. Vivimos un período de cambios e innovaciones trascendentales, tanto en lo relativo al derecho substantivo como adjetivo, lo cual, unido a la revolución tecnológica de que somos testigos y tributarios, ha dado al Derecho una proyección más amplia y ambiciosa. Todo ello constituye un aliciente para promover entre docentes, abogados y estudiantes la inquietud por el conocimiento y difusión de las nuevas estructuras jurídicas, único camino para afianzar la libertad, la paz y la seguridad que brinda el ordenamiento normativo.

EL DIRECTOR



Tema Central
**Responsabilidad
profesional
del abogado**

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Sobre la responsabilidad profesional

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Sobre la responsabilidad en general

La responsabilidad, en general, puede conceptualizarse diciendo que ella consiste en reparar los perjuicios que provoca el incumplimiento de una obligación preexistente. De aquí que sea necesario, previamente, establecer cuál es la naturaleza de la obligación infringida. Como es sabido, dicha obligación puede hallarse establecida en un contrato o en la ley, y, en este último caso, tratarse del deber genérico de no causar daño a nadie en la vida social (*neminem laedere*) o de un deber específicamente impuesto en la ley. Por lo tanto, la responsabilidad tiene tres vertientes distintas: **contractual, extracontractual y legal** (incluyendo en esta última la llamada responsabilidad cuasicontractual).

La responsabilidad, desde esta perspectiva, es una **sanción civil** que debe ser considerada como una conducta de reemplazo equivalente y substitutiva del cumplimiento de la obligación. Desde este punto de vista, su objetivo último es restaurar el orden social instituido en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad, por ende, contribuye y es requisito esencial de la "seguridad jurídica", valor de situación que sólo puede concebirse en el marco de un "estado de derecho".

En nuestro sistema jurídico la responsabilidad se funda en un reproche **subjetivo** que se manifiesta en la necesidad de vincular el incumplimiento de la obligación a un factor de atribución (culpa o dolo). Tal principio opera, por igual, en el ámbito de la responsabilidad contractual como extracontractual. Sólo por excepción la ley considera casos de responsabilidad **objetiva** que deben hallarse definidos expresamente en la ley o desprenderse de manera inequívoca de ella. Este tipo especial de responsabilidad está fundado en el **riesgo** (creación o aprovechamiento de circunstancias peligrosas que por sí solas aproximan a la víctima al daño o lo exponen directamente a él). Es incuestionable que éste se multiplica en la vida moderna como consecuencia de la llamada sociedad de masas y el desarrollo tecnológico, que nos enfrenta, cada vez más, a peligros desconocidos e incontrolables que se traducen en daños muchas veces, incluso, difusos y de autoría incierta.

No creemos nosotros posible sustentar una teoría unitaria de la responsabilidad, como muchos autores lo han postulado. Afirmamos, por el contrario, que la dualidad entre responsabilidad contractual y extracontractual obedece a realidades irreconciliables y diversas que se expresan en una multiplicidad de aspectos recogidos en las normas positivas. Prueba de lo que se señala es el hecho de que existen disposiciones diferentes y hasta contrapuestas entre ambas instituciones, todas las cuales apuntan a la naturaleza misma de la responsabilidad. Podría sostenerse, por consiguiente, que se trata de dos estatutos jurídicos incompatibles: uno fundado en un vínculo previamente establecido entre un sujeto pasivo (obligado) y un sujeto activo (acreedor); y otro en un vínculo impuesto en la ley, que nace al momento de producirse el incumplimiento, entre la víctima (dañado) y el victimario (dañador).

De lo expuesto se desprende, prima facie, que la responsabilidad profesional puede configurarse en el campo de la responsabilidad contractual (cuando la obligación nace del contrato) o en el campo de la responsabilidad extracontractual (cuando los servicios de esta índole no han sido convenidos con antelación al incumplimiento). Los autores han destacado el hecho de que, por lo general, los servicios profesionales se prestan en virtud de contratos de adhesión o por adhesión o de cláusulas predispuestas, en los cuales el "cliente" se limita a prestar su aceptación sin que exista una negociación de las condiciones. Asimismo, no son infrecuentes las llamadas "relaciones necesarias", "cuasicontractuales" y "forzosas" (como ocurre con un médico que atiende en una dependencia de urgencia a un paciente inconsciente o incapaz de decidir por sí mismo). Usualmente, entonces, las prestaciones profesionales tienen rasgos propios, porque contractualmente provienen de contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas o, bien, resultan de una relación forzosa o necesaria. Lo anterior justifica dar a este tipo de relaciones un tratamiento especial más acorde con su carácter y su naturaleza.

II. Tendencias actuales sobre la responsabilidad

En el último tiempo la responsabilidad ha experimentado una evolución muy significativa. Son numerosas las innovaciones que se han producido en este ámbito, generándose, incluso, el llamado "derecho de daños", que se aboca, precisamente, a la tarea de desarrollar y sistematizar las reformas, la nueva jurisprudencia y la doctrina que incide en esta materia. Si se nos pidiera precisar en qué aspectos esta evolución ha sido más profunda, deberíamos, a lo menos, señalar tres capítulos:

a. Aumento de la cobertura de daños. En todos los sistemas de responsabilidad se ha ido ampliando la naturaleza, origen y caracteres de los daños indemniza-

bles, especialmente el llamado “daño subjetivo” o daño sobre la persona (daño ambiental, daño sexual, daño estético, daño biológico, daño a la salud, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida, daño espiritual, daño psíquico, etcétera). La jurisprudencia nacional y comparada ha abierto camino a esta tendencia, aceptando la reparación de daños de la más diversa índole.

b. Aumento de los casos de responsabilidad objetiva. El mundo moderno y, en especial, la sociedad de masas y el prodigioso y continuo desarrollo tecnológico han multiplicado las áreas de “riesgo creado”, lo cual, en muchos casos, ha acarreado una desconfianza del medio social en instalaciones y proyectos cuyos verdaderos efectos se desconocen. Así, por ejemplo, el emplazamiento de torres eléctricas de alta tensión, o de antenas telefónicas, o la construcción de centrales hidroeléctricas o termoeléctricas, o de embalses que alteran el medio ambiente, etcétera, desatan reacciones sociales multitudinarias de rechazo que se traducen en el reclamo de elevadas reparaciones patrimoniales. No exageramos al sostener que la comunidad demanda la ampliación de la responsabilidad objetiva frente a hechos y situaciones que sobrepasan su previsibilidad sobre perjuicios eventuales.

c. Admisión de regímenes especiales de responsabilidad. Lo antes señalado ha hecho aumentar los regímenes orgánicos de responsabilidad objetiva, como sucede en el área del derecho aeronáutico, del consumidor, del tránsito, informático, ambiental, del paciente, etcétera. De este modo, se abre paso una zona cada día mayor en que los daños indemnizables aumentan considerablemente al margen del juicio de reproche subjetivo representado por los factores de atribución o imputabilidad.

III. Responsabilidad profesional

Esta clase de responsabilidad debe considerarse inserta en las tendencias ya señaladas. Acorde con lo anterior, urge reconocer que este tipo de responsabilidad tiene rasgos propios que demandan un tratamiento distinto por parte de la jurisprudencia, como se demostrará en las observaciones que siguen.

Una autora, al referirse a este tema, comienza por reconocer que “no existe hoy consenso doctrinario y jurisprudencial relativo al factor de atribución aplicable a la responsabilidad civil del abogado”.¹ De aquí que se exija la concurrencia de un factor subjetivo u objetivo para configurar este tipo de responsabilidad. La

¹ Sandra M. Wierzbza. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Editor José Luis Desalma. Buenos Aires. Año 2006. Pág. 95.

misma autora, partiendo de la distinción propuesta por Demoge y acogida por la jurisprudencia francesa, entre “obligaciones de medio” y “obligaciones de resultado”, ha sistematizado las tendencias sobre esta cuestión en la siguiente forma: “a) El abogado siempre responde subjetivamente (pues sólo se halla comprometido por una obligación de medio); b) El abogado responde en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas, o sobre la base de una obligación de medio, pero con carga probatoria invertida. c) El abogado responde en general en forma subjetiva, mas lo hace objetivamente en algunos casos, por ejemplo, en relación al cumplimiento de ciertos actos que hacen a su específica incumbencia (en ciertos supuestos debe medios, en otros debe alcanzar un resultado)”.² Como puede apreciarse, la responsabilidad profesional tiene aristas propias y no es fácil circunscribirla a una sola categoría.

Creemos útil referirnos y comentar los casos en que el profesional (en este supuesto el abogado) responde objetivamente, ya que, como es sabido, la regla general es la responsabilidad subjetiva, razón por la cual para que exista responsabilidad deberá concurrir como factor de imputación la culpa o el dolo. Siguiendo a la misma autora, sobre este punto, se señala que el abogado puede obligarse a un determinado resultado, por ejemplo cuando se compromete a “redactar un contrato o un estatuto societario”, o a realizar una “partición”. Asimismo, en los “actos procesales” que realiza el abogado, tales como presentar un escrito judicial en el plazo legal, concurrir a una audiencia o, en el evento de que pese sobre su cliente un “impulso procesal” proceder a tal impulso. En tales casos no sería necesario probar culpa profesional, bastando con la “objetiva frustración del resultado esperado”. Corresponde, entonces, al abogado que pretende eximirse de responsabilidad demostrar una causa ajena –hecho de la víctima o caso fortuito– en la producción del resultado dañoso. La referida autora, al plantear su posición sobre la materia, se inclina por la responsabilidad subjetiva, pero concluye con dos aclaraciones: “a) A pesar que el abogado responde por culpa, recayendo en un principio la carga de la prueba sobre el damnificado, no rechazamos la imposición de mayores obligaciones a los abogados con el paso del tiempo y la evolución del derecho. El reconocimiento de nuevas exigencias, como, por ejemplo, informar y obtener el consentimiento del cliente, o asumir la plena dirección jurídica aun a falta de mandato, resulta válido y hasta plausible. Sólo que el incumplimiento de tradicionales o nuevos deberes profesionales podrá ser juzgado sobre la base del art. 512 del Cod. Civil (argentino), que expresamente permite apreciar la circunstancias de tiempo y lugar, y así recoger y adaptarse a los nuevos desarrollos. b) Lo dicho hasta aquí no obsta la responsabilidad objetiva en que podrá incurrir el abogado en

² Sandra M. Wierzba. Obra citada. Págs. 95 y 96.

supuestos puntuales, si pesare sobre él un deber de garantía por la conducta de otro profesional”.³

Si bien es cierto que estos comentarios están referidos al ejercicio de la profesión de abogado, tienen ellos una clara incidencia en lo relativo a las demás profesiones. Muchos de los planteamientos relativos a la responsabilidad profesional –su inmensa mayoría– están referidos al ejercicio de la medicina, lo cual, en cierta medida, ha distorsionado la teoría general y sensibilizado a la jurisprudencia, atendida la naturaleza misma de dichos servicios. No está de más señalar que rechazamos nosotros la distinción entre obligaciones de “medio” y de “resultado”, la cual carece de base en nuestra legislación, sin perjuicio de distorsionar lo que resulta esencial en el concepto y contenido de la obligación. Por lo mismo, fundar en ella una supuesta responsabilidad objetiva en lo que atañe al ejercicio de una profesión, nos resulta inaceptable. La obligación impone al sujeto pasivo (deudor) una “conducta típica”, dada por el nivel de diligencia de que responde, y no el logro de un determinado resultado. Confundir la “obligación” con la “prestación” constituye un error, porque se asimila el medio (conducta) y el resultado (aquello que se procura alcanzar). Consiguientemente, ningún profesional responde nunca de un resultado, sino sólo de una conducta o comportamiento que se orienta a la consecución de un fin (la prestación). Lo propio ocurre en todas las demás obligaciones, cualquiera que sea su contenido y finalidad.

IV. La responsabilidad profesional en Chile

En nuestro país, atendida la especialidad de algunas de las disposiciones que regulan el ejercicio de las profesiones universitarias, la cuestión tiene contornos propios.

Nuestra tesis, por ende, se apoya en la naturaleza de estos servicios y en la intervención que cabe al Estado al imponer un “deber de garantía” respecto de todo aquello que ejecuta un profesional en calidad de tal.

A. Título profesional y monopolio legal

La actividad profesional está **regulada en la ley y reservada a determinadas personas** que, a juicio del Estado (ley), se encuentran en condiciones de prestar este tipo de servicios. Por consiguiente, es la comunidad toda la que, para su conveniencia y resguardo, habilita sólo a ciertos individuos para el ejercicio de

³ Sandra M. Wierzba. Obra citada. Pág. 108.

actividades especiales a las cuales se asigna especial relevancia. Por lo tanto, forzoso es reconocer que el título profesional, otorgado por alguna universidad reconocida por el Estado, impone un “deber de garantía” que se traduce en que el profesional está capacitado y cuenta con las aptitudes y destrezas técnico-científicas que aseguran un desempeño adecuado en lo tocante a las materias que forman parte de su actividad especializada.

A la acreditación de habilidades profesionales (otorgamiento de un título universitario) se sigue el establecimiento de un **monopolio en favor del titulado**, resguardado por normas de carácter civil y penal (el ejercicio ilegal de profesiones titulares está sancionado en el artículo 213 del Código Penal). La reserva de esta actividad económica a un núcleo reducido de personas es consecuencia del “deber de garantía” que se sigue de la certificación de competencia que representa el otorgamiento del respectivo título universitario.

En consecuencia, la actividad profesional se despliega, a nuestro juicio, sobre la base de tres rasgos distintivos:

a. Posesión de un certificado de competencia profesional otorgado por el Estado, a través de un establecimiento universitario reconocido oficialmente o de una entidad pública (título). Sólo pueden ejercer estas actividades aquellas personas investidas de tal calidad. Es más, la misma ley establece los casos en que se pierde la facultad de ejercer profesiones titulares (como ocurre, por ejemplo, al aplicarse al profesional una pena de inhabilitación perpetua o temporal para el ejercicio de una profesión titular, sanción regulada en los artículos 39 y 40 del Código Penal).

b. Imposición de una máxima diligencia y cuidado en el desempeño de estas tareas, lo cual resulta ser la natural contrapartida de la autorización concedida para estos efectos y del monopolio de que goza el poseedor del título profesional. Como se analizará enseguida, ello implica que el profesional estará siempre obligado, en el desempeño de estas tareas, a emplear la máxima diligencia y cuidado que corresponda según el área en que desempeñe dichas funciones (contractual o extracontractual).

c. La culpa profesional no se gradúa en todo lo que dice relación con las habilidades, competencias y destrezas que integran esta actividad. En otros términos, el profesional debe emplear, como se dijo, la máxima diligencia (responde por culpa levísima) en todo cuanto dice relación con los servicios profesionales que ha contratado, y de la máxima diligencia (según los estándares generales imperantes en la sociedad), cuando se trate de servicios que no han sido objeto de estipulación contractual.

Fruto de estos rasgos distintivos de la actividad profesional es el “**deber de garantía**” que conlleva todo servicio profesional universitario, ya que no tendría sentido ninguno la intervención del Estado en el otorgamiento de los títulos profesionales, si de ello no se derivara una consecuencia positiva para quienes requieren de este tipo de servicios especiales.

Lo señalado precedentemente ha suscitado controversia en la doctrina. Jorge Mosset Iturraspe describe este panorama en los siguientes términos:

“La doctrina ha tenido oportunidad de ocuparse de dos posiciones extremas, en orden a la culpa de los profesionales:

“1. Aquella que, con un marcado afán de ‘tutela profesional’ sólo admite su responsabilidad frente a la demostración de su ‘culpa grave’ –situación que el proyecto de 1998 asimila al dolo (art.1604 c)– y que la doctrina tradicional ha configurado cuando se da una ‘negligencia mayúscula’, una imprudencia grosera o una impericia rayana en la ignorancia (es la solución acogida por el Código Civil del Perú), y

“2. Otra, francamente opuesta, que extiende la responsabilidad de los profesionales a los hechos –o incumplimientos– atribuibles a cualquier especie de culpa: grave, leve o levisísima. Recordemos que si la culpa grave apunta a impericias burdas o groseras, y la leve a los descuidos que un profesional medio no hubiera cometido, la levisísima tiene como sustento un obrar sumamente diligente o celoso, cuidados extremos, dedicaciones máximas.

“No aprobamos ninguna de estas posturas que se apartan de la prudencia, razonabilidad o ‘logos de lo razonable’, al decir de Recas. La primera peca por falta de permisividad, y la segunda por exceso de rigurosidad.

“Empero, mientras la pretensión de hacer responsable por ‘toda culpa’, por más mínima que ésta sea, aparece hoy como muy extraña –casi a contramano de los tiempos o de sus designios–, la contraria, la que deja sin sanción ciertas faltas por carecer de gravedad extrema –asimilable al dolo– muestras ‘rebrotos’ o nuevos adictos. Pensamos que los profesionales no pueden estar en una situación privilegiada o de excepción, frente al hombre común, a sus faltas o errores; pero tampoco creemos que sea justo que el ordenamiento ‘se ensañe’ con ellos y les exija más de lo que se pretende de cualquiera. Responsabilidad por culpa grave y leve no parece suficiente y equitativo.

“En expresión de Bueres, se exige ‘la prudencia normal, la que puede prestar el médico diligente medio, que no es lo mismo que el ‘mediano’ o el ‘mediocre’ ”.⁴

Discrepamos de lo manifestado por este autor, ya que, como hemos señalado en lo precedente, tratándose de la responsabilidad de los profesionales universitarios existen dos factores que no se presentan en los demás casos y que, por lo mismo, ameritan una consideración especial. No es indiferente que la capacidad y preparación profesional esté certificada por el Estado (a través del control sobre la dación de los títulos universitarios), y que el mismo Estado haya consagrado un monopolio en favor de aquellos que están dotados presuntivamente de las capacidades, habilidades y destrezas que exige la “buena praxis”. Quien requiere de un médico, un abogado, un ingeniero, un odontólogo u otro profesional universitario, está obligado a escoger entre aquellos seleccionados por el Estado y, precisamente, porque es éste quien certifica su idoneidad profesional. No parece justo, entonces, asignarles a todos ellos el mismo tratamiento que se da una persona cualquiera en sus actividades laborales. Es aquí en donde radica una diferencia que no puede soslayarse y que justifica imponer al profesional universitario los máximos rangos de diligencia y cuidado. Lo señalado no es, como dijimos, sino una consecuencia directa del “deber de garantía” que va implícito en todo servicio profesional.

Dos cosas pueden parecer discutibles. En primero lugar, la intervención que corresponde al Estado en la certificación de idoneidad profesional y, en segundo lugar, la deducción que hacemos para llegar a sostener un tratamiento legal diferente cuando abordamos la responsabilidad profesional. Veamos. Si bien es cierto que los títulos profesionales son otorgados, generalmente, por las universidades, no lo es menos que todas ellas, por mandato legal, están reconocidas y acreditadas por el Estado. Podrá sostenerse que el control que se ejerce sobre éstas es menor o no determinante, pero esta cuestión –por lo demás bien discutible– es de políticas públicas y está definida en la ley. Lo cierto e indiscutible radica en que es el Estado quien reconoce el “título profesional” y el que crea y ampara el “monopolio” de que gozan quienes ejercen tareas de esta índole. Por otra parte, de la certificación de idoneidad que otorga el Estado y del monopolio que consagra la ley puede deducirse que los profesionales universitarios no se hallan en la misma condición en que se encuentra una persona cualquiera. Un sentido jurídico elemental no puede prescindir de los factores diferenciadores ni desconocer que ellos deben tener efectos en el ámbito de la responsabilidad. De la certificación del Estado y del monopolio legal que favorece a los profesionales se deduce la imposición de mayores

⁴ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo VIII “Responsabilidad de los profesionales”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Año 2001.

exigencias sociales, lo cual se traduce en la asunción de todos los grados de culpa (levísima en el campo contractual y de acuerdo a los estándares generales predominantes en la sociedad en el campo extracontractual).

B. Descomposición de la “culpa profesional”

La culpa profesional ha sido definida diciendo que es “aquella en que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella impone; se trata de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad”.⁵ De esta definición se desprende que **el profesional está sujeto a responsabilidad por culpa “común” –en lo que concierne a algunos de sus comportamientos– y a “culpa profesional” –en lo que concierne a los conocimientos, habilidades y destrezas propios de su especialidad.** La responsabilidad profesional, por lo tanto, es compleja, porque la conducta de que nace no está calificada por un único padrón, lo cual queda de manifiesto si se tiene en consideración el carácter especializado de sus servicios. Ambos tipos de culpa –común y profesional– integran el deber de diligencia y cuidado que se le impone, pero, como se demostrará, en diversas áreas de su actividad.

La **culpa profesional** (de la cual se deduce la diligencia y el cuidado con que debe actuarse) se descompone en tres rubros diferentes:

a. Negligencia. Se describe como una conducta omisiva, violatoria del comportamiento solícito, atento, sagaz, al cual falta el deber de adoptar las medidas de precaución habitualmente admitidas. Quien actúa negligentemente lo hace con desgano, despectivamente y sin esforzarse por prevenir las consecuencias malignas de sus actos.

b. Imprudencia. Se describe como la ejecución de acciones indebidas, precipitadas o prematuras, falta de cautela o moderación, toma de “opciones arriesgadas” (que aproximan a la víctima al daño). En otros términos, la imprudencia supone sobrepasar las barreras de los riesgos inherentes a toda actividad u obrar sin cuidar los peligros que normalmente encierra cualquier decisión o conducta humana.

c. Impericia. Se describe como la incapacidad técnica y científica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. Dicho de otra manera, se trata de faltas a la “*lex artis*”.

⁵ Trigo Represas, F. A. *Responsabilidad civil de los profesionales*. N° 1. Serie “Seguros y responsabilidad Civil”. Astrea. Buenos Aires. Tomo I. Pág. 27. Año 1978.

De lo que se señala se infiere que la "culpa" admite, a lo menos, tres categorías descriptivas del comportamiento, diversas y representativas de faltas, todas las cuales se sustentan en conductas con fundamentos también disímiles. Difieren sustancialmente, a nuestro juicio, el obrar con negligencia, con imprudencia o con impericia. Es en esta última categoría en donde hallamos lo típicamente "profesional", lo que determina el "deber de garantía" que asume el Estado, y la razón última del "monopolio" de que gozan quienes poseen un título universitario.

C. Reglas para configurar la responsabilidad profesional

Atendiendo a la naturaleza misma de la actividad profesional y al alcance que hemos asignado a las categorías distintivas de la misma, es posible concluir que la **negligencia** y la **imprudencia** deben juzgarse **subjétivamente**, de acuerdo a los estándares generales predominantes en la sociedad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y sobre la base de la graduación de culpa (grave, leve y levisima) en el ámbito de la responsabilidad contractual. Lo anterior, porque el grado de diligencia y cuidado viene impuesto como consecuencia del beneficio o monopolio de que goza el profesional en el desempeño de sus actividades. La negligencia y la imprudencia de un profesional no admite diferencias sustanciales con la diligencia y la imprudencia en que puede incurrir un hombre común, porque ellas escapan al "deber de garantía" que asume el Estado en lo que dice relación con las habilidades y aptitudes profesionales. Dicho de otro modo, lo que certifica el Estado, al autorizar el otorgamiento del título profesional, es la preparación técnico-científica de que está dotada la persona, pero no garantiza que su comportamiento sea diligente y prudente. Respecto de esto último el profesional es una persona común.

Por su parte, la **impericia** es un factor de **responsabilidad objetiva**, ya que toda falta a la "*lex artis*" implica quebrantar la presunción de idoneidad certificada por el Estado, la cual habilita al profesional para desempeñarse en un mercado monopólico. Por ende, para configurar esta responsabilidad sólo se requiere probar la infracción a la "*lex artis*" y la relación de causalidad con el daño producido. Es en este marco en donde puede hablarse con propiedad del "deber de garantía" que el Estado asume al autorizar a una entidad universitaria para otorgar un título profesional. Desde este punto de vista, resulta imposible desvincular al Estado de toda relación con las universidades autorizadas para certificar la idoneidad de los profesionales.

Es indudable que la **atención profesional se compone de muy diversas actividades**, no todas ellas derivadas de la preparación técnico-científica que se atribuye al profesional. Algunas de estas actividades son propias del quehacer de toda persona, como el comportamiento atento, cauteloso, solícito, modera-

do, sagaz, precavido, cuyas faltas configuran la **negligencia**. Otras actividades dicen relación con decisiones oportunas, no precipitadas o riesgosas, cuya falta configura la **imprudencia**. En este marco debe juzgarse al profesional de acuerdo a los rangos generales de la responsabilidad, como un sujeto afecto al mayor grado de diligencia por las razones antes señaladas (monopolio de que goza por mandato legal). Pero siempre en los márgenes de la responsabilidad **subjetiva**. Por lo mismo, no hay responsabilidad cuando se le reprochan al profesional actos negligentes o imprudentes, si no concurre un factor subjetivo de imputación (culpa o dolo).

Pero no sucede lo mismo cuando al profesional se le imputa incapacidad técnica o científica o el desconocimiento de las reglas propias de su ciencia o arte, siempre que éstas integren su formación profesional. En tal caso nos hallamos en el campo de la **responsabilidad objetiva**, porque, cualquiera que sea la posición subjetiva del infractor, éste ha debido conocer y aplicar la "*lex artis*", en razón del título que ostenta y del monopolio de que goza. El factor de imputación en este caso es **objetivo** y se satisface con la sola infracción a la "*lex artis*".

El fundamento de esta premisa radica en el hecho de que existe un título profesional en el cual el Estado (a través de la ley) asegura al entorno social que el profesional domina los conocimientos técnico-científicos que habilitan para el ejercicio de la profesión. De aquí que no interese la posición subjetiva del profesional, porque ello cae en el marco del "deber de garantía" instituido en la ley.

Surge, a este respecto, una pregunta crucial. **¿Puede descomponerse la culpa atendiendo a los deberes que de ella se desprenden?** Podría sostenerse que la culpa es indivisible, por lo cual no es dable medir, sino con un mismo criterio e instrumento (culpa profesional), la diligencia y cuidado que determina la responsabilidad cuando ella deriva de la falta de cualquiera de las exigencias que integran la constitución de esta conducta. Sin embargo, estimamos nosotros que no existe impedimento alguno para delimitar la responsabilidad objetiva que se impone en razón de la "culpa profesional". Es indudable que el título otorgado por el Estado o por instituciones reconocidas por el Estado no alcanza a todos los comportamientos que despliega el profesional en sus tareas. Lo que se asegura a la comunidad, a través de la evaluación, es la idoneidad técnico-científica del profesional, de suerte que sobre esta materia no influyen los factores subjetivos de atribución y la responsabilidad se configura con la sola violación de la "*lex artis*".

Podemos, por lo mismo, sintetizar las razones que permiten descomponer los deberes que se comprenden en la "culpa profesional", en la siguiente forma:

i) la certificación de competencia del Estado está limitada a los conocimientos científico-técnicos que involucran la formación profesional; ii) la actividad de un profesional se despliega en dos planos distintos, tanto en cuanto “persona”, sujeta a todas las exigencias que corresponden, y en tanto “profesional”, esta vez sujeto a los deberes específicos y a las exigencias propias de un quehacer especializado; iii) las aptitudes y habilidades propias de la pericia específica exigida por la profesión no se transmiten a los demás deberes ajenos a lo propiamente profesional; iv) la impericia, por sí sola, importa una infracción a la calidad de los servicios previstos por la respectiva profesión, y v) la seguridad que hacia la sociedad proyecta un título universitario no alcanza a la persona en su integridad, sino sólo al acervo técnico-científico que integra su formación superior.

En consecuencia, si es legítimo distinguir en el contenido de “culpa profesional” las tres categorías antes expuestas (negligencia, imprudencia e impericia), es perfectamente legítimo sostener que puede darse un tratamiento diverso a cada una de estas infracciones. Refuerza nuestra afirmación el hecho de que en algunas leyes se consagren ambos tipos de responsabilidad (subjetiva y objetiva). Así ocurre tratándose del Código Aeronáutico, que contempla varias hipótesis de responsabilidad objetiva en las cuales se limita la cuantía de la reparación, pero pudiendo el afectado optar por la responsabilidad subjetiva y, de este modo, reclamar una indemnización sin limitaciones previas. El artículo 172 de dicho cuerpo legal prescribe que: “En todo caso, el afectado por el daño podrá demandar una indemnización superior a los límites señalados en el código, si probare dolo o culpa del transportador, del explotador o de sus dependientes, cuando éstos actuaren durante el ejercicio de sus funciones.” El ejemplo al que recurrimos no coincide exactamente con el problema planteado, pero, al menos, deja en evidencia que puede convivir en una misma conducta la responsabilidad subjetiva (regla general) con la responsabilidad objetiva (excepción).

En suma, en tanto para el establecimiento de la responsabilidad derivada de la negligencia e imprudencia el profesional está sometido a las reglas generales de la responsabilidad subjetiva (en el entendido de que responde del máximo nivel de diligencia y cuidado), para el establecimiento de la responsabilidad profesional opera un factor objetivo de imputación, lo cual da lugar a casos de responsabilidad objetiva.

Creemos que de esta circunstancia (diversidad de categorías en la culpa) se deriva la mayor parte de los problemas que plantea este tipo de responsabilidad y lo que ha provocado también la mayor parte de las opiniones encontradas y disidencias.

Algunos ejemplos aclararán nuestro pensamiento. Si un abogado llega retrasado a un alegato, dejando a su cliente en la indefensión, no puede estimarse que ha habido una infracción a la "*lex artis*", sino un acto de negligencia que sólo se sancionará si concurre un factor de imputación (dolo o culpa), pudiendo el afectado exonerarse de responsabilidad probando que ha sido víctima de un caso fortuito o fuerza mayor. Lo propio podría decirse de un médico que retrasa una intervención indebidamente, prolongando los malestares y dolores del paciente, pero sin poner en peligro ni la vida ni la integridad física del mismo. Distinta es la situación si el abogado deduce un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de primera instancia o apela de una sentencia definitiva de segunda instancia, porque ello implica un desconocimiento de la "*lex artis*", materia que el profesional está obligado a dominar. Lo que señalamos es plenamente aplicable a los demás profesionales universitarios. Se ha presentado un caso interesante a propósito de un médico que habría intervenido quirúrgicamente a un paciente en estado de ebriedad, pero desempeñándose con plena habilidad y adecuadamente. Creemos que en este caso sólo puede configurarse la responsabilidad si se dan los presupuestos de la responsabilidad contractual y se acredita dolo o culpa (factor de imputación), y siempre que de lo obrado se siga un perjuicio indemnizable. Los casos podrían multiplicarse. En la jurisprudencia extranjera se ha fallado el caso relativo a un abogado, a quien se reprochó como **conducta imprudente** haber esgrimido sin éxito ante el tribunal una nueva teoría jurídica no sancionada por la doctrina ni por la jurisprudencia. En este supuesto, creemos nosotros que la cuestión debe resolverse sobre la base de la responsabilidad subjetiva, ya que lo obrado no es consecuencia del desconocimiento de la "*lex artis*", sino de una "operación arriesgada" o una alegación "prematura".

Para concluir, digamos que la experiencia revela que no sólo es posible aplicar la ley de la manera propuesta, sino que ello ocurre efectivamente en la realidad jurisprudencial. Los jueces están inclinados a no excusar las infracciones a la "*lex artis*" (la impericia), pero si el obrar negligente o imprudente de un profesional. Tan absurdo nos parece aplicar un marco de responsabilidad objetiva a la conducta no estrictamente profesional, como aplicar el marco de la responsabilidad subjetiva a una conducta que sí corresponden a actividades propias de las tareas de un profesional.

No puede ignorarse el hecho de que existen zonas grises, en las que no es fácil distinguir si se trata de una negligencia o imprudencia común o de una impericia atribuible a la infracción de la *lex artis*. Tampoco puede ignorarse que en ciertas materias es posible que se produzca una superposición entre las distintas categorías de la culpa. Como es lógico, ello deberá ser ponderado y resuelto, en cada caso particular, por el juez, pero siempre dentro del esquema propuesto.

D. Acerca de las llamadas “obligaciones de medio”

La doctrina jurídica, a mi juicio sin base positiva ninguna, ha planteado la existencia de las llamadas “obligaciones de medio” opuestas a unas supuestas “obligaciones de resultado”. Esta distinción fue propuesta por Demogue en Francia, siendo acogida por la jurisprudencia. Creemos nosotros que todas las obligaciones son de medio, puesto que ellas imponen un “deber de conducta” tipificada en la ley. Quien se obliga no asume la realización de un fin determinado (“prestación” en la relación obligacional), sino que se compromete a desplegar una conducta que se describe por las partes en el campo contractual o en la ley que opera en subsidio de la autonomía privada. Lo propio ocurre en el campo de la responsabilidad extracontractual y legal, ya que es la norma la que determina la diligencia y cuidado que se imponen al sujeto pasivo (dañador). Por consiguiente, toda obligación distingue entre el medio y el resultado. El primero es la conducta debida (obligación propiamente tal) y el segundo el proyecto o finalidad que se propone alcanzar (“prestación”). Ahora bien, si no se logra el fin propuesto desplegando la conducta debida, sólo se “presume” que el obligado no ha cumplido, pudiendo este último probar que ha obrado con la diligencia y cuidado a que se comprometió, caso en el cual no existe responsabilidad.

Tratándose de la responsabilidad profesional, la “prestación” se confunde con la “conducta debida”, ya que se estipula que el deudor (obligado) deberá desplegar “sus mejores esfuerzos”, u “obrar con el máximo cuidado” o con “la diligencia media”, etcétera. ¿Quiere ello decir que se trata en este caso de “obligaciones de medio” en oposición a supuestas obligaciones de resultado? La respuesta es negativa. Lo único que observamos es la reafirmación de la verdadera naturaleza del vínculo obligacional, esto es, la imposición de una conducta tipificada en la ley, la cual se determina a partir del grado o nivel de “culpa” (diligencia y cuidado) de que se responde.

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la peculiaridad de la obligación que asume el profesional, comprometido a desplegar un cierto grado de diligencia y cuidado? La respuesta nos parece clara. Lo que en este tipo de obligaciones ocurre es una alteración del *onus probandi*, ya que sólo puede estimarse como incumplimiento, provisional y definitivo, no desplegar la conducta debida, lo cual deberá ser acreditado siempre por el pretensor (acreedor). Lo anterior es precisamente lo contrario de lo señalado precedentemente, puesto que en la generalidad de las obligaciones la circunstancia de no alcanzarse la realización de la “prestación” hace presumir el incumplimiento, pudiendo el obligado acreditar que ha obra con la debida diligencia y cuidado.

En consecuencia, si bien es cierto que pueden llamarse “obligaciones de medio” aquellas en que, por la estipulación de las partes, se confunde la “prestación”

con el “deber de conducta”, no aparece en parte alguna la contrapartida, esto es, las obligaciones “de resultado”, ya que todas las demás obligaciones siguen imponiendo un “deber de conducta”, de suerte que el incumplimiento consistirá siempre en “no desplegar la diligencia, cuidado y actividad que corresponde”.

No puede perderse de vista que toda obligación, sea que provenga de un contrato unilateral o bilateral, implica a ambas partes y articula la diligencia y cuidado que debe emplear cada una de ellas: el deudor con el propósito de alcanzar la “prestación” y el acreedor con miras a facilitar y no entorpecer la conducta de su contraparte. Desde esta perspectiva, el vínculo obligacional impone a ambas partes (activa y pasiva) un cierto deber de conducta que se complementa para el fin proyectado (la ejecución de la “prestación”).

La distinción entre “obligaciones de medio” y “obligaciones de resultado”, en consecuencia, no tiene otro alcance que alterar el *onus probandi* o peso de la prueba, trasladándolo, como ocurre en las obligaciones sobre prestaciones profesionales, del deudor al acreedor.

E. De las cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad

Se ha planteado, además, la factibilidad y validez de las llamadas “cláusulas de exoneración o limitativas de la responsabilidad”. No se trata de declaraciones unilaterales formuladas a propósito, por ejemplo, de una actividad riesgosa, sino de estipulaciones libremente aceptadas.

Esta cuestión ha sido largamente debatida por la doctrina, negándose, por lo general, su validez, particularmente cuando ellas versan sobre daños en la persona física o psíquica.

¿Qué ocurre tratándose de la responsabilidad profesional?

Consecuentes con lo señalado en lo precedente y con nuestra proposición de “descomponer” las categorías que integran la “culpa profesional”, creemos que las cláusulas de exención de responsabilidad carecen de todo valor por cuanto ellas desvirtúan la naturaleza misma de la obligación. Desde luego, no podría excusarse el dolo o la culpa grave (puesto que en ello habría objeto ilícito conforme lo previene el artículo 1465 del Código Civil). Tampoco podría exonerarse de responsabilidad por un incumplimiento culpable si, como se ha señalado, es la ley que impone al profesional universitario el deber de comportarse con el máximo de diligencia y cuidado, contrapartida de los beneficios que la misma ley le acuerda. Es esta, a nuestro juicio, una norma imperativa de orden público y no supletoria de la voluntad de las partes. Mucho menos podría exonerarse de responsabilidad en caso de incurrirse en “impericia”, ya

que éste es un factor objetivo de atribución. En suma, no caben las cláusulas de exoneración de responsabilidad tratándose de la actividad profesional.

Diversa es la conclusión tratándose de la atenuación de la culpa. Creemos posible admitir este tipo de cláusulas siempre que ellas se refieran a la "negligencia" o la "imprudencia" y que se limiten a disminuir los grados de culpa de que se responde sin sobrepasar el límite de la culpa grave. Pero ninguna cláusula podría atenuar la "impericia" como componente de la culpa por la razón antes expuesta, esto es, por tratarse de un factor de atribución objetivo consagrado en la ley. No puede preterirse el hecho de que el profesional actúa como tal en el ámbito de la aplicación de la "*lex artis*" que, como se dijo, puede conducir a una "mala praxis", necesariamente imputable a la infracción del deber de conocimiento que se exige a quien ostenta un título profesional.

La cuestión, entonces, está relacionada con la posibilidad de descomponer la culpa profesional de la manera propuesta. Si esto no fuere posible, aquellos que abogamos por estructurar un concepto excepcional de "culpa profesional", estaríamos obligados a forjarlo sobre la base de premisas que terminarían por divorciarla de la culpa general en materia de responsabilidad, tarea para lo cual no existe sustento dogmático ni positivo que permita lograrlo.

Queda, aún, por resolver una larga lista de problemas que aparecen a la luz de lo que constituye la "revolución tecnológica" que estamos viviendo. En todas las actividades profesionales este nuevo aspecto cobra, cada día, mayor importancia, especialmente en el marco de las profesiones de la salud. No cabe duda que en el futuro ello será determinante y exigirá una reflexión jurídica especial. Lo que caracteriza este proceso es la continuidad de los nuevos aportes tecnológicos, lo cual hace prácticamente imposible exigir a los profesionales una adecuada e inmediata actualización. Será ésta una de las fuentes de mayores conflictos en el futuro inmediato.

Hasta aquí el planteamiento de la tesis que sustentamos respecto de la responsabilidad profesional. Una última conclusión nos resulta ineludible. La "responsabilidad profesional", en el día de hoy, reviste características especiales. Difícilmente ella podría asimilarse a los conceptos tradicionalmente admitidos. Por lo mismo, debemos realizar un esfuerzo por renovar esta materia, adaptándola a la realidad social imperante. Nunca es bueno, como lo enseña la experiencia, cifrar esperanzas en reformas legislativas, que no sólo entorpecen la solución de estos conflictos, sino que introducen, con frecuencia, confusión y nuevas dificultades. Es preferible abordar este tema desde la perspectiva de la interpretación, lo cual es posible porque existe, como creemos haberlo demostrado, un margen importante de elementos e instituciones en juego.

El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad profesional en Chile

Carlos Goñi Garrido

Abogado

No voy a sorprender a nadie si afirmo que en las últimas décadas el comercio del seguro ha tenido un crecimiento exponencial. Tanto por la extensión hacia coberturas de riesgos cada vez más técnicos y sofisticados, como por los montos involucrados, que pueden alcanzar sumas varias veces millonarias.

En el caso específico de las pólizas de responsabilidad civil, ellas están asociadas a un mundo cada vez más impersonal, riesgoso y judicializado, que se caracteriza por los altos montos indemnizatorios que se reclaman y que los tribunales están dispuestos a reconocer vía sentencias condenatorias.

En este sentido, la experiencia norteamericana ha liderado el cambio. Pero también nos advierte sobre los extremos a que puede llegar. El caso más grave es el de los médicos. En EE.UU. demandar a estos profesionales se ha convertido en una industria muy lucrativa, al punto que en la actualidad ejercer allí la medicina tiene un costo altísimo, asociado a las primas que les cobran las aseguradoras; y, de hecho, hay localidades donde las clínicas de maternidad simplemente se han cerrado, pues no pueden comprar el seguro que necesitan o no hay aseguradoras dispuestas a amparar una actividad tan riesgosa. Pero, también en Chile, los médicos se han transformado en sujetos pasivos de frecuentes acciones de responsabilidad penal y civil.

Las pólizas de responsabilidad civil profesional, que es la materia que he sido invitado a comentar, pueden ser cláusulas adicionales de formularios básicos generales o pólizas autónomas que cubren específicamente ya sea la responsabilidad civil de los médicos y profesionales de la salud, o de los corredores de seguros, de los liquidadores de siniestros, de los abogados, etc.

Con todo, me parece conveniente comenzar analizando los aspectos más importantes de las pólizas de responsabilidad civil generales y básicas, pues a partir de allí se entenderán claramente las adecuaciones y cambios introducidos, sea por los adicionales o por las pólizas específicas de responsabilidad profesional.

En los seguros de responsabilidad civil generales la materia asegurada es la indemnización pecuniaria que, con arreglo a la ley, el asegurado tenga que pagar, sea por el hecho propio o ajeno, a consecuencia de ocasionarle la muerte o lesiones a terceras personas o daños materiales a bienes pertenecientes a terceras personas. Esto es lo que activa la cobertura.

Las mismas pólizas definen quienes “no son terceros”: el cónyuge, los parientes, los socios y los dependientes. En el fondo, respecto de estas personas, la técnica aseguradora considera que hay confusión de patrimonios y también un riesgo moral implícito, de manera que quedan al margen de la cobertura en cuanto víctimas.

Por otra parte, el monto indemnizable por el seguro no está limitado a la indemnización pecuniaria al tercero/víctima, pues se extiende a los gastos de defensa incurridos por el asegurado “incluso en el caso de reclamaciones infundadas”. Este es el reconocimiento que los gastos de defensa pueden ser un siniestro en sí mismo, y el hecho que sean indemnizables “incluso en el evento de reclamaciones infundadas” es una cuestión práctica de la mayor importancia. Pero no hay que confundir “reclamaciones infundadas” con “reclamaciones por daños no cubiertos en la póliza”. Si se trata de “reclamaciones por daños no cubiertos”, entonces los gastos de defensa no se reembolsan por la aseguradora, sin importar si la reclamación era fundada o no.

También, en materia de gastos de defensa, hay que distinguir entre las acciones penales y civiles contra el asegurado. Tratándose de acciones civiles, la aseguradora se reserva el derecho de nombrar a los abogados. En el caso de las defensas penales, la aseguradora **podrá encargarse de la defensa del asegurado** nombrando a los abogados. Y puesto que la aseguradora sólo paga los gastos de defensa cuando ella nombra a los abogados, la conclusión es que los pagará en el evento de acciones civiles y, en las defensas penales, únicamente cuando ha ejercido la facultad de nominar a los abogados.

Esto de que la aseguradora designe los abogados en ocasiones puede producir conflictos serios entre el asegurado y el asegurador, específicamente cuando uno de ellos está inclinado a negociar el reclamo, y el otro prefiere continuar adelante con el juicio. El llamado a resolver esta disparidad de criterios, y otros aspectos técnicos de la cobertura, es el liquidador de seguros, en su calidad de profesional e intermediario independiente.

Ahora bien, a partir del hecho que el reclamo que recibe el asegurado cae dentro de la materia asegurada, las pólizas de responsabilidad civil son de "todo riesgo", a diferencia de los seguros contra "riesgos nominados". La distinción entre ambas es que las primeras amparan al asegurado contra todos los riesgos, salvo las exclusiones expresamente mencionadas en la misma póliza, de manera que, en principio, todo reclamo está cubierto excepto si aplica una exclusión; en las coberturas de riesgos nominados la situación es exactamente la contraria: sólo se cubren los riesgos que están expresamente definidos en la póliza: por ejemplo, incendio, terremoto, avería de maquinaria, volcamiento.

En las pólizas de responsabilidad civil hay una exclusión que se repite en todos los formularios, aunque no siempre con la misma redacción. Dice más o menos así: "el seguro no se extiende a la responsabilidad contractual que excede la responsabilidad civil legal". Aquí nos topamos con la cuestión del cúmulo de responsabilidades. Lo que dice la exclusión, cualquiera sea su redacción, es que la responsabilidad contractual que "supera" la simplemente legal está excluida en la parte que la "supera", sea porque contractualmente aumenta los montos indemnizables o porque se modifican las bases de la responsabilidad (por ejemplo, el deudor de la obligación contractual responde del caso fortuito).

Al último aspecto que me voy a referir al comentar estas pólizas generales de responsabilidad civil, es a la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es el siniestro en este tipo de seguros?; ¿el hecho generador de los daños que se reclaman o el reclamo?

El asunto es relevante, porque en las pólizas de responsabilidad civil, a diferencia de las pólizas de daños, entre el hecho generador de la responsabilidad y el reclamo puede transcurrir mucho tiempo, el suficiente como para que haya expirado la póliza vigente al momento del daño, por lo que el reclamo se recibe bajo la vigencia de otra póliza, posiblemente también, emitida por otra compañía aseguradora. Esto es altamente improbable que ocurra en las pólizas de daños, donde la causa y el daño mismo son de tal inmediatez que llegan a confundirse: por ejemplo, el incendio con la propiedad incendiada.

En este sentido, las pólizas de responsabilidad civil pueden ser "por ocurrencia" o "*claims made*".

En las pólizas bajo la modalidad "por ocurrencia", el siniestro es el hecho generador de la responsabilidad (la muerte, lesiones o daños a bienes de terceros), sin importar si se recibe o no el reclamo durante la vigencia de la misma póliza. De modo que las pólizas "por ocurrencia" siguen activadas incluso después del término de su vigencia, pues hasta que no prescriban las responsabilidades del asegurado por sus actos u omisiones durante el período de esa cobertura,

puede aparecer un reclamo que está amparado bajo el seguro. Obviamente los asegurados tienen la obligación de declarar cualquier incidente ocurrido durante la vigencia de la póliza que pudiera dar lugar a su responsabilidad, pero siempre que tengan conocimiento del mismo. Bien puede suceder que el asegurado no tenga conocimiento de circunstancias que comprometen su responsabilidad, en especial si pensamos en el acto u omisiones de sus dependientes.

Por el contrario, en las coberturas "*claims made*", tanto el hecho generador de responsabilidad como el reclamo tienen que producirse bajo la vigencia de la misma póliza. Y si tenemos presente que, por lo general, la vigencia de las pólizas es anual, se comprenderá que esta es una limitación crítica. Al punto que en algunas jurisdicciones extranjeras (Francia, España, EE.UU.), se estiman tan lesivas para los asegurados que en ocasiones las han declarado nulas. Con todo, las coberturas "*claims made*" siguen existiendo y cada vez se generalizan más. La solución a su posible nulidad ha venido por la extensión de los plazos de operación de la póliza a períodos de previgencia y de posvigencia, acordados por las partes en las condiciones particulares de la póliza previo pago de primas adicionales. Así, por ejemplo, se acuerda que la póliza se extiende retroactivamente hasta un año antes de su contratación para hechos que hayan generado la responsabilidad del asegurado; y hasta dos años después de terminada la vigencia, para **reclamos** por eventos ocurridos durante la vigencia.

Siguiendo estas consideraciones generales, me referiré, también sumariamente, a aquellos aspectos en que las coberturas de responsabilidad civil para profesionales médicos y abogados modifican, amplían o restringen las condiciones de las que he llamado coberturas básicas de responsabilidad civil.

Para el caso de los médicos, el mercado asegurador dispone de varios modelos de pólizas. Algunas que son comunes a todas las personas que prestan servicios profesionales y que los protegen de las responsabilidades por "muerte, daños corporales y materiales" que les ocasionen a terceros en el ejercicio de su profesión, y otras que son específicas para los médicos. Para los abogados la oferta es más restringida, dado el hecho que, en mi opinión, las pólizas de responsabilidad civil profesional que en general amparan a los profesionales por la muerte, lesiones y daños materiales que les causan a sus clientes **en el ejercicio de su profesión** no son aplicables a los abogados, pues por muy desprolijo, ignorante o negligente que sea un abogado; o, incluso, por profunda que sea la disparidad de criterios que tenga con su cliente, es en verdad improbable que le cause la muerte, lesiones corporales o daños materiales. De manera que para los abogados la póliza que aplica es la POL 1 03 039, denominada "Póliza de Responsabilidad Civil para Abogados".

Como no tengo la posibilidad de comentar todas estas pólizas, en el caso de los médicos me voy a referir a la POL 1 03 051, denominada "Póliza de Responsabilidad Civil para Médicos y otros Profesionales de la Salud". Esta es la póliza, por lo demás, que FALMED (Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico), contrata para sus afiliados.

En esta póliza la materia asegurada es similar a las coberturas de responsabilidad civil generales, pero limitada al ejercicio de una profesión. Es decir, se cubren *"aquellas sumas que el asegurado resultare obligado a pagar a terceros en razón de negligencia, imprudencia o impericia en la prestación de los servicios propios de su profesión, para cuyo ejercicio posea título universitario... y origine la muerte, lesiones corporales, daños patrimoniales o morales que sean consecuencia directa de tal muerte o lesiones que afecten a personas atendidas por el asegurado"*.

La última frase que describe la cobertura de esta póliza, o sea, que sean *"atendidas por el asegurado"*, reafirma un asunto bastante lógico: en las pólizas de responsabilidad civil profesional no se incluye la responsabilidad por el hecho ajeno. Pues al ser una responsabilidad civil profesional, también es personal. Sin embargo, el cónyuge, los parientes y los dependientes del profesional asegurado siguen siendo *"no-clientes"*, *"no-terceros"*.

En cuanto a los gastos de defensa, los mismos también están cubiertos *"aun cuando se trate de reclamaciones infundadas"*, lo que no modifica la situación general; pero sí le entrega absolutamente a los aseguradores el control y las decisiones de la defensa. Son los aseguradores los que deciden. El profesional asegurado tiene que limitarse a acatar las instrucciones de los consejeros legales designados y pagados por la aseguradora. Esto, por supuesto, sujeto al criterio de un liquidador de seguros.

La póliza, además, no hace ninguna diferencia entre gastos de defensa civil o penal. Se limita a establecer que la aseguradora *"no pagará sino los honorarios de abogados y procuradores aceptados por ella"*. Pero agregando que *"la designación del abogado... es una facultad y no una obligación de la Compañía de Seguros. En consecuencia y a su sólo arbitrio, podrá ésta abstenerse de hacerlo, indicándole al asegurado que proceda a contratar al abogado que... estime conveniente"*, y limitándose, en este caso, a aprobar los honorarios.

En el caso de los médicos hay que hacer especial mención a la instancia de mediación que establece la Ley 19.966 y su Reglamento respectivo, como condición previa al ejercicio de acciones judiciales contra estos profesionales. Obviamente las aseguradoras tienen interés en el resultado de estas mediaciones, de manera que en la práctica los gastos de defensa incluyen la asesoría legal en esta etapa previa.

Al igual que las pólizas de responsabilidad civil general, esta de responsabilidad médica también es “todo riesgo”, en el entendido que cubre “todos los riesgos” o responsabilidades del profesional asegurado por muerte, lesiones o daños a sus clientes, salvo los expresamente excluidos. El listado de riesgos excluidos es extenso (15 exclusiones), pero tal como ocurre en las coberturas de responsabilidad civil general, hay que hacer hincapié que la responsabilidad civil asegurada *“es la responsabilidad civil extracontractual, es decir, aquella que nace de acciones u omisiones dañosas cometidas por el asegurado y no aquella que deriva del solo incumplimiento de un contrato”*.

Es importante notar que al momento de elegir la póliza que se va a contratar, los médicos tienen que ser muy cuidadosos al revisar las exclusiones de los distintos formularios, que no son las mismas ni tienen igual alcance.

En fin, la póliza POL 1 03 051, es *“claims made”*. Lo que se colige de la descripción de la materia asegurada, cuando la describe como aquellos actos u omisiones **ocurridos y reclamados** *“al asegurado, al menos por escrito, durante la vigencia de la póliza”*. Por lo mismo, la póliza contempla la posibilidad de un período de retroactividad y otro adicional de extensión, que se define en las condiciones particulares.

La póliza “contra” la responsabilidad civil de abogados (POL 1 03 039) tiene modificaciones más significativas. En primer término, porque se aleja del concepto de muerte, lesiones y daños materiales a bienes de terceros, circunscribiendo la cobertura *a los daños **patrimoniales** declarados por sentencia judicial ejecutoriada... que causare directamente a su cliente a consecuencia de actos u omisiones culposos... cometidos únicamente en el ejercicio de su profesión de abogado*.

Al tratarse de una póliza de responsabilidad civil profesional, en principio sólo deberían estar cubiertas las responsabilidades por hechos u omisiones personales del abogado, como ocurre con los médicos, pero esta póliza amplía la calidad de asegurado a las sociedades profesionales, comunidades o estudios de abogados que se especifiquen en las condiciones particulares

Por otra parte, la víctima que activa la cobertura no es cualquier tercero, sino “el cliente”; y, para los efectos de la póliza “no tienen la calidad de clientes” el cónyuge, los parientes, los socios y dependientes del estudio ni las sociedades o comunidades donde el asegurado tenga una participación mayor al 10%.

Pero hay que detenerse en la cuestión del tipo de daños asegurados. En la definición de la materia asegurada se mencionan los **daños patrimoniales**, cuestión que se reafirma en la cláusula de “definiciones” incluidas en la póliza, pues define “el daño” como *“perjuicios patrimoniales directos y susceptibles de*

valoración económica que el asegurado está obligado a indemnizar como consecuencia de una sentencia judicial ejecutoriada". Acotando aun más el concepto de daños directos, la póliza excluye expresamente las reclamaciones o demandas por daños corporales a las personas o daños materiales a bienes tangibles... así como el daño moral.

Lo que, como se comprenderá, es un vuelco bastante radical en este tipo de seguros de responsabilidad civil. Porque los daños puramente patrimoniales son los que se producen sin la mediación de un daño a las cosas corporales o a la integridad física o moral de la víctima.

Los abogados ocasionan este daño puramente patrimonial a sus clientes cuando les hacen perder una oportunidad. Pero los daños puramente patrimoniales que puede ocasionar el abogado a sus clientes no están limitados a gestiones procesales. Abarcan el ámbito general de las asesorías profesionales negligentes. La póliza establece su alcance incluyendo la negligencia profesional en **"las actuaciones judiciales, extrajudiciales o asesorías profesionales que le hayan sido encomendadas por un cliente"**.

La valorización de estas pérdidas puramente patrimoniales puede llegar a ser un asunto muy complejo. Empezando por determinar si efectivamente hubo una "oportunidad". Pero eso lo tienen que determinar los tribunales, pues esta cobertura define el siniestro como *"la sentencia judicial ejecutoriada que establezca la responsabilidad civil del asegurado y lo condene a pagar al cliente una determinada suma de dinero"*. De manera que son los tribunales los que fijan la "determinada suma de dinero".

Tal como en las otras pólizas de responsabilidad civil, en esta también están cubiertos los gastos de defensa, aunque con la limitación que el asegurado, en ningún caso, podrá asumir su propia defensa.

Asimismo, son de "todo riesgo", en el sentido que amparan todas las responsabilidades que caen dentro de la materia asegurada, salvo las exclusiones mencionadas en el formulario.

En cuanto al tema de la responsabilidad civil contractual, dada la naturaleza de esta póliza, se revierte la regla general. Bajo el título "Alcance de la cobertura", se dispone: *"La presente póliza **cubre la responsabilidad civil contractual del asegurado ante sus clientes por actos erróneos u omisiones del mismo respecto de gestiones judiciales, extrajudiciales o de asesorías profesionales que le hayan sido encomendadas. Cubre también la responsabilidad civil extracontractual en que excepcionalmente el asegurado pueda incurrir respecto de terceros pero siempre con motivo del ejercicio de la profesión de abogado**"*. De suerte que, en esta materia,

la cobertura de responsabilidad del abogado nuevamente modifica el principio general de las pólizas de responsabilidad civil.

Por último, hay que tomar nota que la póliza de responsabilidad civil de los abogados es "*claims made*". El acto u omisión culposa del abogado tiene que haber sido cometido *a partir de la vigencia de la póliza, o de la fecha de retroactividad pactada... y la demanda... notificada... durante la vigencia de la póliza o durante el período extendido de notificación.*

Estos aspectos básicos de las coberturas de responsabilidad civil profesional que se han comentado permiten apreciar, quizás, la estructura operativa a partir de la cual aplican estos seguros; pero la extensión misma de la cobertura que entregan al asegurado requiere un análisis detenido de las exclusiones, límites y condiciones estampadas en los formularios. Y eso, en verdad, es una tarea de más largo aliento.

Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado

Pedro Pablo Vergara Varas

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Se había dicho que la evolución de la responsabilidad civil en la legislación era muy lenta. Esto ha cambiado radicalmente en los últimos años. Decimos esto porque cada vez se vuelve más común la interposición de demandas, deducidas por la víctima de un daño que estima tener derecho de reclamar de otro la reparación de los perjuicios sufridos. Lo hemos visto en casos de simples hechos de la naturaleza, en que las víctimas de ésta reclaman al que tienen más cerca, siempre que sea solvente, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Ahora es el ejercicio profesional liberal el que ha empezado a verse afectado por esta misma tendencia. Con excepción de los médicos, a quienes ya hace tiempo que se les ha hecho efectiva judicialmente su responsabilidad profesional, los demás profesionales no se habían visto expuestos al juzgamiento de su comportamiento ni a las consecuencias pecuniarias de sus actos. En el ejercicio de la medicina, además, se da la agravante de que la reparación de los perjuicios se ha reclamado en sede penal, lo cual ha dado origen a una jurisprudencia contradictoria que está muy lejos de sentar los principios básicos sobre la materia.

A propósito de ello es que comentaremos, en lo que sigue, dos fallos, pronunciados por la Excm. Corte Suprema, respecto de demandas en que se reclama la responsabilidad profesional del abogado. Estos fallos fueron objeto de una clase impartida en el posgrado de nuestra Universidad, por el académico don Ángel Cruchaga Gandarillas, quien ha tenido la amabilidad de ponerlos a nuestra disposición.

Desde luego queremos dejar sentado un principio fundamental. Por regla general, no es posible hablar siquiera de responsabilidad profesional del abogado cuando su labor consiste en una defensa judicial, ya que: a) cuando se trata de un juicio siempre se alude a la defensa de un aleas y en ello, por definición, no se puede asegurar ningún resultado; b) la decisión final, por otra parte,

depende de la interpretación que del derecho hace el juez, quien, puede prescindir de lo aseverado por los abogados. Por consiguiente, en la mayor parte de los casos, el abogado y su actividad no es causa de un supuesto daño que deba repararse.

Pasamos entonces a comentar los dos fallos referidos:

Sentencia de mayoría de 11 de abril de 2007, pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, con el voto de los Ministros Sergio Muñoz G., Margarita Herreros M., Juan Araya E. y el abogado integrante Hernán Alvarez y el voto disidente del Ministro Jorge Rodríguez A. (Autos Rol N° 716-2003 del Segundo Juzgado Civil de La Serena. Recurso N° 3.291-2005. Resolución 8.485)

A. Problema planteado

El problema planteado se sintetiza en el considerando tercero, y consistió en la reparación de los perjuicios derivados de la contratación de un abogado, por parte de una persona demandada en una causa seguida con una Compañía de Seguros. Habiéndose perdido el juicio en primera instancia y rechazada una acción reconvenzional, se dedujo apelación en tiempo y forma. Pero el indicado profesional no compareció en segunda instancia, lo cual provocó que el recurso fuera declarado desierto y la sentencia adversa quedara ejecutoriada. En estas circunstancias la afectada demandó al abogado, reclamando, entre otros perjuicios, una elevada suma por concepto de daño moral.

La cuestión resuelta en sede de casación dice relación con la procedencia del daño moral proveniente de un incumplimiento –se dice que debidamente acreditado– de carácter contractual. El recurrente afirmaba que el abogado demandado “ocasionó un fuerte impacto en la tranquilidad y bienestar espiritual de su cliente y ello se tradujo y tuvo como consecuencia que se trabaran embargos en sus bienes, lo cual la obligó a suscribir un avenimiento para sustituir los dineros que se suponían legítimamente adquiridos”. Por su parte el profesional demandado afirmaba que, en materia contractual, no era procedente la reparación de un supuesto daño moral, toda vez que el artículo 1556 del Código Civil limita dichos perjuicios, única y exclusivamente, al daño emergente y el lucro cesante.

La sentencia de reemplazo dictada por la Excmá Corte Suprema resuelve que, “siendo pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que tratándose de perjuicios morales, toca a los jueces regular prudencialmente su monto,” se revoca la sentencia de primera instancia “y se condena al demandado a pagar a la actora a título de indemnización de perjuicios por daño moral”, una suma de dinero.

B. Las razones del fallo de la Excma. Corte Suprema

El fallo comienza por reconocer que hasta época relativamente reciente, *“tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaron, prácticamente sin excepciones, por estimar que la indemnización de perjuicios por daño moral, tratándose de la responsabilidad contractual, resultaba improcedente”*. Sin embargo, se afirma que este *“criterio de marco rígido se ha ido batiendo en retirada y una reinterpretación de las normas que regulan la materia ha permitido que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia reciente afirmen que la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual no sólo comprende o abarca rubros de daño emergente y lucro cesante y que la ley no prohíbe que la indemnización del daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos y cuasidelitos”*.

Los razonamientos que aduce el fallo que comentamos pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. El artículo 1556 del Código Civil comprende los llamados “daño emergente” y el “lucro cesante”, pero de manera alguna impide (prohíbe dice el fallo) que la reparación se extienda al daño moral. Por ende, no puede estimarse que esta disposición sea un escollo para hacer lugar a una demanda que reclama un perjuicio extrapatrimonial.
2. La doctrina jurídica contemporánea, unánimemente, se inclina por reconocer la procedencia de la indemnización por daño moral en materia contractual (la sentencia cita a varios autores que tratan sobre esta cuestión).
3. La “voz daño” que emplea el artículo 1556 del Código Civil no se encuentra definida en la ley. Por consiguiente, corresponde darle el significado que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española. Dicho significado es el siguiente: “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia”. La sentencia deduce de ello que la ley se refiere a “toda privación de bienes materiales e inmateriales o morales”.

Conviene observar que en la sentencia de reemplazo pronunciada como consecuencia de la anulación de la sentencia recurrida, se señala textualmente que *“tratándose de perjuicios morales, toca a los jueces regular prudencialmente su monto”*, razón por la cual se fija discrecionalmente la cantidad que debe pagar el abogado a su cliente. Desde luego afirmamos que disentimos de tal parecer; todo daño debe ser probado en su monto, y los tribunales no están investidos (salvo casos muy excepcionales) de facultades discrecionales.

C. Comentario

Comencemos por lamentar que este fallo de nuestro más alto tribunal no haya analizado la verdadera naturaleza del “daño moral”, cuestión que se ha prestado en la doctrina para variadas interpretaciones. Así, por vía de ejemplo, se ha sostenido que se trata del “precio del dolor” (*pretium doloris*); que su naturaleza está dada por la violación de un derecho “personalísimo” o de la “personalidad”; que consiste en la lesión de un interés de carácter extrapatrimonial que es presupuesto de un derecho”; que se trata de una reparación “satisfactiva”, destinada a atenuar el perjuicio sufrido mediante beneficios de otra índole; que se trata de la infracción de un derecho subjetivo que penetra en la intimidad de la persona, etcétera.

¿Qué naturaleza asigna la Corte Suprema a este tipo de daño indemnizable? Hasta este momento no existe respuesta certera. Tampoco se aboca el fallo a un hecho relevante que ha sido planteado por la doctrina: la posibilidad de reparar una lesión extrapatrimonial con una indemnización patrimonial. En efecto, si la indemnización tiene por objeto restaurar el orden establecido por el derecho, no resulta posible alcanzar este objetivo “pagando aquello que no tiene precio” o “compensando lo que no tiene compensación”. Mucho menos trata la jurisprudencia sobre la tasación o determinación del daño moral, ya que, como dice Mosset Iturraspe, no existe un “dolorómetro” que permita medirlo con objetividad. Como puede constatarse la indemnización del daño moral ofrece escollos imposibles de removerse razonablemente.

Otro tanto podríamos sostener en relación a lo que estimamos la única razón jurídica concluyente para admitir, en ciertos casos, la indemnización del daño moral en el ámbito contractual. Tal como lo reconocen algunos autores franceses, existen obligaciones civiles de contenido moral. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de depósito y se confía al depositario el cuidado y custodia de artículos, cartas y fotos familiares que se quieren conservar. El incumplimiento –culpable o doloso– del depositario no puede inducirnos a una reparación derivada del daño emergente y del lucro cesante (puesto que no lo hay o es ínfimo). No cabe duda, entonces, que en este y otros supuestos semejantes, el contenido de la obligación hace procedente la reparación del daño moral, con todos los inconvenientes señalados. Tampoco nuestra Corte Suprema se ha hecho cargo de esta realidad.

La situación sancionada en la sentencia (deserción de un recurso de apelación) representa para la víctima la pérdida de una chance, dado que no es posible establecer si el recurso declarado desierto habría sido acogido o rechazado. En consecuencia, lo que debe repararse es la mera posibilidad de haber tenido éxito o la oportunidad de lograrlo. Pero la deserción no es –al parecer– la cau-

sa del sufrimiento que se atribuye al cliente del abogado, sino la pérdida del juicio, el cual, en todo caso, es un aleas, vale decir, una contingencia incierta de ganar o perder. Si la Corte Suprema estimó que debía repararse la privación de una chance, debió fundar en ella la reparación y no en el sufrimiento que provocó al demandado el embargo de bienes derivado de la pérdida del juicio encomendado al letrado, porque ello es una consecuencia necesaria de la situación procesal que se sigue de la cosa juzgada.

Tampoco nos parece concluyente la afirmación en el sentido de que el artículo 1556 del Código Civil no “prohíbe” incorporar a la indemnización el daño moral. Tal como lo demuestra el Ministro Jorge Rodríguez Ariztía en su voto disidente, el concepto “daño emergente”, que atraviesa todo el Código Civil, consiste en el menoscabo que efectivamente experimenta el patrimonio de una persona como consecuencia del incumplimiento. Esta conclusión se ve claramente reforzada por el sentido que cabe asignar al “lucro cesante”, en tanto utilidad, ganancia o provecho que se habría producido conforme al orden y desarrollo normal de las cosas, definición perfectamente coherente con la coexistencia del “daño emergente”. La disposición comentada –artículo 1556 del Código Civil– reglamenta todo aquello que compone la reparación indemnizatoria, de lo cual se sigue que no puede el intérprete incorporar un daño que, al no estar contemplado expresamente en ella, está excluido.

Desde otro punto de vista, el perjuicio que deriva de la pérdida de una chance no constituye daño moral. Se trata de reparar una opción o posibilidad, cuestión que nos aproxima al problema relativo a la “certidumbre” del daño. Esto era lo que debió analizar el fallo y en lo que debió fundarse la indemnización de perjuicios. No creemos posible elaborar el concepto de daño moral sobre la base de la falta de información del cliente que es sorprendido por un embargo, derivado de la pérdida del juicio que fue confiado a un abogado. El daño causalmente relacionado con la “sorpresa” y la “falta de información” no queda comprendido en el incumplimiento de la relación profesional en lo que concierne a la pérdida de una chance.

Finalmente, se comete el error de estimar que es procedente la regulación “prudencial” del monto del daño moral sujeto a indemnización. En otros términos, como lo han manifestado numerosas sentencias, se trata de fijar discrecionalmente el *quantum* de la indemnización, sin sujeción a prueba preestablecida. Es cierto que, atendida la naturaleza del daño, no es posible exigir una prueba estricta y circunstanciada, pero ello no autoriza a los jueces para fijar la reparación a su arbitrio. La prueba del daño moral exige acreditar el efecto que el incumplimiento ha provocado en la calidad de vida de la víctima, la forma en que éste ha operado en su carácter, en su capacidad laboral, en sus hábitos y rutinas, en sus relaciones sociales, etcétera. Lo que no puede ocurrir es dar por

establecida la existencia del daño mediante una mera deducción sin base en hechos reales y probados. No obstante la opinión unánime de la doctrina en este orden de cosas, la jurisprudencia sigue ejerciéndose con el mismo padrón. Creemos que debe remediarse este error que contribuye poderosamente a debilitar la seguridad jurídica.

En síntesis, no compartimos los fundamentos de esta decisión. No excluimos, en casos muy calificados, la indemnización del daño moral en materia contractual, pero lo limitamos al incumplimiento de obligaciones con contenido o impregnadas de sentido moral (lesión de los sentimientos, de las emociones, de los afectos, de la intimidad de las personas, fundamentalmente de alguno de los atributos de la personalidad), en los cuales efectivamente se provoque un perjuicio extrapatrimonial que deba repararse. Extender este tipo de reparaciones puede incidir en el aumento de la litigiosidad, lo cual es siempre perjudicial para las relaciones sociales.

Sentencia de 27 de octubre de 2008, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Haroldo Brito y el abogado integrante Arnaldo Gorziglia (Autos Recurso Rol N°1.021-2007 de la Corte Suprema. Resolución N°30.708).

A. Problema planteado

El caso que suscitó este juicio es semejante, pero con algunas particularidades. El considerando sexto de la sentencia establece los hechos de la causa, señalando que un trabajador fue despedido con fecha 31 de enero de 2003. Frente a esta decisión, el afectado concurrió a la Corporación de Asistencia Judicial para interponer demanda ante el Tribunal del Trabajo. Para estos efectos confirió patrocinio a un abogado del Servicio y poder a un postulante del mismo. El demandado, por su parte, alegó que el plazo para demandar estaba vencido, ya que el propio trabajador reconoció que la relación laboral había terminado el día 31 de enero de 2003. A fojas 36 de los autos se declaró "abandonado el procedimiento", resolución notificada por cédula a los apoderados de las partes, la cual no fue recurrida.

El trabajador dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Corporación y del abogado patrocinante, excluyendo al postulante al que se había conferido poder, sin acreditarse, tampoco, "que hubiere sido objeto de una medida disciplinaria en conformidad al Reglamento de práctica profesional del postulante al título de abogado, a pesar del reclamo formulado en su contra, en la instancia pertinente, por el demandado de autos", según reza la sentencia.

Agrega el fallo que no está acreditado el daño moral demandado o aflicción psicológica que habría provocado al actor el supuesto maltrato recibido por parte del postulante durante la atención en la Corporación de Asistencia Judicial.

En síntesis, la demanda intentada en contra del señalado servicio (Corporación de Asistencia Judicial) y de uno de sus abogados se funda en la mala atención profesional y en el hecho de que se haya declarado abandonado el procedimiento, impidiendo la tramitación íntegra del juicio.

B. Razones que invoca el fallo de la Excma. Corte Suprema

Las razones esgrimidas por la Corte Suprema en su sentencia pueden sintetizarse en la siguiente forma:

- a) Los sentenciadores del fondo, a juicio del Tribunal Supremo, resolvieron correctamente que “la expectativa de obtener por parte del demandante en los autos laborales en que fue patrocinado por la Corporación de Asistencia Judicial, atendida la excepción opuesta, y por tratarse, en esencia, de un evento incierto de la litis, no permite afirmar la realidad, efectividad y certidumbre del daño, lo que llevó en definitiva a rechazar la demanda”. (Considerando séptimo). Lo anterior, por lo tanto, excluye la infracción que se denunciaba de los artículos 1698 y 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil.
- b) Frente a la alegación en el sentido de que el artículo 2320 del Código Civil, contendría una presunción de culpa respecto de la responsabilidad del empleador por la conducta de sus dependientes (interpretación sostenida en el recurso, pero que la Corte Suprema no admite compartir), se afirma que dicha presunción a favor del actor “no lo exime de su obligación de acreditar la existencia y monto de los daños demandados, lo que, tal como se estableció en la sentencia recurrida, no ha ocurrido en la especie”.
- c) En cuanto a la referencia que la sentencia recurrida hace a lo prevenido en el artículo 552 del Código Civil, conforme al cual “los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante, la Corte Suprema estima que ella “no ha tenido influencia alguna en lo dispositivo del fallo, desde que el tribunal ad quem motivó el rechazo de la pretensión de la actora en la falta de daño cierto y efectivo, presupuesto indispensable de la responsabilidad demandada” (Considerando decimoquinto).

C. Comentario

Este fallo sigue la correcta doctrina consistente en que el daño moral, al igual que cualquiera otra especie de daño, debe ser probado en el juicio como requisito esencial de la responsabilidad que se persigue tanto en su existencia como en su monto. No cabe presumirlo ni apreciarlo prudencialmente.

Asimismo, se analiza de modo preciso que las resultas de un juicio corresponden a un evento incierto, un aleas, y por lo tanto, no es procedente que el cliente le reproche al abogado el no haber obtenido un determinado resultado.

La referencia al artículo 552 del Código Civil proviene de la circunstancia que tal norma es uno de los fundamentos del recurso y está citada en el fallo del ad quem pero, correctamente, el fallo señala que esa norma es improcedente atendida la materia discutida en autos, esto es, entendemos que la Corte Suprema determina que esa disposición no atribuye específicamente responsabilidad y por lo tanto no cabía invocarla en este caso.

Conclusiones

1. Salta a la vista que, habiendo un criterio común en ambos fallos (la improcedencia de establecer responsabilidad por los resultados de un juicio), haya sin embargo entre ellos algunas contradicciones, lo cual impide fijar un criterio común del tribunal de casación sobre esta materia.

Desde luego, la situación que motiva el reproche a la actividad profesional es del todo semejante. En un caso la responsabilidad deriva del hecho de haberse declarado la "deserción de un recurso de apelación" y, en el otro, por haberse declarado "abandonado el procedimiento", al no cumplirse la carga procesal que pesa sobre el demandante.

2. Sin embargo, en el primer caso (deserción) se admite la responsabilidad y en el segundo (abandono del procedimiento) se la rechaza. En ambos, lo que sucede es la pérdida de una chance (posibilidad de obtener un beneficio), pero la Corte Suprema no lo reconoce ni lo analiza desde ese punto de vista. No se resuelve así de modo directo (aunque creemos que ello se trasunta del fallo) la posibilidad de reclamar indemnización, no por un beneficio directo, sino por la simple posibilidad de obtenerlo cuando dicha posibilidad se frustra por el incumplimiento contractual. Desde luego, creemos que, al menos en Chile, no cabe indemnizar la chance, porque ello es una cuestión de meras probabilidades, sin certeza alguna. El principio jurídico en Chile, en materia de reparación de daños, es el de indemnizar los que se hayan causado efectivamente.

3. En el otro, el fallo que se analiza exige como presupuesto indispensable de la indemnización “un daño cierto y efectivo”, lo cual parece correcto. Este daño no se presentaría cuando la chance es remota (como sucede atendida la excepción que el demandado en el juicio laboral hizo valer en el proceso). Sin embargo, en el primer fallo esta cuestión no se representa, puesto que se limita a acoger una demanda apreciando discrecionalmente los daños que se han causado, quedando pendiente de señalarse cuál es la razón por la que deba repararse el daño que deriva de la “deserción del recurso” y no el daño que se deriva del “abandono del procedimiento”.
4. Por último, mientras en una sentencia se afirma categóricamente que el demandante debe acreditar la existencia y monto de los daños demandados (incluido el daño moral), la otra sentencia afirma que éstos se regulan prudencialmente por el tribunal, como quedó señalado.
5. Creemos entonces que se ha incurrido en contradicción en dos fallos de diversas salas de nuestra Corte Suprema, y en materia sustancial. Mientras una sala afirma que el daño moral debe acreditarse (lo que compartimos), otra sala resuelve exactamente lo contrario al fijar prudencialmente la indemnización. Adicionalmente, este último fallo podría servir de base para estimar que se admite la indemnización de la chance (como un daño cierto y real) en circunstancias que es evidente que ello no cabe en nuestra legislación y que, además, es un principio que fluye del propio fallo. Sin embargo, al resolver de modo “discrecional”, termina contrariando el mecanismo sobre la responsabilidad que se determina en nuestra ley.

La responsabilidad profesional, atendido el grado de desarrollo de nuestro sistema judicial, se irá incrementando con el correr del tiempo, haciéndose extensiva a todas las profesiones. Es efectivo que este tipo de responsabilidad ha afectado especialmente a las profesiones de la salud, lo que resulta explicable por la naturaleza de estos servicios y por la sensibilidad que estas dolencias provoca en los usuarios. Pero sería ilusorio sostener que la misma reacción no alcanzará a otras profesiones. Visualizamos con claridad, como ya ocurre en otras partes del mundo, que al disminuir los costos de la litigación, fundamentalmente por el aumento de abogados en ejercicio de la profesión, se hará atractivo reclamar indemnizaciones. Y sin dudas, serán los propios abogados, por definición, llamados a administrar derechos ajenos, los próximos que deberán enfrentar esta nefasta tendencia.

6. De lo señalado se desprende que nuestros tribunales de justicia, y especialmente nuestra Corte Suprema, deberán en el futuro buscar los mecanismos por establecer una jurisprudencia uniforme y constante para definir, con la mayor precisión posible, los requisitos que deben asignarse a la responsa-

bilidad profesional y de qué modo, si procede, este tipo de responsabilidad difiere de las normas y reglas generales que rigen la materia.

Da la impresión, al menos en los casos que comentamos aquí, que se ha optado por atender más bien a razones de equidad y prudencia, papel que no corresponde a la Corte Suprema, encargada de uniformar la interpretación de la ley, lo cual constituye un aporte irremplazable a la seguridad jurídica.

Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil

Angel Cruchaga Gandarillas

Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Antes de comenzar nuestro análisis jurisprudencial, permítanme hacer una breve síntesis de la señalada evolución que tuvo la responsabilidad.

Siguiendo a HENRI MAZEAUD, en el principio de los tiempos, esto es, cuando el derecho no tenía mayor influencia en el comportamiento del hombre, LA VENGANZA era la respuesta al mal causado, tanto es así que en la propia Biblia hay mención expresa a la VENGANZA.

Gonzalo Yusef Quiros, en su libro *Fundamentos de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Objetiva*, trae a colación aquel párrafo bíblico en que LAMEC dice: **“Si CAIN ha de ser vengado siete veces, LAMEC ha de serlo setenta veces”** (Génesis, 4. 23-24).

Por su parte el Código de Hammurabi, texto que se cree surgió entre los años 1790 y 1750 antes de Cristo, en su ley 230 establece: **“que si un arquitecto construye mal una casa y a raíz de esto esa casa se desploma y mata al hijo del dueño del inmueble, se debe matar al hijo del arquitecto”**.

Siguiendo nuevamente a Yusef Quiros, y volvemos nuevamente a la Biblia, encontraremos un principio importante en Deuteronomio (24.16). Aquí se señala: **“No se matará a los padres por la culpa de sus hijos, ni a los hijos por la de sus padres. Cada cual pagará por su pecado”**.

Este mandato bíblico, en opinión del autor citado, consagra el principio de culpa individual. Sin desconocer aquello, personalmente, veo un problema que marcó por siglos el tema de la responsabilidad. Se asoció la culpa al pecado, y consiguientemente ésta entró en una nebulosa teológica.

Junto a lo anterior, o tal vez motivado por lo anterior, como dice el profesor peruano Fernando de Trazegnies Granda en el prólogo del libro *Estudios Sobre*

Responsabilidad Civil, en aquella época el punto de partida de toda reparación por daños era la necesidad de sanción y lo que se sancionaba era el pecado: PECADO E INJUSTICIA no eran claramente distinguibles. Por principio, toda injusticia era un pecado.

Así se mantuvo la vida por siglos, pero con una agravante adicional: un tremendo fatalismo.

El profesor Trazegnies, ya mencionado, refiriéndose a este punto pone el siguiente ejemplo: **“Un peatón cruza la calle para encontrarse con su mujer que lo espera en la vereda de enfrente. De pronto, aparece un vehículo y lo atropella. Ese hombre queda inhabilitado físicamente por mucho tiempo (quizá por el resto de su vida), se encuentra obligado a realizar gastos no previstos por sumas muy elevadas para su curación y tratamiento, pierde ingresos para mantener a su familia por un buen tiempo. Más allá de la culpa del conductor del automóvil –siempre tan subjetiva, siempre tan sujeta a perspectivas, siempre tan difícil de probar– ¿alguien debe ayudarlo a aliviar su situación? ¿O es que debemos pensar que se trata de un hecho de DIOS (*act of God*), y que en ese caso sólo DIOS es responsable, sólo ÉL sabe por qué ha infligido ese daño y sólo ÉL puede aliviarlo si el alivio entra dentro de los designios divinos? O, para quien no es creyente, ¿podría pensarse que se trata del azar, del infortunio, y que, en consecuencia, cada persona soporta su propia mala suerte sin que a nadie se le pueda obligar a responder por el azar?**

Georges Ripert sostuvo que el hombre contemporáneo abandonó el fatalismo que lo caracterizó hasta fines del siglo XIX; cambió de mentalidad y a raíz de ello comenzó el auge de la responsabilidad civil **“Allí donde ayer se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar fortuito, se busca hoy al autor del daño”**.

Para ir acotando el tema a lo que interesa, recordemos que la responsabilidad civil, si bien es una sola, tiene dos vertientes:

La primera, la responsabilidad contractual.

Siguiendo la doctrina más clásica del derecho civil chileno, esta responsabilidad es **la que proviene de la violación de un contrato; consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto.**

La segunda, la responsabilidad extracontractual.

Nuevamente, siguiendo la misma doctrina clásica, es **la que proviene de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria a la persona o propiedad de otro.**

Esta clasificación que tan fácilmente planteamos, en la práctica, a veces, resulta muy difícil de hacer, por cuanto es evidente que una y otra responsabilidad tienen elementos comunes. Grande es el problema del denominado cúmulo u opción de responsabilidades

Así planteadas las cosas, la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En cambio, la responsabilidad extracontractual, al decir de los autores modernos, entre ellos el mencionado profesor Tragzenies, es el **auxilio del derecho allí donde no hay derecho. La responsabilidad civil cubre un vacío jurídico, pero un vacío tan grande que comprende la mayor parte de nuestros actos, la mayor parte de nuestra vida cotidiana. Notemos que la responsabilidad extracontractual se aplica para remediar una situación que se produce ahí donde no existía ninguna norma específica previa, ni legal ni contractual. Hay un daño. Pero no hay ningún contrato previo entre causante y víctima del daño.**

Sin embargo de dónde provenga la responsabilidad civil, tiene un denominador común, que es la necesidad de reparar los perjuicios causados.

Planteado lo anterior, me quiero detener para analizar alguna jurisprudencia de la Corte Suprema.

Hemos visto que el primer elemento común en la responsabilidad civil es el daño. ¿Que ha dicho la Corte Suprema sobre éste?

A. En relación al concepto de daño

Sobre este punto debo decirles que la jurisprudencia no es fecunda. Da la impresión que el antiguo concepto de daño, acuñado bajo la influencia de don Arturo Alessandri se mantiene intacto. Pocos son los fallos que vuelven sobre la materia, y lo hacen es para reiterar lo ya conocido.

Les cito el primer fallo:

En los autos ingreso 3.070-06 la Primera Sala de la Corte Suprema, en fallo redactado por el ministro señor Sergio Muñoz Gajardo y que tiene fecha **15 de enero de 2008**, en su considerando DECIMOCUARTO expresa en su parte

pertinente: “...la voz daño que emplea la disposición (se refiere al artículo 1556 del Código Civil), y que no se encuentra definida en la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales, y porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean los materiales”.

B. Alcance del concepto “daño”

En fallo de fecha 25 de marzo de 2008 y que corresponde al recurso Ingreso 2076-2006 la Primera Sala, integrada por los ministros señor Sergio Muñoz, señora Margarita Herreros, señor Juan Araya y por los abogados integrantes señores Oscar Herrera y Rafael Gómez, la Corte Suprema señaló:

“ Que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1556 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Agrega el inciso 2º de la misma norma que se exceptúan los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

“Según aparece del tenor literal del precepto, por regla general ambos tipos de perjuicios son indemnizables, y sea que se trate de daño emergente o lucro cesante y conforme es opinión unánime en la doctrina, para que el daño dé lugar a la reparación debe, en primer término... ser cierto.

C. Concepto de certidumbre del daño

El mismo fallo analizado señala en el considerando OCTAVO: “La exigencia que el daño, para resultar reparable por la vía de indemnización, sea cierto, quiere significar que debe ser real o efectivo, esto es, tener existencia. La afirmación importa rechazar la indemnización del daño eventual o meramente hipotético, es decir, aquel que no se sabe si va a ocurrir o no. Sin perjuicio de lo anterior, que el daño sea cierto no excluye la posibilidad de indemnización del daño futuro, esto es, del que no ha sucedido aún, con tal que no quepa duda que va a ocurrir. El lucro cesante es, precisamente, siempre un daño futuro, por ello sólo será indemnizable en tanto cumpla con la condición de ser cierto”.

Agrega a continuación: “Que en el caso de autos no se trata de dilucidar si la

demandante tiene o no derecho a la reparación por lucro cesante, cuestión que es evidente, y no puede negarse al tenor del artículo 1556 más arriba transcrito, sino a la disyuntiva de decidir si los daños cuya indemnización reclama son constitutivos de lucro cesante, en los términos precisados en el considerando anterior”.

Y finaliza señalando: **“La indeterminación a que se refiere el fallo impugnado elimina la certidumbre que se exige a todo daño para que pueda ser indemnizado y, por ello, no permite afirmar que el perjuicio, en tanto lucro cesante, ha sido real y efectivo, esto es, haya tenido existencia, de manera tal que malamente pudo haberse regulado tal indemnización por tal concepto”.**

Este último razonamiento es delicado, por cuanto lo debatido era la indemnización por lucro cesante que la demandante exigía por las utilidades que había dejado de percibir durante un período, es decir, la Corte Suprema estima que las utilidades por ser inciertas no caben dentro del concepto de lucro cesante.

D. Concepto de daño moral

Al igual que lo sucedido con el simple concepto de daño, la jurisprudencia no abunda en definiciones del daño moral. Da la sensación que el más alto tribunal se da por satisfecho con el antiguo y conocido concepto dado también por don Arturo Alessandri, y, tal vez, está segura que el daño moral es un término que todo el mundo entiende.

A pesar de ello, analizando muchísimos fallos de la Corte Suprema he encontrado los elementos esenciales de este concepto: por ejemplo, en fallo dictado por la Tercera Sala con fecha **14 de octubre de 2008**, los sentenciadores, haciendo suyo el análisis del juez a quo, se refieren al daño moral como **“los trastornos en la psiquis, el dolor, la aflicción y pesar físicos padecidos por los demandantes a consecuencia del resultado dañoso ocasionado” (Ingreso Corte 6562-2006, ministros señores Carreño; Pierry; señora Araneda y señor Brito; abogado integrante señor Jacob).**

Es decir, los viejos conceptos de dolor, aflicción y sufrimiento psíquico continúan plenamente vigentes. Sin embargo, es posible que a futuro dicha idea sea revisada si se tiene presente que el legislador, en un intento para acotar el concepto del daño moral, estableció en el artículo 41 de la Ley N° 19.966 o Ley del AUGE, de fecha 3 de septiembre de 2003:

“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez consi-

derando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producirse aquellos”.

En esta norma ya no se habla de sufrimiento, tristeza o aflicción, sino de cambio de las condiciones de existencia del afectado. Es cierto que dicha norma esta referida a la situación médica o de salud, pero a lo mejor podría trabajarse un poco más.

E. Valoración del daño moral

Sobre el particular les hago presente que el mismo fallo analizado señala en su considerando OCTAVO, y en la parte pertinente: “...la dificultad que presenta cuantificar el dolor provocado por un hecho de las características del que se trata en autos para traducirlo en una compensación monetaria, frente a lo cual no queda otro camino que dejar a la prudencia de los jueces del fondo la regulación de esa clase de resarcimiento, quienes deducirán los efectos producidos por el hecho causante del agravio en la persona afectada de los antecedentes o circunstancias conocidos que obren en el proceso...”.

F. Necesidad de prueba del daño moral

Esta es una materia compleja. Sin embargo, del estudio de muchos fallos de la Corte Suprema creo que se puede concluir en lo siguiente.

a) tratándose de daños morales provenientes de un delito o cuasidelito penal, la prueba es prácticamente innecesaria. Así por ejemplo la Corte Suprema sostuvo en fallo de fecha **11 de junio de 2008, causa Ingreso 1393-2007**, lo siguiente:

Considerando 14º. “Que la muerte de la madre de la actora en las circunstancias antes descritas, provocada por la actuación del conductor del bus en que viajaba, desde luego ocasiona en ésta un sufrimiento, teniéndose presente que en este caso además doña Aída Sánchez vivía con ella, según lo declaró la testigo Miriam Silva Reyes a fojas 102, motivo por el cual se

accederá a la indemnización demandada por doña Clelia Maldini por el daño moral que le provocó este deceso, el que se regulará prudencialmente por este tribunal en la suma de \$ 40.000.000 (cuarenta millones de pesos)".

Luego, en el considerando 16° del mismo fallo agregó la Corte Suprema: **"Que el dolor que les provoca naturalmente a los padres de un menor de tan solo tres años de edad que éste resulte con las heridas antes descritas, desde luego es innegable, dolor que en este caso se acreditó además con los testimonios antes indicados"**.

De este último considerando destaco los vocablos "naturalmente" e "innegable". Dichas voces apuntan a la innecesaria prueba del daño moral en casos como el planteado.

b) daños morales en responsabilidad contractual y extracontractual (netamente civiles).

En estos casos se exige la prueba del daño, quedando sólo al criterio del tribunal fijar el monto de la indemnización. Sobre este punto cito dos fallos de la Corte Suprema.

1) Sentencia de fecha 27 de octubre de 2008 dictada por la Tercera Sala y redactada por el ministro señor Pierry. Este es un fallo interesante, porque se trata de una demanda en contra de un abogado y de la Corporación en la que trabaja o trabajaba, al cual se le pasaron algunos plazos y el tribunal que tramitaba la causa laboral declaró abandonado el proceso. A raíz de esto el trabajador patrocinado por la Corporación la demandó por los perjuicios sufridos por la mala defensa. Dicha demanda fue rechazada, porque los sentenciadores estimaron que la expectativa del demandante consistente en ganar el juicio laboral era un evento incierto, por lo cual el daño alegado no reunía los requisitos básicos para demandar su reparación.

La sentencia de la Corte Suprema, en relación con la necesidad de prueba del daño moral, señala en su considerando UNDECIMO: **"Que, en efecto, la presunción de culpa a que se refiere el actor (se refería al artículo 2320 del Código Civil) no lo exime de la obligación de acreditar la existencia y monto de los daños demandados, lo que, tal como se estableció en la sentencia recurrida, no ha ocurrido en la especie"**.

2) Fallo de fecha **15 de enero de 2008**. Dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema, que en su considerando DECIMOQUINTO, en su parte pertinente, expresa: **"Que, de lo expuesto precedentemente se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obliga al responsable a indemnizar tanto el daño emergente, como el lucro cesante"**.

y, asimismo, el daño moral... Para luego rematar... Sin embargo, en el caso *sub judice* procede tener en consideración... **“del mérito de los antecedentes aparece que tal resarcimiento tampoco resulta procedente por no haberse acreditado en el proceso la existencia de aquel perjuicio pretendido por el actor, esto es, haberse verificado, como consecuencia del actuar del demandado, algún daño moral...”**.

F. Cómo se prueba el daño moral

Si bien los distintos fallos de la Corte Suprema no indican en forma directa cómo se prueba el daño moral, del contexto de todos ellos se puede concluir que, atendida la particular naturaleza de esta figura, el medio de prueba idóneo por excelencia es el previsto por el artículo 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil, es decir, **“presunciones”**.

En fallo de fecha 14 de octubre de 2008, la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló:

Considerando Decimoséptimo: **“Que la casación en el fondo del Fisco de Chile se construye a partir de la premisa de estimar que no se probó la existencia y naturaleza del daño o perjuicio moral o que, en todo caso, este ha sido inferido de antecedentes que no permiten sustentarlo.**

Sin embargo, hay que señalar que en el considerando vigésimo noveno de la sentencia de primera instancia, confirmada por el fallo recurrido, se concluyó lo siguiente: **“que en el caso de autos, el daño moral reclamado por la actora, sus hermanas y su padre, representados por la primera, con el merito de los documentos acompañados desde fojas 93 a 99, 103 a 111, 123 a 132, declaraciones de la médico siquiatra Claudia Fernández Alarcón, de fojas 143 vta. A 144 vta, se encuentra probado, a juicio de este sentenciador, los trastornos en la psiquis, el dolor, la aflicción y pesar físico padecidos por los demandantes a consecuencia del resultado ocasionado”**.

Por lo tanto, señala la Corte Suprema, **“la existencia de aquel daño constituye un hecho efectivo que ha fijado la sentencia sobre la base de la prueba instrumental y testimonial singularizadas en el fundamento que se ha transcrito, DE LAS QUE ES POSIBLE OBTENER PRESUNCIONES JUDICIALES QUE REUNEN LAS CONDICIONES DE MULTIPLICIDAD, GRAVEDAD, PRECISIÓN Y CONCORDANCIA SUFICIENTES COMO PARA, DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 426 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y 1712 DEL CODIGO CIVIL, CONCLUIR DE LA FORMA QUE LO HAN HECHO LOS SENTENCIADORES RECURRIDOS”**.

G. Procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual

Este es un tema que ha evolucionado con el tiempo. En efecto, tal como se sostiene en varios fallos, la jurisprudencia de la Corte Suprema, influenciada por el prestigio de don Arturo Alessandri, negó sistemáticamente la procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual. Si se revisan los fallos desde los inicios del siglo veinte hasta casi su finalización, años 1994 y 1995, encontrarán que todas las demandas por este concepto fueron rechazadas. Fue la obra de don Roberto Dávila y de don Adolfo Bañados que dio cabida a la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual.

¿Qué ha pasado hoy día? La Corte Suprema ha acogido la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual en forma reiterada. Debe recordarse, sí, que todos los fallos en ese sentido tenían el voto en contra del ministro Jorge Rodríguez Ariztía, quien nunca aceptó tal posición jurídica.

Sobre esta materia les puedo señalar los siguientes fallos que acogen la reparación del daño moral en materia contractual:

1. fallo de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, ambos publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 91, sección primera, página 100 y tomo 94, sección tercera, página 94;
2. en particular, los fallos de la Primera Sala de fechas 5 de noviembre de 2001; 3 de septiembre de 2002, 28 de noviembre de 2006; 11 de abril, 3 de julio, 28 de agosto y 24 de septiembre, todos del año 2007, que representan la línea jurisprudencial en esta materia.

H. Fundamentos jurídicos que explican la procedencia de la reparación del daño moral en materia contractual

En fallo de fecha 15 de enero de 2008, recaído en el recurso 3.070-06, fallo redactado por el Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, se hace un extenso análisis sobre la materia.

Allí se señala en el considerando DECIMOCUARTO: "...pone de relieve un tema que por largo tiempo no fue objeto de preocupación en nuestro derecho, en razón de que siempre se consideró que el daño moral proveniente de incumplimiento contractual no era resarcible, postura que a partir de tiempos modernos presenta cambios, vacilantes al comienzo, pero que actualmente

tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando”.

Agrega a continuación: “Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral se pueden resumir en las siguientes argumentaciones:

a) Aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil. En síntesis, este argumento señala que el artículo referido, si bien no menciona al daño moral, tampoco lo restringe ni prohíbe.

b) Nueva doctrina jurisprudencial. Al efecto cita como referente el fallo de la Corte Suprema de fecha 20 de octubre de 1994, decisión que se unió a los fallos de fecha 3 de julio de 1951 y de fecha 14 de abril de 1954.

c) El legislador acepta el daño moral fuera del ámbito de los delitos y cuasi-delitos. Cita como ejemplo los artículos 544 en relación con el artículo 539 y el 1544 del Código Civil.

d) Concepción de daño emergente. Dicho concepto comprende no solo el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral.

e) Aceptación por la doctrina.

f) Igualdad ante la ley. Aparte de citar cierta doctrina, el fallo redactado por el ministro señor Muñoz Gajardo señala: “...nuestro Estado ha establecido que es una República democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante la ley, como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de diferencias arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19 N° 7 letra i) no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso cuarto, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado... Agrega luego: “Estas premisas, además del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, impone, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado.

g) Finalmente, el fallo analizado sostiene que, si en materia extracontractual se establece que se “indemniza todo daño”, según reza el artículo 2329, al igual que en la responsabilidad contractual en el evento que se impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de todos los perjuicios. De

esta manera, finaliza el razonamiento, “el daño moral se encontraría excluido únicamente en sede contractual cuando la ley exija culpa leve o levísima para justificar la responsabilidad de la parte incumplidora”.

Ahora, establecido lo anterior, esto es, ya sabemos de dónde surge la responsabilidad, pero ¿cómo fundamentamos la obligación de reparación?

Como lo sostiene la doctrina, para fundamentar la obligación de reparación se han formulado dos grandes teorías: la clásica de la responsabilidad a base de culpa y la teoría de la responsabilidad objetiva.

Por su parte, en lo que dice relación con la responsabilidad extracontractual, ha sido tradicional considerar que las fuentes de la responsabilidad extracontractual son el delito y el cuasidelito civil, De acuerdo a don Arturo Alessandri, delito es “**el hecho ilícito cometido con la intención de dañar que ha inferido injuria o daño a otra persona**”. Y cuasidelito es: “**el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona**”. Es decir, la diferencia la determina la presencia de dolo o culpa.

Por su parte, la doctrina italiana, si bien distingue entre el dolo y la culpa, habla genéricamente de “culpa”, entendiéndolo por tal “**la voluntad de la lesión del derecho del otro (dolo), o bien como la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglas de conducta, que califican el comportamiento como dañoso, llevado a cabo sin la específica voluntad de dañar a otros**” (Luigi Corsaro, “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”, artículo publicado en la obra titulada *Estudios de la Responsabilidad Civil*, ARA Editores, año 2001, Lima Perú).

La teoría clásica descansa sobre la culpa y la teoría objetiva descansa sobre la base de la creación del riesgo.

¿Cuál es la posición del juez frente al problema?

Si el juez aprecia el caso desde el punto de vista de la teoría clásica, deberá **analizar la conducta** del autor del acto dañoso.

Si el juez aprecia el caso desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, no considerará la conducta dolosa o culpable del sujeto que ha causado el daño, sino que condenará al que creó el riesgo, es decir, condenará a aquel que generó las condiciones necesarias para que el daño se produjera.

Aquí me quiero detener para analizar un conjunto de jurisprudencia recientemente dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia

Ustedes saben que se ha hecho bastante común la interposición de demandas en contra del Estado, o de sus órganos o de las municipalidades, por aquel fenómeno jurídico denominado **FALTA DE SERVICIO**.

1. ¿Qué se entiende por falta de servicio?

La Corte Suprema, Tercera Sala integrada por los ministros señores Héctor Carreño; Pedro Pierry; señora Sonia Araneda, señor Haroldo Brito y abogado integrante señor Rafael Gómez, señalaron en fallo de fecha 27 de agosto de 2008 y que tiene el ingreso N° 1496-2007 :

Considerando DECIMOTERCERO: **“Que resulta conveniente iniciar este análisis por definir que tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 43 del Código Civil, conlleva la constatación de una actividad o carencia de la misma, reprochable. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico; lo que supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber un punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado”.**

2. ¿Cuándo se puede producir falta de servicio?

La Corte Suprema, en el mismo fallo analizado, señaló:

Considerando DECIMOSEXTO: **“Que, en este mismo sentido, uno de los criterios de imputabilidad más evidente de la falta de servicio es el incumplimiento de obligaciones legales; su cumplimiento tardío; o su cumplimiento deficiente. De esta manera, un municipio incurrirá en falta de servicio cuando se haya verificado falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes públicos.**

3. ¿Es objetiva o subjetiva la responsabilidad por falta de servicio?

La Corte Suprema en fallo de fecha 14 de octubre de 2008, ingreso N° 1976-2007 (Tercera Sala, integrada por los ministros señores Héctor Carreño; Pedro

Pierry, señora Sonia Aranedá; señor Haroldo Brito y abogado integrante señor Rafael Gómez), señaló:

Considerando DECIMOCUARTO: **“Que, en efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla”.**

4. ¿Qué rol juega el artículo 38 de la Constitución Política de la República?

En el mismo fallo analizado la Corte Suprema declaró:

“En este sentido, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino tan solo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado”.

Visto de esta forma, no puede sino considerarse una norma de competencia.

Finalmente, algunas palabras acerca de la prescripción de la acción civil.

En los últimos meses se ha hecho patente un conflicto importante. Dos Salas de la Corte Suprema han entrado en contradicción. En efecto, la Segunda Sala Penal del máximo tribunal, conociendo causas en que se han ventilado situaciones delictuales ocurridas a partir del 11 de septiembre de 1973, y que en el ámbito de los tribunales se denominan “de derechos humanos”, ha resuelto que la acción civil en estos casos es imprescriptible. Por su parte, la Tercera Sala, conociendo de la misma materia, ha determinado que la acción civil en este tipo de juicios es prescriptible.

a. Tratamiento que el Código Civil da a la materia.

Como es sabido, el artículo 2332 del referido texto legal señala: **“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.**

b. Interpretación que la doctrina da al artículo transcrito, en particular ¿desde cuándo empieza a correr el cuadrienio?

Tal como lo sostiene René Abeliuk en su libro *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*, páginas 196-197, **“...la jurisprudencia y la**

doctrina entendían habitualmente que ella comenzaba a correr desde el instante de la acción u omisión imputable al hechor, aunque el daño se ocasionara posteriormente. De ordinario ambos momentos van a coincidir, pero no ocurre siempre en esta forma”.

Mas adelante el señor Abeliuk señala: “Esta interpretación nos parece inaceptable, pues conduce al absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer...” y fundamenta su opinión señalando: “es requisito de la indemnización la existencia de daño. Antes de que este se produzca, la víctima nada puede demandar, pues no ha sufrido perjuicio. Los hechos ilícitos se definen precisamente como las acciones u omisiones culpables o dolosas que causan daño”. Finaliza expresando: “...Al hablar de perpetración del acto, el Código se está refiriendo a este concepto que incluye el daño”.

c. ¿Desde qué momento comienza a correr el plazo de prescripción según la jurisprudencia?

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en fallo dictado el día veintiocho de octubre de dos mil ocho, ingreso N° 2152-2007, señala sobre el particular:

Considerando UNDECIMO de la sentencia: “Que, consecuentemente, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto...” y en el considerando DUODECIMO finaliza el razonamiento diciendo: “Que, de esta manera, y por no estar controvertido que los hechos que motivaron la demanda deducida en contra del Estado acaecieron en 1974 y que la demanda impetrada ha sido notificada el 4 de mayo del año 2000, según consta del estampado de fojas 18, surge necesariamente como conclusión que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil ha transcurrido en exceso”.

d. ¿Es prescriptible la acción civil que persigue la reparación del daño, cuando este proviene de violaciones a derechos humanos?

En el mismo fallo analizado la Corte Suprema señaló lo siguiente en el considerando NOVENO: “Que, la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones...”.

e. Voto de minoría.

El fallo que se viene analizando tuvo el voto en contra del ministro señor Haroldo Brito Cruz, quien expresó lo siguiente:

(Se transcribe la parte pertinente de los considerandos y que son atinentes al problema jurídico analizado).

1°. La acción indemnizatoria deducida en autos por don Rudolph Muller Muller y doña Sonia María Muller Silva, padre y hermana del desaparecido Jorge Muller Silva..., no es de índole patrimonial, porque los hechos en que se sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual, sino, simplemente, humanitaria;

2°. Que, aun cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción "se aplican igualmente a favor y en contra del Estado", no son pertinentes a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto... Más adelante el ministro señor Brito afirma: "la sentencia impugnada... ni tampoco vulnera las normas contenidas en los artículo 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que emplea como sustento dicha decisión. Ello es así porque de acuerdo con esta última regla de responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno..."

3°. "Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema generado a partir de la dignidad de la persona humana... De aceptarse la tesis de la excepción de la prescripción, ciertamente se vulneraría la citada norma de la Convención Americana de los Derechos Humanos y, además, la del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece para los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que ha de situarse el de indemnización, que ha sido invocado en autos"

f. Doctrina establecida por los fallos de la Segunda Sala de la Corte Suprema en materia de prescriptibilidad de la acción civil (causas por derechos humanos).

Desde hace algunos meses la Sala Penal del máximo tribunal, en fallos divididos,

ha establecido la imprescriptibilidad de la acción civil en los juicios en que se persigue la indemnización del Estado por hechos derivados de violaciones a derechos humanos.

El fundamento de los fallos de mayoría de la Segunda Sala ha sido el mismo que ha planteado como voto de minoría el ministro señor Brito en la Tercera Sala, y que se desarrollara en las letras anteriores.

g. Solución del conflicto (contradicción de las sentencias de la Corte Suprema).

En un caso como el planteado, si bien existe la posibilidad de dar aplicación al artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, que establece: **“Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho de que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”**. No existe una solución de carácter general, pues lo que resuelva el tribunal pleno constituirá la sentencia del recurso de casación, es decir, sólo tendrá efecto para esa causa en particular; no puede ni podría tener efecto retroactivo; y, en ningún caso, sería vinculante, a futuro, para los Ministros de la Corte Suprema.



**Homenaje
al profesor
Miguel Schweitzer S.**

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ha querido sumarse al homenaje de que ha sido objeto el destacado penalista y profesor don Miguel Schweitzer Speisky con ocasión del primer centenario de su natalicio. En su larga vida profesional descolló como uno de los mejores abogados de nuestro país, lo cual, unido a su brillante carrera académica como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, lo transforma en un ejemplo digno de emularse por parte de nuestra juventud. Estudioso, generoso con sus conocimientos, clarividente en muchos aspectos, de trato cordial, y fiel a sus ideas, fue, invariablemente, un guía para todos aquellos que conciben la Universidad como un templo de la inteligencia y el conocimiento.



Creemos que el mejor homenaje que puede brindarse a un hombre de estas notables cualidades humanas e intelectuales es reproducir aquí la ponencia de que es autor el profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica don Álvaro Fernández Díaz, expuesta el 29 de Julio de 2008 en un acto celebrado en la Universidad Fines Terrae. Creemos que ello no sólo sirve la disciplina que profesaba don Miguel Schweitzer Speisky, sino que revela, además, la constante inquietud de los juristas más destacados de nuestro país por innovar en el ámbito de la interpretación y, por ende, de la aplicación del derecho. Nuestro homenajeado intervino en numerosos congresos internacionales

junto a los más destacados penalistas de este Continente, fue miembro activo del Instituto de Ciencias Penales, tuvo una descollante participación en la Comisión de Docencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Profesor Emérito de la misma Facultad, desempeñándose, posteriormente, como Ministro de Justicia. Su trayectoria, que apretadamente dejamos estampada en estas líneas, revela la solidez de sus enseñanzas y la nobleza de su espíritu.

Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Miguel Schweitzer Speisky: Penalista¹

Alvaro Fernández Díaz

Profesor de Derecho Penal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

I. Introducción

Agradezco al Estudio Schweitzer & Cía. y a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae la invitación a entregar hoy esta ponencia en conmemoración de los 100 años del nacimiento de don Miguel Schweitzer Speisky. Se trata de un gran honor, no sólo por la excepcional figura de don Miguel, sino también porque en esta audiencia se encuentran destacados penalistas y profesores de derecho penal que fueron sus amigos, colegas y algunos de sus alumnos, que, naturalmente, podrían hacer una presentación con mayor brillo y fundamento. A todos ellos, por las omisiones e imprecisiones que pudieran tener estas palabras, ofrezco desde luego mis disculpas.

Creo haber visto y saludado a don Miguel sólo en contadas oportunidades, y no recuerdo haber tenido una conversación con él. Quizá la vinculación más directa con su persona y su obra sea mi incorporación al estudio Schweitzer & Cía. a comienzos de los años 90, cuando él estaba ya retirado, en el que me asignaron la que había sido su oficina. La recuerdo con las estanterías literalmente colapsadas de antiguos libros de derecho, que en su momento yo detestaba, porque consideraba que le daban a la oficina un aspecto muy avejentado para mi edad. Ahora, ya fuera de ella, ¡cuánto me gustaría tener esos libros! –muchos de ellos con cariñosas dedicatorias de autores nacionales y extranjeros–, que no se pueden adquirir en el mercado.

La vida profesional de don Miguel comprende distintas facetas –su vida como hombre público, como abogado y como catedrático de Derecho Penal–, imposibles de abarcar en esta breve síntesis. Únicamente me referiré a su obra

¹ Ponencia efectuada el 29 de julio de 2008, en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, con motivo de la conmemoración de los 100 años del nacimiento de don Miguel Schweitzer Speisky.

como penalista –que pude extraer de diversas publicaciones–, en las que, como veremos, se pueden entrever también algunas de las virtudes que hicieron de él un reconocido y excepcional abogado, servidor público y profesor de derecho. Si bien sus distintos artículos, comentarios de jurisprudencia e intervenciones en seminarios y foros nacionales e internacionales dan cuenta de una sólida labor científica, se echa de menos un texto que haya plasmado como unidad su legado académico, que se manifestaba casi diariamente en la sala de clases.

Es una lástima, porque su labor como profesor de Derecho Penal se extendió por más de 30 años, con singular brillo y dedicación. Tanto así, que el 24 de abril de 1980, la Universidad de Chile le confirió el grado de Profesor Emérito. Y es que a la labor docente le asignaba una gran trascendencia. En sus palabras al recibir ese reconocimiento, consideraba que ella *“impele inexorablemente a quien la ejerce a estudiar cada vez más, perfeccionando lo que sabe o cree saber, sin estar nunca satisfecho, para verterlo como semilla pronta a germinar en el más fértil de los terrenos, que es la mente virgen de los jóvenes alumnos que llegan a estas aulas ansiosos de estudiar y aprender, para después saber aplicar lo que sus profesores, en su oportunidad, les enseñaron”*.²

II. Tesis de grado: adulterio in fraganti

Miguel Schweitzer Speisky inició sus estudios de derecho en la Universidad de Chile en 1926; obtuvo el grado de licenciado en mayo de 1931 y aprobó el examen de título en junio de ese mismo año. Su profesor de Derecho Penal fue Carlos Valdovinos, a la sazón ministro de Corte de Apelaciones y después de la Corte Suprema, a quien don Miguel, casi medio siglo después, recordaba en los siguientes términos: *“Fue nuestro excelente profesor de Derecho Penal, que en forma sencilla, pero profunda, sin alarde de erudición, desentrañaba los complejos aspectos del delito, el delincuente y la pena, y supo interesarnos en sus explicaciones que siempre ilustraba con los ejemplos que extraía de su vasta experiencia judicial. Abandona prematuramente la cátedra, de la que me había designado como ayudante de curso, y más tarde, también la judicatura, llamado por el Presidente de la República, don Pedro Aguirre Cerda, para desempeñar el cargo de Ministro de Defensa y después el Ministerio del Interior”*.³

Su tesis de grado, publicada en 1931, lleva un sugerente título: *“¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adul-*

² SCHWEITZER SPEISKY, *Discurso académico pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile* (1980), p. 4.

³ SCHWEITZER SPEISKY, *Discurso académico pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile* (1980) pp. 8-9.

terio?"⁴ En esta monografía se hace un análisis crítico de la entonces vigente circunstancia eximente de responsabilidad penal consagrada en el artículo 10 N° 11 del Código Penal, cuyo controvertido texto disponía:

Artículo 10. *"Están exentos de responsabilidad criminal:*

11. El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta.

Si solo diere muerte, hiriere o maltratare a uno de ellos, sin causar daño al otro u ocasionándole uno menor, subsistirá no obstante la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen".

Esta eximente fue incorporada por la Comisión Redactora del Código Penal (1874), teniendo como antecedente la antigua legislación española –aunque se le introdujeron algunos cambios– que se remonta en esta materia al Fuero Juzgo. Las actas de la Comisión dan cuenta de un pobrísimo debate, donde tres de sus integrantes se pronunciaron por conceder esta eximente sólo al marido y dos de ellos por extenderla a cualquiera de los cónyuges.⁵ El supuesto fundamento vinculado a la ofuscación pasional que tradicionalmente se utilizó para justificar esta eximente, no tenía mayor sustento. En efecto, como ponía en evidencia Del Río, *"si fuera la pasión el verdadero fundamento de la causal, ésta debería obrar tanto respecto del hombre que sorprende a su mujer in fraganti en delito de adulterio, como de la mujer que encuentre a su marido en análogo caso; además, aceptada la pasión en sus verdaderos caracteres, no procedería considerar la mala conducta del marido para no hacer efectiva la exención, ya que tan comprensible o humano sería el movimiento pasional en el marido de buena conducta como en el de mala. El verdadero fundamento de esta causal debe buscarse en el atraso y los prejuicios existentes en la época de dictación de nuestro Código, que tomó la disposición del antiguo derecho español".*⁶

Para don Miguel, esta norma tenía defectos de fondo insalvables, y sostenía que aun cuando se concediera esta eximente en favor de ambos cónyuges, *"nuestro espíritu no quedaría satisfecho (...) pues somos de opinión que la circunstancia que exige de responsabilidad al cónyuge (imaginemos que se hubiere ya modificado) que mata a otro sorprendido en delito in fraganti de adulterio, carece de los elementos propios, inherentes a una circunstancia de exención y, en consecuencia,*

⁴ SCHWEITZER SPEISKY, *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?* (1931).

⁵ Ver un análisis histórico de esta disposición en SCHWEITZER SPEISKY, *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?* (1931), pp. 8-10.

⁶ DEL RÍO (1935), p. 199.

propiciamos una reforma más radical: la supresión de la causal".⁷ En su tesis, además de un detallado análisis de la jurisprudencia –que será una constante en sus posteriores publicaciones–, da una serie de sólidas razones para que se elimine del Código esa disposición, lo que finalmente ocurrirá recién el 10 de junio de 1953, con la dictación de la Ley N° 11.183.

Entre sus argumentos destacan que la norma del artículo 10 N° 11 contravenía distintas disposiciones de la Constitución Política (sólo los tribunales de justicia pueden conocer de causas civiles y criminales; nadie puede arrogarse ni a pretexto de circunstancias extraordinarias, el carácter de tribunal; nadie puede ser juzgado ni condenado sino por los tribunales de justicia); que llevaría a castigar un mismo delito dos veces (recordemos que también se penalizaba el adulterio); que no estamos frente a una hipótesis de enajenación mental ni tampoco de fuerza irresistible; y la preeminencia del derecho a la vida.⁸

Sin embargo, otra de sus conclusiones finales es, a mi juicio, poco acertada, y no se corresponde con la fuerza de los argumentos dados con anterioridad en su trabajo. En efecto, luego de propiciar la derogación de la norma en estudio, se muestra partidario de crear una nueva figura delictiva, distinta del parricidio, del homicidio y las lesiones, y con una penalidad inferior, que establezca lo siguiente: *"El cónyuge que, en el caso de sorprender al otro en flagrante delito de adulterio, mate, hiera o maltrate a éste, su amante o a ambos, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio"*⁹ (61 días a tres años). Considero que en este tipo de hipótesis –cuyos casos análogos pueden ser infinitos– simplemente debe dejarse que se apliquen las normas generales de las eximentes y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, sin que sea necesario dictar una norma especial que establezca una figura privilegiada. Cosa distinta es que se plantee la conveniencia de derogar el delito de parricidio –que es una tendencia del derecho comparado–, y dejar únicamente el homicidio simple y el calificado.

⁷ SCHWEITZER SPEISKY, *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?* (1931), p. 8.

⁸ SCHWEITZER SPEISKY, *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?* (1931), pp. 20-45.

⁹ SCHWEITZER SPEISKY, *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?* (1931), p. 55.

III. Acusación o denuncia calumniosa

En 1937, ya como profesor de derecho penal de la Universidad de Chile, publica su reconocido trabajo "El delito de acusación o denuncia calumniosa",¹⁰ que analiza el artículo 211 del Código Penal. Dicha disposición establece:

Artículo 211. *"La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada..."*.

En su trabajo se hace una esclarecedora interpretación de la confusa redacción de dicha norma, y hasta el día de hoy es una referencia obligada, tanto por la doctrina como la jurisprudencia. Así, Morales Andrade, autor el año 1990 de una completa monografía sobre esta materia, inicia el prólogo de su libro con las siguientes palabras: *"El artículo 211 del Código Penal ha sido fuente de numerosos problemas interpretativos tanto desde la perspectiva penal como procesal. Afortunadamente, la jurisprudencia ha ido adoptando las soluciones propuestas por Miguel Schweitzer S. en el año 1937 (en relación con el significado del adjetivo 'calumniosa' y al alcance de la frase 'declarada (...) por sentencia ejecutoriada'), cosa que contribuye considerablemente a la seguridad jurídica"*.¹¹

Para don Miguel, el adjetivo "calumniosa" que emplea este delito contra la administración de justicia debe interpretarse dándole una acepción más amplia que el concepto estricto utilizado en los delitos contra el honor –al tratarse de las injurias o calumnias causadas en juicio–, ya que de lo contrario perdería sentido su existencia. Considera que *"el artículo 211 sanciona al que acusa o denuncia falsamente, a sabiendas de que su imputación no es verdadera y sólo con el propósito de causar daño y perjuicios al acusado, sea que el delito no exista o que, existiendo, no haya tenido participación punible la persona señalada como responsable"*.¹² Por otra parte, la exigencia de que para castigar por este delito sea necesaria una sentencia ejecutoriada que declare calumniosa la acusación o denuncia, tiene para don Miguel una interpretación muy clara y simple: *"Terminado el juicio a que ha dado origen la acusación o denuncia falsa, el afectado o un tercero –ya que afirmamos que es un delito de acción pública– se presenta ante el tribunal que corresponda para que, con el mérito de la sentencia dictada en el juicio anterior y que sobresee o absuelve, se investigue y pruebe lo falso y calumnioso de la acusación o denuncia que la haya motivado, y comprobado que ello sea, se sanciona al autor en la forma que determina el artículo 211"*.¹³

¹⁰ SCHWEITZER SPEISKY, "El delito de acusación o denuncia calumniosa" (1937).

¹¹ MORALES (1990), p. 7.

¹² SCHWEITZER SPEISKY, "El delito de acusación o denuncia calumniosa" (1937), p. 345.

¹³ SCHWEITZER SPEISKY, "El delito de acusación o denuncia calumniosa" (1937), p. 357.

En todo caso, cabe consignar que esta figura delictiva sigue presentando dificultades. Además de una necesaria reforma que adapte la redacción de este delito a las exigencias del nuevo proceso penal, de la conveniencia de introducir una hipótesis residual de denuncia falsa sin imputado determinado y de la utilidad que prestaría la consagración de una cláusula de retractación que en determinados casos lleve a eximir de toda pena al acusado, quedan todavía poco en claro diversos aspectos de esta figura delictiva. Entre ellos, el tema concursal parece ser el más complejo, y es ahí donde cabe esperar una mayor profundización de nuestra doctrina y jurisprudencia. En este sentido, y a modo de ejemplo, es de gran trascendencia la vinculación que pueda hacerse entre la acusación o denuncia calumniosa y el delito de amenazas condicionales. Como ha demostrado la jurisprudencia comparada –situación que no debe ser muy diferente en nuestro país–, la presentación de una querrela o denuncia falsa o sin mayor fundamento suele ser utilizada como forma de presión ilegítima para obtener de la víctima alguna exigencia que, por lo general, es de carácter pecuniario. Ello se puede extender incluso a demandas civiles o denuncias de carácter administrativo.

IV. Delitos contra el honor: el llamado *animus injuriandi*

Gracias a que Mario Garrido Montt, en su libro *Los delitos contra el honor*, publicado en 1963, utilizó como bibliografía los apuntes de clase de don Miguel¹⁴ –citándolos en varias oportunidades–, es que podemos recordar parte de sus opiniones en esta materia. Aunque sólo se trata de referencias puntuales de un curso de profundización, ellas dan una buena idea de su pensamiento sobre la protección penal del honor, un área en la que se sentía especialmente cómodo, y en la cual por décadas ejerció con gran éxito como abogado del diario “El Mercurio”. También estas notas dan cuenta del rigor y grado de detalle con que hacía sus clases, siempre acompañadas de ilustrativos ejemplos inventados o tomados de la jurisprudencia. En una materia que recibe de nuestro Código Penal un tratamiento excesivamente casuístico que dificulta la interpretación, buscaba, sin embargo, darle a cada norma un significado razonable para hacerla así compatible con el sistema general de regulación.

Así, por las citas de estos apuntes de clase, sabemos, entre otras cosas, que don Miguel estimaba que los delitos de injuria y calumnia consagrados en el Código Penal se consumaban en el instante mismo en que se proferían las expresiones atentatorias al patrimonio moral de un persona, llegaran o no al conocimiento

¹⁴ GARRIDO (1963), p. 372.

de la misma o de otras;¹⁵ que la mera pasividad puede constituir un delito de injurias, ya que *“cuando el ser humano deja de actuar en forma ostensible que tiende a manifestar un ánimo incuestionable de injuriar, existe delito. De ahí que, tratándose de injurias, habrá delito en todo caso, sea que la acción ejecutada revista una forma activa o pasiva”*;¹⁶ que no hay impedimento alguno para que un inimputable (pone el ejemplo de un menor de edad) pueda ser sujeto pasivo del delito de calumnia;¹⁷ y que el llamado *“animus injuriandi”* es esencial para la configuración de los delitos contra el honor.¹⁸

Por *“animus injuriandi”* entendía un elemento subjetivo distinto del dolo, constituido por la intención de ofender o desacreditar, cuyo análisis consideraba que era la única forma que permitía establecer el verdadero alcance de una expresión o acción. A su juicio, un vocablo de significado perfectamente inocente puede ser un medio adecuado para causar agravio; según la sociedad en que se emplee, puede tener sentidos más o menos ofensivos. Como ejemplo, pone el término *“gallina”*, el que *“mirado objetivamente, no tiene otro alcance que el individualizar un ave de corral; pero si en nuestro país se dirige contra una persona significa que se le imputa cobardía; por otra parte, en Francia, dirigido contra una mujer, significa que es de vida liviana”*.¹⁹ De lo dicho se desprende que una expresión puede reputarse ofensiva a veces y otras no, por cuanto lo que determina su sentido es *“la forma como se emplea, el alcance que se pretende darle”*.²⁰ Y esto es lo que constituye, a su juicio, el *“animus injuriandi”*.

Sin intención de polemizar con don Miguel, no puedo dejar de señalar que no comparto su opinión en lo relativo a la exigencia de un *“animus injuriandi”* distinto del dolo en el delito de injurias. Reconozco que su postura todavía tiene fuerza en un sector importante de la jurisprudencia nacional, que recurre con frecuencia a ella para resolver si castiga o no una determinada conducta. Sin embargo, en este punto me siento más próximo a autores como Etcheberry,²¹ Garrido²² o Grisolía²³, que rechazan la presencia de un *“animus injuriandi”* distin-

¹⁵ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en GARRIDO (1963), p. 152

¹⁶ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en GARRIDO (1963), p. 150.

¹⁷ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en Garrido (1963), pp. 54-55.

¹⁸ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en Garrido (1963), p. 88.

¹⁹ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en Garrido (1963), p. 88.

²⁰ SCHWEITZER SPEISKY, Apuntes de clases de Derecho Penal profundizado sobre la materia, en Garrido (1963), p. 88.

²¹ ETCHEBERRY (1997), pp. 165-170.

²² GARRIDO (2002), pp. 203-205.

²³ GRISOLÍA (2004), pp.115-129.

to del dolo en este delito. En la injuria, el dolo importaría únicamente conocer el carácter agravante de las expresiones o acciones y querer pronunciarlas o ejecutarlas, siendo irrelevante si además concurre una especial intención de ofender o desacreditar. Con anterioridad, ya he dado a conocer en detalle mi punto de vista en esta materia, resaltando, entre otras cosas, las inconsistencias, problemas dogmáticos y prácticos que plantea la exigencia de un ánimo especial distinto del dolo en la injuria. A ese trabajo anterior me remito.²⁴ Sólo me gustaría citar la ilustrativa sentencia de la Corte Suprema, de 2 de enero de 2002 (redactada por el ministro Cury), cuyos fundamentos comparto:

“7º) Que, contra el punto de vista examinado en el considerando anterior, esta Corte estima que lo que suele designarse como animus injuriandi no es sino el dolo del delito a que nos estamos refiriendo.

*8º) Que, en principio, este dolo de injuriar no se diferencia del de cualquier otro delito y, por consiguiente, consiste simplemente en saber que la expresión que se proferirá o la acción que se ejecutará es deshonrosa para o desacreditadora o menospreciadora de aquel a quien se refiere, y en querer proferirla o ejecutarla. La confusión deriva de que tanto el significado de las palabras como el de los gestos es ambiguo, de manera que en todo caso depende del contexto en que se los profiere o ejecute, de la situación concreta, del tono que se les imprima (a las palabras) o de la forma en que se los realice (los gestos). Por esto, en el dolo de injuriar el conocimiento debe extenderse no sólo al sentido de una determinada expresión o acción aislada, sino –y muy principalmente– a que tal como en concreto se las proferirá o ejecutará tienen la virtualidad de deshonrar, desacreditar o menospreciar a la persona a quien aluden, y a querer pronunciarlas o verificarlas precisamente de esa manera. Esto nada tiene que ver con supuestos ánimos que trascenderían al dolo y, por ello, las motivaciones especiales del autor son aquí irrelevantes en tanto que tales: el que con el propósito de procurar esparcimiento a sus auditores efectúa un relato que, objetivamente, atendida la forma y en el contexto en que se lo presenta, resulta desdorado para el afectado, comete injurias, sin que la finalidad de bromear que lo anima (animus giocandi) excluya en modo alguno su reprobabilidad jurídica”.*²⁵

De cualquier forma, rechazar la exigencia de un ánimo especial en la injuria hace que el debate acerca de la configuración o no de este delito se traslade habitualmente al ámbito de la antijuridicidad y, más específicamente, a determinar si concurre o no un ejercicio legítimo del derecho de la libertad de expresión (en su doble vertiente: opinión e información). Así, en conformidad con el artículo 10 N° 10 del Código Penal, que regula el ejercicio legítimo de

²⁴ FERNÁNDEZ (2005), pp.197-215.

²⁵ Número Identificador LexisNexis:19282.

un derecho, están permitidas por nuestro ordenamiento ciertas conductas típicas que afectan a un bien jurídico penalmente protegido (en este caso el honor), siempre y cuando se ejecuten en el ejercicio legítimo de un derecho y sobre la base de un interés preponderante o equivalente (en este caso el de la libertad de expresión). Como ha reiterado la doctrina más autorizada, tratándose de informaciones (respecto de las opiniones el tratamiento es distinto), la libertad de expresión permite la afectación del honor de otra persona en la medida en que concurra un interés público y se cumpla con el requisito de la veracidad de lo informado. Ambos conceptos han tenido en los últimos años un gran desarrollo, sobre todo en la doctrina y la jurisprudencia comparada e internacional, y exigen que nuestros tribunales profundicen en esta materia. En un comienzo, la utilización de estos parámetros puede resultar compleja para nuestros magistrados –sobre todo si se lo compara con la decisión muchas veces intuitiva acerca de si concurría o no el “*animus injuriandi*”–, pues los obligará a tomar una posición coherente en una serie de aspectos nuevos. Sin embargo, ello se hace inevitable para el desarrollo de una sociedad democrática sana.

V. Participación en foros y congresos internacionales: el Código Penal tipo

Durante su vida académica, don Miguel tuvo una activa participación en foros y congresos nacionales e internacionales, y estuvo en contacto directo con los más grandes penalistas hispanoamericanos de su época. No he podido, sin embargo, tener acceso a sus distintas ponencias en cada una de estas actividades. Sólo por vía indirecta sé de su participación como Relator de la Delegación Chilena en el II Congreso Latinoamericano de Criminología, celebrado en Santiago en 1941, donde expuso sobre “La reincidencia”. Allí manifestó una postura crítica sobre esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, ya que consideraba que no debía necesaria e inexorablemente conducir a una agravación de la pena, y estimaba que ella debía quedar entregada al criterio del magistrado.²⁶ También tengo referencias indirectas sobre su ponencia sobre “La prescripción de la acción penal”, en la IV Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada también en Santiago en 1945. En este trabajo se muestra como un ferviente partidario y sostenedor de la institución mencionada, manifestándose incluso a favor de reducir los plazos de prescripción que en esa época se contenían en el Código Penal.²⁷

²⁶ Ver referencias en SCHWEITZER WALTERS, “Discurso de recepción”, pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile a Miguel Schweitzer Speisky (1980). pp. 21-22.

²⁷ Ver referencias en SCHWEITZER WALTERS, “Discurso de recepción”, pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile a Miguel Schweitzer Speisky (1980). P. 22.

Merece especial mención, sin embargo, su participación, primero en calidad de delegado y luego como secretario ejecutivo de la Comisión Redactora en el Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina. Este proyecto, muy querido por don Miguel, tuvo su origen en un acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile en 1962 –cuyo presidente era entonces Eduardo Novoa Monreal–. Más de una década después, refiriéndose a esta ambiciosa decisión del Instituto, don Miguel comentaba: *“Era una utopía esto de pretender la redacción de un Código Penal tipo, que sirviera de modelo a las legislaciones de la América Latina; parecía simplemente una cosa de locos. El Instituto de Ciencias Penales lo había estudiado cuidadosamente, creyó firmemente y los hechos han demostrado que tenían razón los que así pensaron”*.²⁸

Por años, los más destacados catedráticos de Latinoamérica se reunieron en distintas asambleas plenarias. A modo de ejemplo, cabe mencionar la participación de figuras como Sebastián Soler (Argentina), Luis Jiménez de Asúa (catedrático español radicado largamente en Argentina), Heleno Claudio Fragoso y Nelson Hungría (ambos de Brasil), y una numerosa delegación chilena en la que, además de Eduardo Novoa y Miguel Schweitzer, destacaba la presencia de Alfredo Etcheberry, Luis Cousiño, Álvaro Bunster, Manuel Guzmán, Tomás Chadwick, Eduardo Varas y Daniel Schweitzer (hermano de don Miguel), sólo por mencionar a aquellos que en representación de nuestro país concurren a la Primera Reunión sobre este proyecto en 1963.

De la lectura de las actas de las distintas reuniones se puede apreciar que don Miguel tuvo una activa participación en el debate, y sus intervenciones, siempre ponderadas y desprovistas de todo afán de protagonismo, en reiteradas oportunidades facilitaron el logro de acuerdos. En su calidad de secretario ejecutivo de la Comisión Redactora del Código, le correspondió entregar la parte general del Código Penal Tipo, cuyo texto ha tenido influencia en distintas legislaciones de países latinoamericanos.²⁹

Es imposible, por razones de tiempo, analizar todo el contenido de la parte general del proyecto. Sólo quisiera resaltar un aspecto del mismo, que para él revestía especial importancia: la individualización judicial de la pena. El artículo 73 del proyecto le confería al magistrado una gran libertad para fijar la pena, lo que marcaba una diferencia sustancial con las rígidas y casi matemáticas normas contenidas en el Código Penal chileno, que le dejan al juez una libertad muy restringida. Así, el artículo 73 del Código Penal Tipo dispone:

²⁸ SCHWEITZER SPEISKY, *Algunas instituciones consagradas en la parte general del proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica no contempladas en el Código Penal chileno* (1975), pp.342-343.

²⁹ GRISOLÍA (1973).

Artículo 73. *“El Juez fijará la pena, dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere específicamente como constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.*

1. *Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible.*
2. *La importancia de la lesión o del peligro.*
3. *Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.*
4. *La calidad de los motivos determinantes.*
5. *Las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.*
6. *La conducta del agente posterior al delito”.*

En palabras de don Miguel, lo que ésta disposición pretende *“es robustecer al máximo la actuación del juez, cualquiera que éste sea (...) Se le da al juez una herramienta para que sea él el que (resuelva), en conocimiento de todo el complejo de antecedentes, de circunstancias y de elementos que rodearon la conducta delictiva de un sujeto, en un momento dado –añadida la investigación personal del juez sobre el sujeto, del responsable, por un lado, y de la víctima, que otras veces es causal determinante de la conducta–, para que pueda recorrer el marco penal en una justa adecuación, y así se logra el viejo sueño de los penalistas, de hacer una verdadera individualización de la pena por el tribunal correspondiente, llamado a realizar tan importante tarea”.*³⁰

VI. Alcances finales

Naturalmente, quedan muchos aspectos relevantes de su obra como penalista a los cuales no hemos hecho mención, entre ellos, *“un muy interesante comentario a una sentencia”* –éstas son recientes palabras de Jean Pierre Matus–³¹ en que profundiza el significado de la expresión *“voluntaria”* contenida en el artículo 1° del Código Penal y lo vincula con los postulados de la Escuela Clásica de Derecho Penal;³² su férrea defensa de la retribución como característica esencial de la pena;³³ y la interpretación del antiguo artículo 362 del Código Penal sobre el principio de ejecución del delito de violación (a su juicio no cabía ni la tentativa ni el delito frustrado).³⁴ En este último aspecto, tuvo con

³⁰ SCHWEITZER SPEISKY, *Algunas instituciones consagradas en la parte general del proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica no contempladas en el Código Penal chileno* (1975), pp. 356-357.

³¹ MATUS (2007), p. 187, cita 73.

³² SCHWEITZER SPEISKY, *“Marginando una sentencia”* (1935), pp. 197-199.

³³ SCHWEITZER SPEISKY, *Discurso académico pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile* (1980) pp.12-13.

³⁴ SCHWEITZER SPEISKY, *“El ‘principio de ejecución’ en los delitos de violación”* (1945), pp. 25-28.

el profesor Labatut posturas divergentes,³⁵ las que se manifestaron también en la jurisprudencia.

Sólo me queda agradecer nuevamente esta invitación, y me gustaría terminar con unas palabras de don Miguel, pronunciadas en su emocionado discurso al recibir el premio de Profesor Emérito a que hemos hecho referencia. Ellas reflejan un aspecto muy marcado de su personalidad, la sencillez:

“Si bien es cierto que a lo largo de los 31 años en que profesé la Cátedra de Derecho Penal en esta Escuela, entregándole sin reservas toda mi capacidad y experiencia, cumplí siempre con todas las obligaciones inherentes al profesorado (...) aun a costa de sacrificios y desvelos, no es menos cierto que, en mi entender, todo ello no constituye sino el simple cumplimiento del deber, única forma de corresponder al relevante honor que la Facultad le ha conferido al designarlo como uno de sus pares”.

*“De aquí, entonces, que el único merecimiento que yo me atrevería atribuirme sería el de haber contribuido, en la medida de mis posibilidades, a hacer resaltar la extraordinaria importancia que corresponde otorgar al Derecho Penal, en todos los ámbitos en que me ha sido dable hacerlo (...)”.*³⁶

³⁵ LABATUT (1996), pp. 139-140.

³⁶ SCHWEITZER SPEISKY, *Discurso académico pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile (1980)*, p. 5.

Bibliografía citada

DEL RÍO, Raimundo. *Derecho Penal. Legislación Penal. Parte General*, Tomo II, Editorial Nascimento, 1935.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FERNÁNDEZ, Álvaro, "Rechazo del desafuero: Asunto de fondo sin resolver", *Sentencias Destacadas 2004*, Libertad y Desarrollo, 2005, pp.197-215.

GARRIDO, Mario. *Los delitos contra el honor*, Editor Carlos E. Gibbs, 1963.

GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

GRISOLÍA, Francisco. *Código Penal Tipo para Latinoamérica, antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, actas*, Tomos I, II, III, Editorial Jurídica de Chile, 1973.

GRISOLÍA, Francisco, *Libertad de expresión y derecho a la honra*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

MATUS, Jean Pierre. "El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente", *Revista de Derecho*, Vol. XX-N°1, julio 2007, pp. 175-203.

MORALES, Marcos Daniel. *Notas esenciales sobre la acusación o denuncia calumniosa. Artículo 211 del Código Penal*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho Universidad Católica, 1990.

SCHWEITZER SPEISKY, Miguel. *¿Puede castigarse al marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio?*, Imprenta Rapid, 1931.

SCHWEITZER SPEISKY, Miguel, "Marginando una sentencia", *Revista de Ciencias Penales*, 1935, pp. 197-199.

SCHWEITZER SPEISKY, Miguel. "El delito de acusación o denuncia calumniosa". *Revista de Ciencias Penales*, 1937. Tomo III, pp. 342- 359.

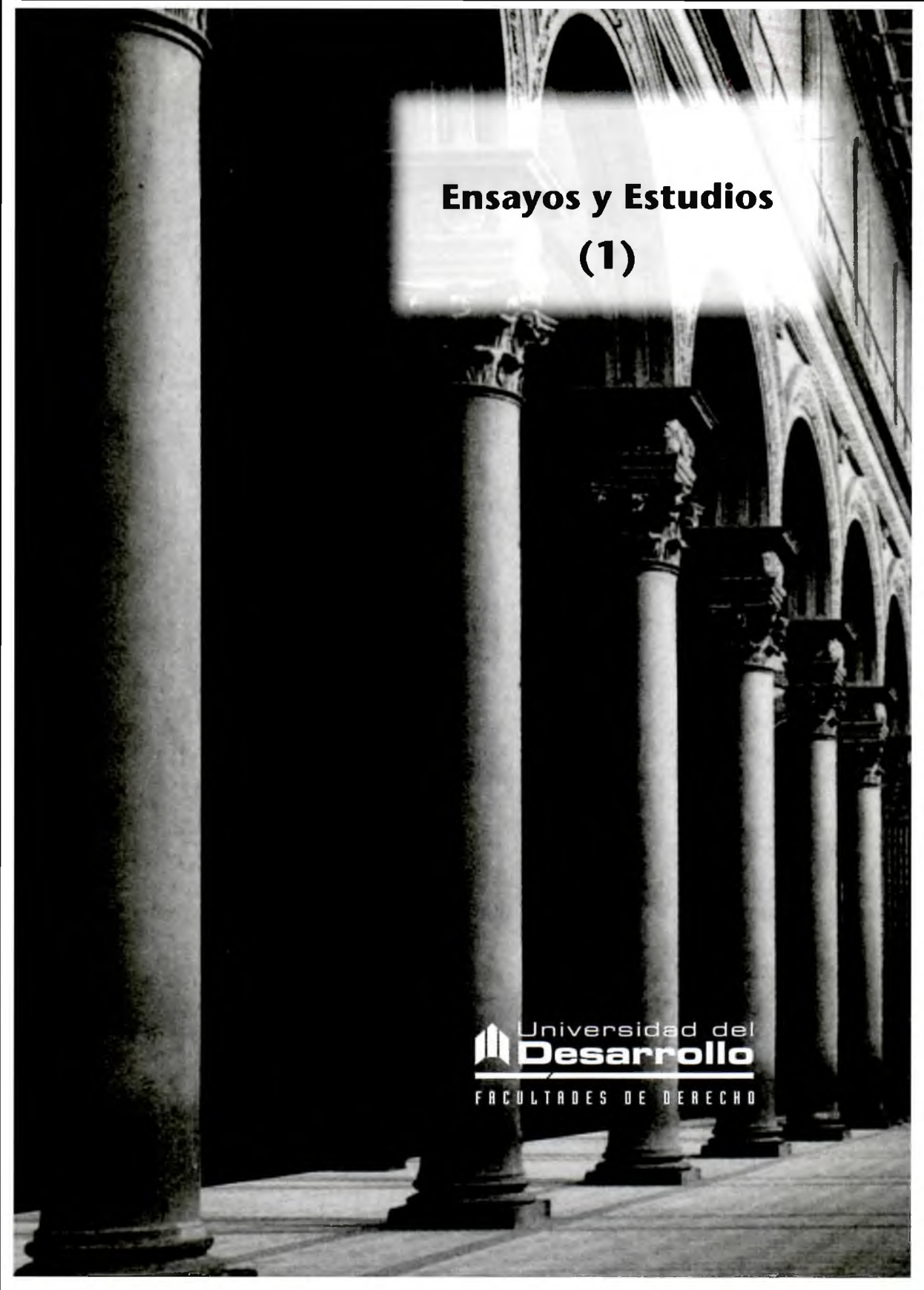
SCHWEITZER SPEISKY, Miguel. "El 'principio de ejecución' en los delitos de violación". *Revista de Ciencias Penales*, 1945. Tomo VIII, pp. 25-28.

SCHWEITZER SPEISKY, Miguel. *Discurso académico pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile*, 1980, Editorial Jurídica de Chile, pp. 1-13.

SCHWEITZER SPEISKY, Miguel. "Algunas instituciones consagradas en la parte general del proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica no contempladas en el Código Penal

chileno", *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del Código Penal chileno*, Editorial Edeval, 1975, pp. 343-358.

SCHWEITZER WALTERS, Miguel. *Discurso de recepción pronunciado en el acto en que le fue otorgado el grado académico de Profesor Emérito de la Universidad de Chile a Miguel Schweitzer Speisky*, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pp. 15-26.



Ensayos y Estudios (1)

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Abuso circunstancial y laguna legal

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. El abuso

Cuando hablamos, en general, de abuso, nos referimos a la explotación de una situación más allá de lo que corresponde o de aquello que nos está permitido. A su vez, lo que nos corresponde o nos está permitido puede deducirse en una norma jurídica, moral, social o del marco fáctico en que se inserta la relación intersubjetiva. Por consiguiente, es posible, casi siempre, con relativa certeza, saber cuándo nos encontramos ante un abuso. Así las cosas, el abusador se nos presenta típicamente como un “aprovechador”, cuyas intenciones consisten en extender los beneficios a que tiene derecho legítimamente.

El abuso presenta, invariablemente, la misma motivación o causa: obtener la satisfacción de un interés excesivo. Puede ese interés ser material (patrimonial), lo cual ocurrirá generalmente, pero puede, también, ser inmaterial (extrapatrimonial), como sucede con aquel que, para dañar a un adversario (en sentido amplio), explota una situación más allá de lo que es debido. Ello acaecerá, por ejemplo, en el campo mercantil, en los mercados competitivos, en las llamadas prácticas predatorias, etcétera.

El que abusa daña, esto es, lesiona un patrimonio (lo empobrece imponiéndole cargas que su titular no ha asumido). Por eso el abuso es siempre un acto perjudicial. Asimismo, usualmente, se trata de una conducta consciente y querida que corresponde a una decisión íntima de aprovechamiento, bajo la forma de una apariencia de legitimidad. Sin embargo, tampoco es descartable la conducta de quien, abusando, lo hace con la convicción de que lo pretendido le corresponde. Por consiguiente, el abuso debe ser juzgado **objetivamente**, porque penetrar en el fuero interno de las personas resulta no sólo difícil, sino imposible, sin perjuicio de lo cual este factor (subjetivo) en nada influye sobre la manera de remediar los efectos perversos del abuso.

El que incurre en un abuso es siempre sujeto de un derecho (que lo excede) o de una determinada posición que le permite aparentar y reclamar un beneficio que no le asiste.

En el plano jurídico, el abuso está estrictamente relacionado con el “**interés**”, que, como sabemos, constituye un elemento fundamental del derecho subjetivo (Ihering). Por ende, pueden existir dos formas distintas de abusar: reclamar un interés que no está reconocido por el derecho objetivo (la norma jurídica); o, bien, reclamar un interés excesivo que desborda aquel reconocido en el ordenamiento jurídico. En ambas situaciones se obra no de **iure**, sino de **facto**, porque el derecho subjetivo sólo existe en la medida que la voluntad procura la satisfacción del interés jurídicamente protegido y no más. La medida del derecho, por lo tanto, está dada por los límites del interés llamado a satisfacerse.

El interés, a su vez, consiste en la aspiración de alcanzar un objetivo que se aprecia y el cual se quiere alcanzar. Su raíz, por consiguiente, es subjetiva, puesto que se halla en el ámbito interno de cada persona. Cuando el interés se exterioriza y es recogido y amparado por la norma jurídica, entonces se transforma en derecho subjetivo. Ello implica que para la realización del interés, el sistema jurídico ponga en manos del titular del derecho todos los medios de que dispone a fin de que su titular pueda imponerlo, incluso empleando la coerción. Por cierto, los intereses preponderantes son aquellos seleccionados por las potestades normativas y regulatorias, por cuanto ellos se transforman en derechos subjetivos, asegurándose los medios que permiten su realización.

Adoptando este concepto de “interés” y sobre la base de que es él (el interés), el que fija la extensión y límites del derecho subjetivo, es posible elaborar una teoría coherente de lo que se ha llamado en la doctrina “abuso del derecho” y “abuso circunstancial” (situaciones que suponen el ejercicio del derecho para la realización de intereses no protegidos jurídicamente o excediéndose los límites del mismo).

En el primero caso (abuso del derecho), el sujeto ejerce el derecho reclamando u obteniendo un beneficio que no le corresponde. En otros términos, o invoca un interés que no se halla protegido por el derecho objetivo o extiende el alcance de este interés más allá de lo que determinan sus límites.

En el segundo, una alteración de los hechos, legitimada al momento de su ocurrencia y posteriormente deslegitimada, como consecuencia de ponerse fin a la “validez provisional” de los actos y contratos, permite la consecución de un beneficio o enriquecimiento que excede sustancialmente lo que corresponde a quien invoca este cambio de circunstancias. Más claramente, la celebración de un acto o contrato que se integra provisionalmente al sistema jurídico (ya que está expuesto a ser anulado, rescindido, resuelto, etcétera), y que provoca alteraciones irremediables en el marco fáctico en que opera, puede dejar de producir efectos y generar un abuso al amparo del derecho a retrotraer la situación a la que existía antes de su celebración.

En ambos casos nos hallamos ante un abuso, sea porque ejercemos el derecho de manera excesiva, sea porque aprovechamos indebidamente las transformaciones irremediables que se producen en el escenario fáctico en que se desarrolla la relación intersubjetiva deslegitimada.

Analizaremos este segundo tipo de abuso, anticipándonos a reconocer que no ha sido suficientemente considerado por la dogmática jurídica contemporánea.

II. La precariedad de los actos jurídicos

Comencemos por señalar que los actos jurídicos en general son **reglas**, esto es, mandatos particulares y concretos (referidos a la conducta de uno o más sujetos de derecho perfectamente identificados). Por lo mismo, su validez (capacidad de obligar del acto jurídico) arranca de una norma superior (una ley o un reglamento), que transfiere a la regla poder vinculante por el solo hecho de hallarse formal y materialmente de acuerdo a la norma en que se funda. De aquí que las normas, en tanto mandatos abstractos y generales, se cumplan a través y por medio de las reglas que, en el fondo, son los instrumentos que permiten la singularización del mandato normativo (general y abstracto).

Ahora bien, todo acto o contrato, una vez perfeccionado, por lo general, se **integra al ordenamiento jurídico** (como consecuencia de haberse generado de acuerdo a las exigencias formales impuestas en la norma y respetado su voluntad, intención y espíritu). Sin embargo, esta inserción es siempre **provisional**, puesto que es posible que, dentro de los plazos consignados en la ley, la regla (acto o contrato) sea impugnada como consecuencia de no haberse dado estricto cumplimiento a las exigencias formales o haberse contradicho la voluntad, intención y espíritu de la norma fundante. Lo que señalamos ocurre cuando se impugna el acto jurídico por medio de una acción de nulidad, resolución, revocación, retrocesión, etcétera. Sólo cuando se han cumplido los plazos de preclusión (extinción de las acciones de ineficacia) o se han resuelto mediante sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada las objeciones planteadas, puede sostenerse que la inserción de la regla al ordenamiento jurídico es **definitiva**.¹

¹ Sobre la base de esta distinción –integración provisional y definitiva– hemos planteado nuestra teoría bímembre de la nulidad. En efecto, puede ocurrir que el acto o contrato no se integre provisionalmente al ordenamiento jurídico como consecuencia de que la ley (norma) excluye la validez provisional. Ello se presenta toda vez que la misma ley dispone, en términos explícitos, su nulidad o, de manera más rotunda, cuando se configura una nulidad radical o inexistencia impropia (como sucede, por ejemplo, al disponer la ley que el acto o contrato “se tendrá por no escrito” o “por no celebrado” o “no producirá efecto alguno”). La distinción que comentamos reviste una enorme importancia, porque en las nulidades expresamente declaradas en la ley o en los casos de nulidades radicales, al no integrarse el

Por consiguiente, los actos jurídicos están dotados de un valor provisional. Ello implica dos cosas importantes. Son legítimos los cambios y transformaciones –materiales y jurídicas– que operan como consecuencia del acto o contrato provisionalmente válido, puesto que están previstos en una regla que forma parte del sistema normativo; y la precariedad del acto jurídico hace posible que aquéllos (los cambios y transformaciones) se deslegitimen cuando, como consecuencia de una objeción, el acto sea excluido del ordenamiento normativo (desinsertado). Chocan aquí dos efectos inversos: la legitimación y la deslegitimación. De ello se sigue que es digno de reconocimiento jurídico lo ocurrido en el tiempo que media entre la celebración del acto o contrato y su extinción; e igualmente digno de reconocimiento jurídico es la pretensión de retrotraer lo ocurrido a la situación existente al momento de perfeccionarse aquél (el acto o contrato). Para paliar estos efectos perversos, se introdujo en los contratos de tracto sucesivo, de ejecución diferida o parcializada y de suministro continuo, la “terminación” –en oposición a la nulidad o resolución–, que tiene la virtud de consolidar las consecuencias producidas en el pasado, limitando los efectos de la deslegitimación sólo hacia el futuro. Pero ello no ocurre tratándose de los contratos de ejecución instantánea, que conforman la inmensa mayoría de la actividad contractual.

Lo que hemos denominado “**precariedad**” de los actos jurídicos (derivada de su validez provisional), nos confronta con el problema de tener que deshacer aquello que se hizo al alero de un “principio de validez”, como consecuencia de la inserción del acto o contrato en el ordenamiento jurídico. Este problema queda sólo parcialmente despejado si se aceptan las llamadas nulidades originarias (expresas y radicales), ya que respecto de los actos afectados por este tipo de ineficacia, no puede invocarse una legitimidad o validez provisional. Por lo tanto, el problema se reduce considerablemente, pero subsiste en los demás casos de resolución, nulidades virtuales y demás modos de extinción de la relación intersubjetiva.

De cuanto llevamos dicho se infiere, entonces, que la teoría que esbozamos en este trabajo se funda en dos circunstancias opuestas y contradictorias: en la **validez provisional de un acto jurídico** –producto de la inserción del mismo en el sistema normativo– y en la **pérdida de validez subsecuente** que, con efecto retroactivo, se sigue de su declaración de ineficacia –producto de la desinserción del mismo del sistema jurídico–.

acto provisionalmente al ordenamiento jurídico, jamás puede sanearse ni producir efectos. La teoría tradicional de la nulidad prescinde de esta realidad y, esquivando muchos casos que resultan inexplicables, sólo reconoce las nulidades “virtuales” (absolutas y relativas), pasando por encima del mandato legal que declara la nulidad o desconoce la existencia del acto o contrato. Creemos nosotros que la nulidad puede ser declarada por sentencia judicial (nulidades virtuales) o declarada en la ley (nulidades expresas), en cuyo caso los tribunales, en su función jurisdiccional, se limitan a reconocerlas. Lo que interesa especialmente es el hecho de que el estatuto jurídico de una y otra es diametralmente distinto.

III. Presupuestos del abuso circunstancial

Conviene precisar que cada bien y cada cosa forman parte o se hallan integrados a un entorno global y que su valor está determinado por la relación que existe entre éste y los diversos factores y elementos que conforman dicho entorno. Así, por ejemplo, el valor de un sitio eriazado o un inmueble cualquiera dependerá del barrio en que se encuentra ubicado, de los proyectos inmobiliarios que existan en el sector, de las obras viales que se contemplen, etcétera. Así, también, una obra de arte aumentará su valor por efecto de la muerte del artista, de la exaltación de su obra, de las exposiciones que se programen, del reconocimiento internacional que se le dispense, etcétera. Por lo tanto, el valor de la especie (mueble o inmueble) puede originarse en la cosa misma como consecuencia del universo que la rodea. La teoría que postulamos se reduce a este supuesto, vale decir, que la cosa, por efecto de una relación jurídica posteriormente deslegitimada, experimente una modificación “enorme” de su valor y de su importancia. Cuando ello proviene de factores externos, desligados de la relación jurídica deslegitimada, así se trate de hechos previsibles o imprevisibles, no cabe corrección alguna, porque no existe vínculo causal entre la desinserción del acto o contrato y la valorización de las cosas comprendidas en el mismo. Un ejemplo aclarará lo que señalamos. Si un bien raíz se valoriza por efecto de un proyecto vial ejecutado por la Administración –sea que se haya considerado o no se haya considerado al momento de transferirse su dominio– no permite hablar de abuso circunstancial, por cuanto no le ha cabido intervención alguna a quien se beneficia con el incremento del valor ni la transferencia del dominio fue causa de ello. Pero no ocurrirá lo mismo en el evento de que la plusvalía sea consecuencia directa y necesaria de la enajenación, ya que en este caso la revalorización tiene como antecedente el acto cuyos efectos se retrotraerán en perjuicio, precisamente, de quien los provocó. Lo propio puede sostenerse en el supuesto de que, por error excusable, se ejecute un proyecto en terreno ajeno y de ello se siga un aumento exorbitante de su valor, el cual no habría tenido lugar de mantenerse las condiciones normales.

Sobre la base de lo señalado, los supuestos en que descansa la teoría del abuso circunstancial pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1. Deslegitimación de una situación jurídica intersubjetiva por causa legal

El primer supuesto del abuso circunstancial consiste en la “deslegitimación” de una determinada situación intersubjetiva como consecuencia de la pérdida de la validez jurídica provisional de un acto o contrato. Como se ha señalado en lo precedente, los actos jurídicos, por lo general, se integran al ordenamiento normativo, sin perjuicio de que pueda impugnarse esta inserción por medio de las acciones y procedimientos contemplados en el sistema. Lo que hemos llamado “validez provisional” subsiste mientras estén en vigor las acciones

instituidas para su impugnación. Sólo en virtud de la preclusión, caducidad, prescripción o cosa juzgada es posible transformar la "validez provisional" en "validez definitiva". La teoría del abuso circunstancial pone énfasis en la pérdida de la "validez provisional", como consecuencia de cualquier hecho deslegitimador, así se trate de la nulidad, la resolución, la inoponibilidad, etcétera. La cuestión se presenta, como podrá advertirse en lo que sigue, con aquellas modificaciones que se producen en el objeto de la relación (más precisamente en el objeto de los derechos y obligaciones que nacen de la relación) cuando éstas quedan deslegitimadas al perderse la "validez provisional" del acto que las hizo posibles. Por ende, el problema surge directamente de una consecuencia jurídica: la deslegitimación de un acto que, en fase de "validez provisional", permite la alteración del objeto de los derechos y obligaciones que nacen de la relación jurídica. Esta materia se halla contemplada, como se analizará más adelante, sólo de manera tangencial en nuestra legislación, quedando sin solución casos de especial relevancia teórica y práctica.

2. Alteración sustancial del objeto de los derechos y obligaciones que nacen de la relación jurídica

Toda relación jurídica (en cuanto vínculo jurídico) se desencadena al momento de realizarse una determinada hipótesis (un hecho positivo o negativo del hombre o de la naturaleza establecido en la norma jurídica con carácter de tal). La relación genera derechos y obligaciones que pesan sobre todos quienes intervienen en la ejecución de la hipótesis relacional. De aquí que se pueda distinguir, atendiendo a la posición que asume cada parte, un sujeto activo (pretensor o acreedor) y un sujeto pasivo (deudor u obligado). La "bilateralidad" del derecho es una de las características esenciales de su estructura y funcionamiento y queda en evidencia con sólo manifestar que allí donde hay un acreedor ha de existir un deudor y allí en donde hay un deudor ha de existir un acreedor. El objeto de la relación, entonces, son los derechos y obligaciones que ella crea, modifica o extingue.

Los derechos y obligaciones, a su vez, tienen un objeto que consistirá, necesariamente, en los bienes y las cosas en sentido amplio (incluyéndose los hechos).

El abuso circunstancial supone que el objeto del derecho-obligación sufra una alteración sustancial, sea en su valor pecuniario o en su forma o estructura. Un ejemplo ilustrará lo que se señala. Si una persona, mediante un contrato de compraventa seguido de la tradición, adquiere el dominio de una propiedad raíz, puede, durante el período de validez provisional del contrato de compraventa, provocar en ella un aumento considerable de su valor como consecuencia de un proyecto inmobiliario que se comienza a ejecutar o de obras

de mejoramiento o saneamiento del suelo o de su destinación a determinadas actividades productivas. Estas alteraciones en el valor o utilidad del objeto pueden ser “enormes” y se incorporarán al mismo con prescindencia de quien detente su dominio. Nuestro Código Civil alude a innumerables casos relativos a bienes muebles al tratar, por ejemplo, de la accesión. A ellos nos referiremos más adelante para examinar la solución que se propone.

3. Legitimidad de los actos que provocan la alteración en el objeto

El tercer supuesto de esta teoría consiste en la legitimidad de los actos que determinan la alteración sustancial del objeto. Lo que señalamos importa el reconocimiento de que todo lo realizado sobre o con respecto del objeto debe hallarse ajustado a derecho. Dicho de otro modo, quien despliega el comportamiento que determina la sobrevalorización o modificación del objeto, ha debido comportarse en ejercicio de una facultad que le corresponde y que no constituye una trasgresión al sistema normativo. Ejemplo de lo que indicamos es el caso de un predio que el nuevo propietario lo destinó a la producción y explotación de sustancias sicotrópicas, lo cual aumenta considerablemente su valor. Esta hipótesis queda automáticamente excluida del abuso circunstancial, porque la alteración que sufre el objeto de la relación es en sí misma antijurídica y la teoría que postulamos se funda, precisamente, en el respeto y acatamiento del sistema normativo.

4. La alteración del objeto debe ser irreversible en términos relativos

Puede sostenerse que, en definitiva, no existen efectos irreversibles, puesto que, casi sin excepción, todos ellos pueden retrotraerse aun cuando a un costo superlativo. Lo que debemos entender por “irreversible”, en consecuencia, deriva de la enorme desproporción que se presenta entre el efecto y la manera de revertirlo. Entendemos que es enorme el costo de reversión que, al menos, duplica el valor del objeto estimado al momento de celebrarse el acto o contrato que provoca el efecto. Así, por vía de ejemplo, si se vende un inmueble que se destina a la realización de un proyecto inmobiliario (situación de frecuente ocurrencia), lo cual duplica o triplica el valor del inmueble, la obligación de restitución, derivada de la deslegitimación de la compraventa, provoca un efecto irreversible, por cuanto retrotraerlo implicaría, para quien debe restituir, un gravamen desproporcionado en relación a lo que valía el inmueble al momento de contratar. Nótese que en el caso que proponemos la valorización del inmueble es producto del acto o contrato posteriormente deslegitimado, radicándose la plusvalía en dicho inmueble hacia el futuro sin que sea posible revertirlo. Lo aseverado, en cuanto a la proporción entre el efecto y el costo de reversión, es, sin duda, relativo y sólo puede quedar entregado a la apreciación de un juez.

5. Principio de responsabilidad en la extinción o modificación de la relación jurídica intersubjetiva

Para que opere la extinción o modificación de la "relación jurídica intersubjetiva" es necesario que una de las partes active el derecho (ejerza una pretensión), el cual culminará con el efecto deslegitimador del acto afectado. Puede ocurrir que la causal que provoca la extinción o modificación aludida sea imputable a una o a ambas partes. Será imputable a una de las partes en los casos de resolución, retrocesión o de un derecho cuyo ejercicio se mantuvo en suspenso en espera de lograr un beneficio desmesurado que no existía al momento de originarse el derecho (acción) que permite la extinción o modificación de la situación jurídica intersubjetiva. Será imputable a ambas partes, por lo general, en el caso de la nulidad. El tratamiento que cabe dar a uno y otro caso es diverso. Sería inicuo salir en defensa de quien provocó la deslegitimación (por ejemplo el contratante incumplidor que dio motivo a resolución del contrato o aquel que esperó la producción de los efectos irreversibles para luego impugnar el acto en procura de un beneficio desproporcionado), pero sería igualmente inicuo desproteger a aquel que sin culpa o por culpas compartidas incurrió en una causal de nulidad. La "teoría del abuso circunstancial" sólo puede invocarla quien no sea responsable de la extinción o modificación de una relación intersubjetiva o cuya responsabilidad sea compartida con su contraparte del acto o contrato. No es posible, creemos nosotros, prescindir de este aspecto, porque, de no ser así, se lesionarían principios esenciales de derecho, como el enriquecimiento injusto, el aprovechamiento del propio dolo, la buena fe, etcétera.

6. Vinculación jurídica entre el que sufre el perjuicio y el que reclama el provecho, así sea que los efectos irreversibles impliquen a las partes de la relación deslegitimada o a terceros integrados a ella

Lo usual será que reclame el "abuso circunstancial" quien forjó y es parte directa en la relación deslegitimada. Pero puede suceder que ello también corresponda a los terceros integrados a la misma. Tal sería el caso de los acreedores de las partes, sus vecinos, los que accionan de reivindicación, los cesionarios, etcétera. De aquí que la vinculación jurídica exigida pueda darse a nivel de "relación" o de "situación", pero bajo condición de que ello provenga de la extinción o modificación de una "relación jurídica intersubjetiva" de la cual se siguen efectos irreversibles que no pueden eliminarse. Agreguemos que quien incurre en el "abuso circunstancial" tiene siempre directa participación en la deslegitimación que provoca el efecto irreversible, sea como parte o causahabiente de una de aquéllas. Se nos aparece con nitidez el hecho de que, también en este caso, se sobrepasan o desvían los intereses tutelados por el derecho, pero sobre la base de una facultad conferida en la ley para restaurar un "estado patrimonial" anterior al acto extinguido.

7. Relación causal entre el ejercicio del derecho por medio del cual se extingue o modifica una "relación jurídica intersubjetiva" y el aprovechamiento de los efectos irreversibles que subsisten luego de la extinción o modificación de la misma.

Para que pueda reclamarse el "abuso circunstancial" es necesario que exista relación causal entre el ejercicio del derecho subjetivo que acarrea la deslegitimación de la "situación jurídica intersubjetiva" y el aprovechamiento de los efectos irreversibles. De esta manera, la causa necesaria y directa que determina la apropiación de los efectos irreversibles (valorización sustancial del objeto), debe ser el ejercicio de la acción que determinó la extinción de la relación. Se trata de una cuestión objetiva que se satisface al comprobar que el ejercicio del derecho conduce a la generación y aprovechamiento de los efectos irreversibles.

8. Alteración del objeto del acto o contrato debe ser consecuencia del mismo, y producirse en el tiempo que media entre su celebración y la deslegitimación posterior

La teoría que planteamos exige una relación causal entre el acto y contrato y la alteración o modificación del objeto. Por ende, si la indicada alteración proviene de un acto distinto, absolutamente desvinculado de aquel deslegitimado, no habría un "abuso circunstancial", sino un hecho fortuito que no amerita una solución de equidad. Asimismo, la alteración debe ocurrir en el período que hemos llamado de "validez provisional". Lo anterior porque sólo son legítimos los hechos que se realizan en este lapso. Si los hechos que provocan la alteración son posteriores a la pretensión de deslegitimación (por ejemplo la notificación de una demanda de nulidad), sus efectos deben ser asumidos por quien los provoca, ya que, a ciencia y conciencia, ha obrado imprudentemente. Así sucederá con quien, en conocimiento de la pretensión de deslegitimación, pone en marcha un proyecto inmobiliario que causa una valorización sustancial del inmueble.

9. Imposibilidad de resolver la alteración del objeto mediante el cumplimiento de las prestaciones mutuas instituidas en la ley

La alteración del objeto (valorización) no puede ser resuelta mediante la aplicación de las normas sobre "prestaciones mutuas". Como es obvio, la "teoría del abuso circunstancial" tiene por finalidad resolver una situación inicua que, al menos aparentemente, no se encuentra contemplada en nuestra ley. Si la alteración del objeto proviene de mejoras necesarias, útiles o voluptuarias previstas en la ley (normas sobre prestaciones mutuas del Párrafo 4° del Título XII del Libro II del Código Civil) o de un ajuste económico de efectos generalizados (como una crisis nacional o internacional que da lugar a una

legislación especial), es bien obvio que la cuestión o está resuelta o no existe la relación causal antes mencionada. Por consiguiente, para que se plantee la hipótesis del "abuso circunstancial" es esencial que el problema no tenga una solución legal preestablecida, sea en la legislación general o especial que rija sobre la materia. Esta trama acusa la existencia de un vacío o "laguna legal", a la cual deberá enfrentarse el juez a la hora de resolver la pretensión de quien se considera perjudicado. Por lo mismo, la cuestión nos remite a los elementos que en nuestro sistema legal se invocan para los efectos de integrar las lagunas legales. En este orden de cosas, es conveniente destacar que nuestro derecho aporta una solución adecuada a lo que en las naciones anglosajonas se denomina los "casos difíciles", que son, precisamente, aquellos en que el juez se halla desprovisto de todo recurso legal (o precedente) para resolver. Este tipo de casos difíciles entre nosotros se reduce a la tarea de encontrar la manera de llenar el vacío que presenta la legislación, recurriendo, para ello, a los elementos que la misma legislación nos ofrece. Lo anterior será analizado en detalle más adelante.

10. Aprovechamiento consciente de las circunstancias generadas por el acto cuyos efectos se extinguen

Finalmente, debemos estimar como supuesto de esta teoría, el hecho de que quien se aprovecha de la revalorización del objeto de los derechos y obligaciones, lo hace a conciencia y con pleno y cabal conocimiento de los factores que influyen en este fenómeno. No se requiere de mala fe ni de culpa (descuido o negligencia), sino de la simple comprensión, ponderación y conocimiento de los antecedentes que sirven de fundamento al aprovechamiento que se intenta alcanzar. Lo frecuente y casi uniforme será que el aumento exorbitante que experimente el valor del objeto sea la causa del ejercicio del derecho subjetivo que provoca la invalidación de los efectos del acto y el restablecimiento al estado anterior a su perfeccionamiento. Dicho de otro modo, la sola circunstancia de poder recuperar un bien revalorizado, en relación a la época en que se enajenó, por ejemplo, constituye un incentivo para reclamar la cesación de los efectos jurídicos y el restablecimiento de la situación o "estado" anterior.

Los ejemplos de "abuso circunstancial" son múltiples. Desde luego, como se señala en el párrafo anterior, es posible que se procure la invalidación de los efectos de un acto de disposición para hacer volver al objeto revalorizado al patrimonio de su ex propietario; o que por error se deje actuar a un tercero sobre un bien de dominio ajeno, hasta mientras opera su revalorización; o que se aproveche el mejoramiento (revalorización) del objeto antes de reclamar su restitución; o que se constituya un derecho limitado para luego invocar un perjuicio indemnizable; etcétera. El ingenio, en este orden de cosas, no tiene fronteras y la experiencia demuestra que se trata de obtener beneficios al amparo de una insuficiencia jurídica que debe ser suplida.

Hasta aquí los presupuestos que deben concurrir para que nos encontremos ante un caso de "abuso circunstancial".²

IV. Una disposición fundamental de contenido limitado

La problemática que provoca este trabajo tiene origen, principalmente, en lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1687 del Código Civil, según el cual: *"La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al "mismo estado" en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y causa ilícita"*. De esta disposición se sigue que el efecto retroactivo de la nulidad tiene un objeto preciso: restaurar la situación que existía antes de la celebración del acto o contrato, lo cual obliga a reconstruir el equilibrio de intereses que detentaban las partes al momento de vincularse jurídicamente. Como es obvio, con la celebración del acto o contrato se generó otra relación de intereses (que se mantiene durante el período de validez provisional), la cual debe, posteriormente, desconocerse en función de restituir a las partes al "mismo estado" anterior. Dicho de otro modo, el legislador ordena "deslegitimar" lo ocurrido a partir del nacimiento del acto o contrato, con muy escasas excepciones (como la protección de los incapaces o la sanción a quienes pagan a sabiendas de que lo hacen en razón de causa u objeto ilícito), desconociéndose los efectos producidos en virtud de la relación extinguida.

Lo anterior tiene un alcance práctico que se describe en el inciso 2° del mismo artículo: *"En las restituciones que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo"*. Del texto transcrito se deduce que, para los efectos de restaurar el equilibrio original, debe atenderse a la responsabilidad de las partes por la pérdida o deterioro del objeto de las obligaciones y derechos extinguidos, a los intereses y frutos, y al pago de las mejoras introducidas, atendiendo a los casos fortuitos y a la tenencia de buena o mala fe.

La jurisprudencia ha precisado que el artículo 1687 inciso 2° se remite al Párrafo 4° del Título XII del Libro II del Código Civil, sobre "prestaciones mutuas" (artículos 904 y siguientes), y que dichas normas se aplican no sólo en caso de declararse la nulidad de un acto o contrato, sino, además, a toda otra situación en que deban las partes ser restituidas a un estado anterior como ocurre, por ejemplo, con la resolución.

² Al respecto, véase *"El abuso del derecho y el abuso circunstancial"* de nuestra autoría; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

¿Permite siempre el inciso 2° del artículo 1687 del Código Civil que las partes “sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato? ¿Efectivamente, como parece desprenderse del tenor literal de la norma antes citada, las partes quedan, por aplicación de las “prestaciones mutuas”, en el “mismo estado” anterior al acto o contrato?

La respuesta es categóricamente negativa, por cuanto subsisten efectos irreversibles en la cosa (objeto de los derechos y obligaciones) que no desaparecen al realizarse las prestaciones ordenadas en la ley y que rompen definitivamente el equilibrio original que se busca restaurar. Tampoco podría afirmarse que el inciso 2° del artículo 1687 del Código Civil desconoce estos efectos irreversibles ni mucho menos ordena mantenerlos hacia el futuro.

Insistamos en que el derecho a ser restituido al “mismo estado” a que alude la ley, implica, sin duda, la restauración del “equilibrio de intereses” que predominaba al momento de contratar. Creemos nosotros que no admite discusión el hecho de que la referencia mencionada dice relación con el “estado patrimonial de las partes”, puesto que nos hallamos, precisamente, en el campo de derecho privado patrimonial. Por lo tanto, debemos entender que es el “equilibrio patrimonial” lo que se procura restaurar y lo que describe el “estado” en que se hallaban las partes al momento de contratar.

Por consiguiente, si con la aplicación de las normas sobre “prestaciones mutuas” se consigue que el “equilibrio original” se restablezca, no existe problema alguno y la intención y voluntad de la ley quedan satisfechas. Pero si ello no ocurre, como indefectiblemente sucederá en ciertos casos, nos hallamos ante un problema no resuelto por la legalidad, el cual debemos enfrentar buscando la solución a través de los medios que el mismo sistema proporciona por tratarse de una laguna legal que deberá integrarse.

Lo previsto en el artículo 1687 inciso 1° del Código Civil, al conferir a quienes resultan desvinculados de una relación contractual, el derecho a ser restituidos al “mismo estado anterior” al acto jurídico deslegitimado, constituye un mandato esencial, no sólo por ser el efecto práctico de la extinción de la relación, sino, además, porque es la única forma de evitar un desequilibrio de intereses patrimoniales que el derecho no puede amparar. La sola circunstancia de que subsista aquel desequilibrio importaría una contradicción y un contrasentido en las bases mismas del sistema jurídico.

Creemos, en consecuencia, que el artículo 1687 del Código Civil tiene alcances limitados, ya que sólo se refiere a los casos en que, por aplicación de las normas sobre “prestaciones mutuas”, es posible restablecer el equilibrio de intereses o restituir a las partes al mismo “estado anterior” al acto o contrato.

Pero queda fuera de su reglamentación la situación que hemos planteado, esto es, los casos en que a la extinción de una "relación jurídica intersubjetiva" siguen efectos irreversibles que impiden reconstruir el "equilibrio patrimonial" en los términos descritos en la ley. Por lo mismo, afirmamos que nuestra ley no contempla esta situación y que en virtud de ello es necesario suplir su silencio (vacío) e integrar la "laguna legal".

Hasta este momento se ha creído, equivocadamente, que las normas sobre "prestaciones mutuas" resuelven toda suerte de problemas y arbitran la forma en que los efectos del acto o contrato ineficaz se retrotraen a una fecha anterior a su perfeccionamiento. La experiencia ha demostrado que se trata de un error.

Las "prestaciones mutuas" se fundan en las llamadas "mejoras" o "expensas" que se introducen por las partes en el período de validez provisional (para los efectos de nuestra teoría). Ellas pueden ser de tres clases: necesarias, útiles y voluptuarias.

Las **mejoras necesarias** se han definido diciendo que son aquellas "*indispensables para la conservación de la cosa y sin las cuales ésta desaparece, se destruye considerablemente o pasa a poder de otro*".³ Estas mejoras se clasifican en "materiales" e "inmateriales". Las primeras –materiales– se hallan recogidas en el artículo 908 inciso 2° del Código Civil, que dice: "*Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.*" Las segundas –inmateriales– se definen en el inciso 3° del mismo artículo en los siguientes términos: "*Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovechen al reivindicador, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía*".

La **mejoras útiles**, en conformidad al artículo 909 inciso 2° del Código Civil, son "las que hayan aumentado el valor venal de la cosa" (valor de venta de la cosa). El inciso 3° de la misma disposición pone en manos de quien recupera la cosa el derecho a "elegir el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiera más la cosa en dicho tiempo". Más aún, tratándose de un poseedor de mala fe, no tiene derecho a que se le abonen estas mejoras

³ Arturo Alesandri Besa. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*. Imprenta Universitaria. 1949.

útiles, “pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados”.

Finalmente, las **mejoras voluptuarias** se hallan definidas en el artículo 911 inciso 2° del mismo Código, como “aquellas que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante”.

No resulta difícil comprender que estas normas –ubicadas a propósito de la acción reivindicatoria, pero aplicables a todos los casos en que deban retrotraerse los efectos de una determinada situación intersubjetiva, reponiendo la que existía antes de su constitución– son insuficientes y no resuelven el problema que hemos planteado. Es por ello que los casos de “abuso circunstancial”, hasta este momento, han quedado en la más absoluta impunidad, sin perjuicio de haber alentado la interposición de acciones cuyo único fin ha sido apropiarse de los beneficios que se generan al amparo de la alteración del objeto del acto que pierde eficacia. El aumento exorbitante e irremediable del valor de la especie u objeto del derecho extinguido, por obra de la mutación del entorno al cual está integrado (derivado del acto o contrato que se deja sin efecto), queda a merced de quien, de buena o mala fe, obtiene la desinserción del acto del sistema jurídico. Ninguna de las disposiciones legales que integran las “prestaciones mutuas” evita este fenómeno ni impide que se consume.

En síntesis, en el hecho, puede ocurrir que las partes no puedan “*ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo*” (o resuelto o extinguido por otra circunstancia), como perentoriamente lo dispone la ley. De aquí arranca la necesidad de reenfocar este problema y darle la solución que mejor se avenga al mandato legal. Hasta este momento, nuestros tribunales de justicia y la doctrina jurídica se han desentendido de esta realidad y permitido que a su amparo se consumen despojos injustificados y, casi siempre, hábilmente proyectados. La “teoría del abuso circunstancial” procura hallar la manera de poner fin a este exceso.

V. Laguna e integración legal

Enfrentados al problema antes referido, no cabe duda que nos hallamos ante una “laguna legal”. En otros términos se trata de un problema que no se encuentra resuelto expresamente en la norma jurídica y que sólo se ha considerado, como lo demostraremos, en ciertas situaciones muy especiales. Lo anterior revela que el legislador lo tuvo en consideración, pero no lo abordó en términos generales, sino en situaciones puntuales. Conviene reiterar lo que se ha dicho muchas veces. Nuestro derecho no presenta “lagunas”, porque ha

establecido la manera en que ellas deben ser integradas, arbitrado los recursos a que debe acudir con este objeto. Es la ley –como sucede en este caso– la que contiene vacíos que el intérprete debe salvar. Una de las diferencias importantes con el derecho anglosajón surge, precisamente, del hecho de que entre nosotros no existen los llamados “casos difíciles”, cuando no hay ley ni precedente que pueda invocarse. En el derecho nacional este problema está resuelto, ya que para integrar una “laguna legal” debe recurrirse a elementos contemplados en la misma legislación, destinados especialmente a este fin. La cuestión es todavía más clara en atención al “principio de inexcusabilidad”, consagrado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales y 76 de la Constitución Política de la República, conforme al cual el juez, cuando es requerida su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no puede excusarse de fallar ni aun a pretexto de que no existe ley que resuelva el asunto sometido a su conocimiento.

La doctrina jurídica y la jurisprudencia coinciden en que para los efectos de integrar una laguna legal debe recurrirse a tres elementos: la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural.

La **analogía** implica hallar una norma que tenga elementos comunes con la situación no resuelta en la ley y en que se promueve el conflicto. Su fundamento se encuentra en el elemento sistemático de interpretación, contemplado en el artículo 22 del Código Civil, el cual permite establecer el verdadero sentido y alcance de una disposición legal recurriendo a otras normas, especialmente si versan sobre el mismo asunto, de modo que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Lo que se señala es claramente indicativo de que el derecho es esencialmente coherente y no admite contradicciones, de suerte que el intérprete debe esmerarse por descubrir el sentido de la norma que mejor exprese la unidad lógica del sistema jurídico. La aplicación de la analogía importa dejar en manos del intérprete la tarea de construir la norma en que deberá fundar la regla (así se trate de un juez, un funcionario público o un particular, todos los cuales son titulares de una potestad regulatoria, aun cuando el principio de inexcusabilidad esté referido sólo a la potestad jurisdiccional). No hay duda de que es correcto razonar en el sentido de que si el legislador hubiere entrado a resolver el vacío que acusa la norma, habría debido escoger aquella solución que mejor se aviene con las demás normas del ordenamiento. Refuerzan la importancia de la analogía los demás elementos de integración de las lagunas legales, todos los cuales, como se señalará, apuntan en la misma dirección: unidad, coherencia y armonía del sistema. Dicho en otras palabras, la “analogía”, en el fondo, consiste en descubrir aquella norma que subyace tras el ordenamiento jurídico, que no ha sido formulada, pero que lo habría sido en el supuesto de que la respectiva potestad normativa se hubiere abocado a la solución del caso.

Los **principios generales de derecho o espíritu general de la legislación**, conceptos que consideramos sinónimos, representan los derroteros o directrices fundamentales del sistema jurídico en su totalidad. Son los grandes horizontes de la legislación positiva y se orientan hacia los fines que éste procura alcanzar. Su determinación se alcanza mediante un razonamiento inductivo, lo que permite sintetizarlos y constatar su vigencia a través de las distintas instituciones jurídicas. Algunos autores iusnaturalistas han planteado, incluso, que algunos de ellos (los más importantes) son los principios de derecho natural que informan toda la legislación positiva.⁴ Estos principios, casi siempre presentes en el estudio de las normas, reafirman la importancia de la **analogía** y, en cierta medida, son una aplicación de la misma. En efecto, el intérprete, compelido a generar una norma en la cual fundar la regla que debe elaborar, no puede desatender los **principios generales de derecho** que, como se ha afirmado, trasuntan todas las instituciones. La norma de que carece el ordenamiento jurídico y que debe generarse en el ejercicio de la respectiva potestad, necesariamente habrá de estar en armonía y ser expresión de los principios que informan todo el sistema jurídico. Lo contrario significaría desintegrar su coherencia, unidad y armonía. Ahora bien, a nuestro juicio, desde otra perspectiva, estos principios son una expresión de la cultura jurídica de cada pueblo, de su desarrollo intelectual y de los valores que, en cada época, predominan en la comunidad. Por lo tanto, su aplicación es un factor de actualización, consolidación y reafirmación de dichos valores. El artículo 24 del Código Civil alude a estos principios generales de derecho como elemento interpretativo de clausura, puesto que les da cabida subsidiariamente “en los casos a que no pudieren aplicarse la reglas de interpretación precedentes” (elemento literal, lógico, histórico y sistemático). Sin embargo, como se advirtió en lo precedente, ellos están tácitamente presentes en la aplicación del “elemento sistemático”, ya que toda interpretación debe cuidar de mantener la debida correspondencia y armonía entre las diversas disposiciones que integran el sistema legal. Esta correspondencia y armonía sólo puede concebirse bajo la premisa de una adhesión a los grandes principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Haciendo un parangón, podría decirse que los principios generales de derecho representan la aplicación del elemento sistemático de interpretación al ordenamiento jurídico considerado como un todo.

⁴ En este sentido se pronuncia Enrique Alcalde Rodríguez en su obra *Los Principios Generales del Derecho*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Año 2002. Este autor sostiene que no todos los principios generales de derecho reconocen un mismo origen y fundamento. Por lo tanto, distingue aquellos principios que directa o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana (expresada aquí en el derecho natural), por lo cual –dice– “su validez y obligatoriedad se nos imponen como una realidad que no depende de nuestra voluntad”; y aquellos otros principios que denomina institucionales, “cuyo fundamento descansa en la propia estructura de de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo, por ende, de ella misma, la necesidad de respetar su observancia”. Pág.58.

De aquí que los principios generales de derecho graviten en todo el ordenamiento jurídico y resulte absurdo no darles aplicación, atendida su estrecha relación con los fines que proyectan las diversas instituciones. Así, por ejemplo, el principio de la "buena fe", de la "protección de los incapaces", del "enriquecimiento injusto", de la "intangibilidad de las convenciones" ("*pacta sunt servanda*"), de "supremacía constitucional", de "consensualidad", etcétera, están presentes en prácticamente todas las disposiciones legales de nuestro derecho común. En verdad, su importancia va muchísimo más allá del limitado campo que le asigna el artículo 24 del Código Civil y constituyen un recurso que los tribunales aplican de manera invariable para fijar el sentido y alcance de la ley.

Finalmente, la **equidad natural** es el último elemento de que se vale el intérprete para integrar una laguna legal. La hemos definido diciendo que es *un sentido* (en cuanto entendimiento o razón o modo particular de entender una cosa o juicio que se hace de ella) *intuitivo de la justicia aplicado a un caso o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo*.⁵ Estimamos que sus componentes son los siguientes: i) sentido innato presente en toda persona para entender una cosa y formular un juicio sobre ella (desde el más burdo hasta el más sofisticado individuo tiene este sentido que lo aplica continuamente a la realidad para juzgar cada cosa); ii) se trata de un *sentido intuitivo de justicia* que se ha ido formando, transformando o consolidando a través del tiempo y que está íntimamente ligado a los valores culturales que cada persona percibe, capta y recibe a lo largo de su formación; iii) este sentimiento intuitivo está destinado a aplicarse a *situaciones particulares*, ello implica que no moviliza a la persona en función de la abstracción misma, ya que ella, en cuanto tal, no se capta como un todo, como un concepto o una fórmula única; iv) este sentido *no está condicionado por el derecho positivo*, pero, ciertamente, puede estar influido por él, particularmente en los hombres con formación jurídica, pero no se funda en el derecho ni está subordinado a él.

Nuestra legislación positiva contiene sólo dos artículos en los cuales es posible fundar la concurrencia de los tres elementos de integración legal (analogía, principios generales de derecho y equidad natural). Se trata del artículo 24 del Código Civil, que forma parte del Párrafo 4° del Título Preliminar, relativo a la interpretación de la ley, y el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, el cual se refiere a los requisitos que debe contener una sentencia judicial. El N° 5 de dicho artículo dice que la sentencia definitiva de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: "*La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.*" A lo anterior habría que agregar el llamado "principio de inexcusabilidad", consa-

⁵ Esta definición está contenida en nuestro libro *Teoría de Interpretación Jurídica*, originalmente editado por nosotros (1990) y, posteriormente, por la Editorial Jurídica de Chile.

grado tanto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República como en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. En virtud de este principio –como se dijo en lo que antecede–, el juez está obligado a fallar cuando es requerido legalmente en negocios de su competencia, no pudiendo sustraerse de esta obligación ni aun a pretexto de que falta ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión. Precisamente de este deber constitucional nace la necesidad imperiosa de elaborar una norma en la cual fundar la sentencia, porque todas las reglas jurídicas (sentencias judiciales, resoluciones administrativas y actos y contratos) se caracterizan por ser *fundadas* y no *fundantes* como ocurre con la normas.

Interesa, muy especialmente, destacar las relaciones e interdependencia que se observan entre los tres elementos de integración legal que hemos analizado. La **analogía** halla su más plena justificación en la aplicación de los **principios generales de derecho** y estos últimos cobran mayor consistencia con el reconocimiento de la **equidad natural**. En efecto, cuando el intérprete, para integrar una laguna legal, busca una norma que tenga elementos comunes con aquella situación que no se encuentra resuelta en el sistema normativo, procede (y razona) de la misma manera que cuando aplica los **principios generales de derecho**: en un caso extendiendo los elementos normativos contenidos en la norma análoga y en el otro los lineamientos y directrices fundamentales que informan todo el sistema jurídico. En consecuencia, el sustento lógico es el mismo e idéntico del razonamiento justificatorio. Por ende, la **analogía** se refuerza con el reconocimiento y aplicación de los **principios generales de derecho**. A su vez, la **equidad natural** halla su base más sólida en la **analogía** y los **principios generales de derecho**, porque ambos elementos apuntan a dar al ordenamiento normativo un sentido unitario, coherente y armónico, haciendo realidad el principio de igualdad (tratar en la misma forma a los iguales y de distinta forma a los desiguales). De la manera señalada, se descubre que **analogía, principios generales de derecho y equidad natural** tienen, para los efectos de la integración de las lagunas legales, las mismas raíces y el mismo sustento lógico, razón por la cual es correcto recurrir a estos elementos para integrar una laguna legal y, a través de este medio, dar cumplimiento al principio de inexcusabilidad, en el día de hoy, incluso, de rango constitucional.

Así las cosas, forzoso es reconocer que si las partes no pueden ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato afectado de ineficacia, nos hallamos ante una “laguna legal” y que ella debe ser resuelta aplicando los elementos estudiados, dando al intérprete la facultad de elaborar la norma ausente, la cual servirá de fundamento para dar validez jurídica a la regla que se dicte (sentencia judicial, resolución administrativa o acto y contrato). Es en este proceso en el cual se inserta la “teoría del abuso circunstancial”, como medio para superar la laguna legal y encontrar la solución a una situación de suyo injusta.

VI. Teoría del abuso circunstancial fundada en la integración de una laguna legal

Como se dejó sentado en las páginas anteriores, la cuestión que motiva nuestra preocupación no tiene una solución expresa contemplada en la ley, como sucede, por ejemplo, con el destino de las llamadas “expensas” o “mejoras”, respecto de las cuales, bien o mal, el legislador adoptó criterios objetivos para resolver quién se aprovechaba o respondía de ellas. Por consiguiente, para estos efectos debe recurrirse a los elementos llamados a integrar una laguna legal.

Analizaremos, a continuación, de qué manera es posible encontrar la solución, invocando la analogía, los principios generales de derecho o espíritu general de la legislación, y la equidad natural.

i. Analogía

En nuestra legislación existen varias normas jurídicas que aluden a situaciones en que subyace el problema que nos ocupa. Dicho de otro modo, situaciones en que se comprenden elementos comunes, aun cuando no exista plena identidad.

a. El artículo 1746 del Código Civil, relativo a las recompensas que en la sociedad conyugal corresponden a los cónyuges “por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges”, alude al mismo problema. En efecto, conforme esta disposición se debe recompensa “por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; **a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas**”. Como puede constatarse, el legislador realiza un análisis comparativo entre el valor de las expensas y el aumento de valor que gracias a ellas ha experimentado la cosa, optando por ordenar el pago del mayor, pero sólo hasta la concurrencia del importe de las expensas cuando éstas son inferiores al aumento del valor de la cosa. De esta norma se desprende que no siempre hay identidad entre el valor de las inversiones que por concepto de expensas o mejoras se introducen en la cosa, y el aumento de valor que ésta experimenta por efectos de dichas inversiones. La cuestión que se resuelve, en este caso, consiste, entonces, en asignar a uno de los cónyuges el aumento del mayor valor de la cosa (cuando éste es inferior al valor de las expensas). El legislador optó por asignar este mayor valor al dueño de la especie mejorada. La razón de por qué se escogió esta solución es evidente: los frutos (civiles y naturales) que produce la cosa durante la sociedad conyugal benefician a esta última (artículo 1725 N° 2 del Código Civil). Es justo, entonces,

que el mayor valor vaya en beneficio del dueño de la especie, pero sólo hasta concurrencia del valor de las expensas financiadas por la sociedad conyugal.

Hay que reconocer que la disyuntiva anterior importa un reconocimiento de que el problema existe y de que debe ser abordado. No hay duda alguna en orden a que al introducirse expensas en una especie, puede aumentar considerablemente su valor y que ello no tiene relación necesaria con el monto de las mejoras.

b. El artículo 667 inciso 1° del Código Civil dispone que “El que haya hecho uso de una materia ajena sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas”. Hasta aquí, nada especial ofrece esta norma, salvo en cuanto el dueño de la materia puede recuperarla con las modificaciones que se hayan introducido en ella y, en todo caso, indemnizándosele los perjuicios que haya podido experimentar. El inciso 2°, por su parte, agrega: **“Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el precedente inciso; salvo que haya procedido a sabiendas”**. En este caso se limitan los derechos del dueño de la materia –quien no puede recuperarla transformada– y se ampara al que la utilizó sin conocimiento del dueño y sin justa causa de error, en virtud de que el valor de la obra excede **notablemente al de la materia** (Accesión por especificación definida en el artículo 662 del Código Civil). Nótese que en este caso se ha generado, como consecuencia del uso del material ajeno, una nueva “situación jurídica intersubjetiva” (el valor de la obra creada difiere notablemente del valor de los materiales). El efecto producido es irreversible (no puede retrotraerse), y la solución que da el legislador es asignar el dominio al creador de la obra, atendiendo a su valor y al hecho de que es imposible hacer que las cosas vuelvan a su estado original. Se dan en la especie todos los presupuestos del abuso circunstancial, puesto que se trata del aumento de valor de una especie, por efecto de mejoras o expensas introducidas en ella, las cuales no pueden compensarse por separado ni la cosa ser restituida al “estado” en que se hallaba antes de producirse esta modificación.

c. En el mismo sentido anterior, puede invocarse el artículo 663 del Código Civil, que reglamenta la accesión llamada mezcla. De acuerdo a su texto: *“Si se forma una cosa por mezcla de materias áridas o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños pro indiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca”*. La solución expresada, sin embargo, tiene una calificada excepción en el inciso 2°, que dice: **“A menos que el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considera-**

blemente superior, pues en tal caso el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante". Nuevamente el legislador, enfrentado a un cambio sustancial del valor de la cosa que se forma con ocasión de la mezcla, opta por asignarlo a quien contribuye a ella con el material de mayor valor. Se observa, claramente, el propósito de mantener un razonable equilibrio cuando el objeto de la relación intersubjetiva experimenta un cambio sustancial.

d. El artículo 1847 del Código Civil, quizás sea el que mejor expresa los fundamentos de la teoría del abuso circunstancial. En efecto, al reglamentarse la evicción en el contrato de compraventa (privación de todo o parte de lo vendido por sentencia judicial), la ley impone al vendedor la obligación de indemnizar los perjuicios en que incurre el comprador. Como puede constatarse se trata de un caso en que la cosa comprada debe restituirse a un tercero (que obtuvo en el juicio) en desmedro de quien la había comprado. Ahora bien, el artículo 1847 antes citado establece qué rubros comprende la obligación de saneamiento de la evicción. El texto de la disposición es el siguiente: **"El saneamiento de la evicción, a que es obligado el vendedor, comprende: ...5.º El aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aun por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo"**. El artículo concluye diciendo que **"Todo ello con las limitaciones que siguen"**. Entre estas limitaciones, el artículo 1850 del Código Civil dice que **"El aumento de valor debido a causas naturales o al tiempo, no se abonará en lo que excediere a la cuarta parte del precio de venta; a menos de probarse en el vendedor mala fe, en cuyo caso será obligado a pagar todo el aumento de valor, de cualquier causa que provenga"**. Como puede constatarse, se trata de retrotraer una situación jurídica intersubjetiva (constituida por el contrato de compraventa seguido de la tradición), forjada al amparo del derecho, dando a las partes la facultad de ser restituidas al mismo "estado" anterior al contrato. Pero, para conseguir este efecto, no es suficiente el pago de las expensas y mejoras, sino que a ellas debe agregarse el **"aumento de valor"** que la cosa ha experimentado en el tiempo intermedio (entre la celebración del contrato y la pérdida de todo o parte del objeto comprado), como consecuencia del transcurso del tiempo, por causas naturales o por cualquier causa, en este último caso si ha habido mala fe de parte del vendedor. Es indiscutible, entonces, que para que las partes puedan ser restituidas al mismo "estado" anterior a la celebración del contrato, debe pagarse el mayor valor que ha experimentado la cosa entre la celebración del contrato y la pérdida total o parcial por efecto de la evicción. Esta norma encuadra precisa y exactamente en el problema que hemos planteado y revela que el legislador de nuestro Código Civil consideró, en varias normas, esta realidad, que no puede soslayarse a la hora de restaurar el estado original.

e. El artículo 1889 del Código Civil se refiere a la lesión enorme en el contrato de compraventa y de permutación. Como es sabido, 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 cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. Toda esta institución gira en función de un elemento: **el justo precio**. Esta es la medida impuesta en la ley como condición objetiva de contratación.⁶ El inciso final del artículo 1889 se encarga de señalar que **“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”**. Por consiguiente, debe entenderse que ha habido una prevención especial del legislador sobre que no puede invalidarse el contrato si por efectos inherentes a él o a los hechos objetivos que lo rodean, el valor del objeto (justo precio) se altera sustancialmente. En otros términos se ha “congelado” uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, eliminando la posibilidad de que su fluctuación sea un antecedente que pueda invocarse para privarlo de efectos. Recuérdese que la lesión enorme es excepcional y que sólo opera en aquellos casos especialmente contemplados en la ley. Por ende, su interpretación es restrictiva. Ahora bien, atendidas las razones expuestas, debe considerarse que en esta materia queda excluida la situación que pretendemos solucionar, ya que dictada sentencia de nulidad por lesión enorme, aquel en contra de quien se pronuncia puede ejercer un “derecho de rescate” que se hace valer sobre la base de enterar el “justo precio”, con más o menos una décima parte, según se trate del comprador o del vendedor (artículo 1890). Como el **“justo precio”** se estima al momento del contrato, no puede presentarse la situación que ataca el abuso circunstancial. De esta manera el legislador resolvió el problema eliminando toda posible injusticia.

f. El artículo 1734 del Código Civil sigue la misma línea antes analizada. Los cónyuges, al momento de liquidarse la sociedad conyugal tienen derecho a reclamar recompensas por las cantidades invertidas en bienes propios de cada uno de ellos y por otros conceptos (situaciones contempladas en el artículo 1736, subrogación, etcétera). La indicada norma señala que **“Todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa”**. Como puede comprobarse, existe el ánimo de restablecer el

⁶ Concordamos con quienes estiman que la lesión enorme no es un vicio del consentimiento, sino una condición objetiva de contratación. En efecto, cualquiera que sea la actitud del contratante –comprador o vendedor– respecto del valor del objeto del contrato, la situación es la misma y no alterará la existencia de la acción de nulidad. Incluso en el evento de que se celebre el contrato sabiendo o debiendo saber que existe una desproporción enorme entre el precio convenido y el justo precio, puede deducirse demanda de nulidad, porque la norma que impide ejercer la acción de nulidad en este caso se encuentra en el artículo 1683 del Código Civil relativa a la nulidad absoluta. En consecuencia nos hallamos ante una condición objetiva de contratación que excluye la intención y voluntad de las partes y que no constituye un vicio del consentimiento.

equilibrio patrimonial original, impidiendo que las cantidades invertidas a favor de uno cualquiera de los cónyuges puedan depreciarse o valorizarse (hipótesis que si bien cabe en la disposición no se ha producido nunca), rompiendo la igualdad que debe primar entre ambos. Lo que interesa destacar es el hecho de que se procura no romper el equilibrio original como consecuencia de fluctuaciones monetarias, que pueden producirse en períodos de tiempo muy prolongados, como ocurre frecuentemente tratándose del matrimonio.

g. En la reglamentación de las llamadas “prestaciones mutuas” (aplicables en todos los casos en que deba restituirse a las partes al “mismo estado” en que se hallaban antes de la celebración del contrato), se atiende a la buena o mala fe del poseedor vencido. Tratándose de las “mejoras útiles”, el artículo 909 del Código Civil confiere al poseedor vencido que se hallare de buena fe, el derecho a que se le abonen dichas mejoras. El inciso 3° de dicha disposición señala: **“El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo”**. En esta norma se advierte que el legislador tuvo presente que las mejoras introducidas en la cosa podían aumentar considerablemente su valor y que, en tal caso, era justo dar a quien la recuperaba el derecho de pagar lo que al tiempo de restitución valían las mejoras o el mayor valor de la misma. Puede decirse, entonces, que se trata de un problema presente no en una, sino en varias situaciones reglamentadas en nuestra ley civil.

De las disposiciones examinadas se infieren varias conclusiones. Desde luego, no es ajeno al legislador el problema que incide en el “abuso circunstancial”. Varios artículos se refieren al hecho de que una cosa que debe pasar de una a otra mano en razón de la nulidad, resolución, revocación, caducidad, resciliación, retrocesión u otras causas de extinción de un acto o contrato, haya experimentado un cambio sustancial en lo relativo a su valor. Lo anterior como consecuencia del contrato mismo que se extingue, o por los efectos que se atribuyen a las expensas o mejoras que se incorporan a la cosa o, bien, por el solo transcurso del tiempo. Se advierte en todas estas normas un propósito común y reiterado: **restaurar el equilibrio patrimonial que existía al momento de generarse la relación intersubjetiva que se invalida** (deslegitimación de los efectos generados por el contrato durante el período que hemos denominado de “validez provisional”). En los casos analizados, es la ley la que asigna los beneficios en las diversas hipótesis consultadas. No existe, es cierto, una norma general que permita proyectar una solución única, pero de los artículos estudiados se desprende que no puede dejarse de lado este problema (valorización del objeto que se restituye) y que todas las normas apuntan en la misma dirección: restablecer el **equilibrio original**, entendiendo por tal aquel que imperaba al momento de celebrarse el acto o contrato posteriormente extinguido. Por consiguiente, la analogía permite transferir, al caso que nos

ocupa, las soluciones o presupuestos que se desprenden de las normas citadas y examinadas en lo precedente.

ii. Principios generales de derecho

El segundo elemento que presta auxilio al intérprete en su tarea de integrar una laguna legal, está constituido por los “principios generales de derecho”, conceptualizados en el Capítulo V de este trabajo. Corresponde, entonces, examinar qué principios pueden invocarse en la tarea que nos proponemos, sin perjuicio, por cierto, de asignar a la analogía un rol preponderante, por las razones antedichas.

a. El primer principio que debemos invocar es el de la **buena fe** (*bona fides*). Como dice Fernando Fueyo: “En la aceptación más amplia, válida a todas las explicaciones de la buena fe en el derecho, buena fe significa *rectitud y honradez que conducen naturalmente a la confianza*”.⁷ Los autores han distinguido la *buena fe subjetiva* y la *buena fe objetiva*.

La **buena fe subjetiva** se define como “*la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra Derecho*”. Se trata, por ende, de una convicción personal, íntima, psicológica, que tiene como antecedente la existencia de un error que el sujeto admite que es superable. Como dice Jorge López Santa María: “Por consiguiente, *la buena fe subjetiva es una noción justificativa del error*”.⁸ Entre los casos más característicos de la buena fe subjetiva se cita el artículo 706 inciso 1° del Código Civil, que dice que “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio*”. Por su parte, el inciso 3° de la misma disposición agrega: “*Un justo de error en materia de hecho no se opone a la buena fe*”.

La **buena fe objetiva** es un estándar contenido en la ley que exige al sujeto un comportamiento correcto, honesto y leal. Tal ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 1546 del Código Civil, conforme al cual “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella*”. Por ende, la buena fe objetiva es, como se dijo, un estándar que impone el juez, independientemente del fuero interno de la persona. De aquí que la buena fe subjetiva se aprecie *in concreto* y la buena fe objetiva *in abstracto*.

⁷ Fernando Fueyo Laneri. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. 1990. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 180.

⁸ Jorge López Santa María. *Los Contratos. Parte General*. Tomo II. Segunda edición actualizada. Año 1998. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 392.

Jorge López Santa María cita en su obra sobre los contratos la opinión del autor español Jaime Santos Briz, frente a lo que llama “la indeterminación o variabilidad del estándar de buena fe”, advirtiendo que dicho autor se inspira especialmente en la doctrina alemana. Dichos postulados son los siguientes: “A. La buena fe debe ser considerada como un módulo de carácter objetivo; B. Su determinación se lleva a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de la cultura de la Sociedad; C. Sin embargo, la objetividad del principio no debe ser exagerada y han de atenderse, en primer lugar, las circunstancias del caso concreto; D. Partiendo de esta base ha de aspirarse a un justo equilibrio de los intereses de las partes; y E. No debe llegar a eludirse la voluntad del legislador expuesta en preceptos coactivos o en fórmulas rígidas, por ejemplo, al señalar los plazos de prescripción”. López Santa María termina diciendo que “En realidad, como lo ha dicho Giorgio del Vecchio, la máxima según la cual los contratos deben ejecutarse de buena fe representa una notable victoria del espíritu sobre la letra”.⁹

¿A qué buena fe nos referimos, en este caso, para los efectos de integrar la laguna legal que acusa lo que hemos denominado “abuso circunstancial”?

Curiosamente, puede invocarse tanto la buena fe subjetiva como la buena fe objetiva. En efecto, quien incurre en esta conducta falta al deber de lealtad, honradez y rectitud, ya que acciona en el momento preciso para, invocando el efecto retroactivo de la extinción del acto o contrato, apoderarse de beneficios que han sido causados mientras la cosa ha estado en poder de otra persona y como consecuencia de actos, obras o situaciones en las cuales no ha tenido participación alguna. Dicho en otras palabras, obra con perversidad, puesto que no busca restablecer un equilibrio original, sino lucrarse al amparo de la falta de regulación jurídica. Desde otro ángulo, se lesiona también la buena fe objetiva, ya que lo que el derecho procura, al consagrar las causales de extinción de una relación jurídica intersubjetiva, es restaurar el equilibrio original sobre el cual aquélla se concretó y restituir a las partes al “mismo estado anterior” a la celebración del acto o contrato (artículo 1687 del Código Civil). No cabe duda de que al aludirse al “mismo estado” se configura un estándar o módulo –al decir de los autores– que deberá aplicarse como medida última de justicia conmutativa.

Se llega a la conclusión, atendido lo manifestado, que el “abuso circunstancial” sale al encuentro de la mala fe, en sus dos fases, tanto subjetiva como objetiva, con el objeto de evitar un aprovechamiento indebido que excede los límites de lo permitido por el derecho.

⁹ Las citas corresponden a la obra de Jorge López Santa María precedentemente mencionada. Pág. 396.

Sobre esta materia hemos planteada, a propósito del contrato, que éste representa una **“articulación de intereses”** en la cual cada parte entiende armonizar sus fines y propósitos con los fines y propósitos de su contraparte. Así las cosas, el contrato habilita para reclamar y obtener la satisfacción de los intereses reconocidos en el mismo, sin que ellos puedan ser excedidos y desviados. Desde esta perspectiva, la **“buena fe”** aporta la exigencia de encuadrarse en la realización de dichos intereses y de no procurar la consecución de otros fines ajenos a aquellos reconocidos. De acuerdo a este planteamiento, la **“buena fe contractual”** puede y debe ser medida por los intereses en juego, categoría objetiva que permite definir sin dificultades la legitimidad en el obrar de cada parte. Por consiguiente, obra de buena fe quien procura la realización de los intereses reconocidos en el contrato y, a la inversa, obra de mala fe aquel otro que procura la satisfacción de intereses no reconocidos. No puede, creemos nosotros, atribuirse deslealtad, deshonestidad o falta de rectitud al contratante que exige lo que le corresponde y le ha sido reconocido al momento de perfeccionarse la convención. Lo anterior nos lleva a reiterar lo que ya hemos señalado al analizar otros temas: obra legítimamente quien ejerce un derecho, cualquiera que sea la motivación que le induzca a reclamar lo que efectivamente se le debe en virtud de un mandato jurídico. El artículo 1546 del Código Civil reafirma esta tesis, puesto que, al ordenar que los contratos **“deben ejecutarse de buena fe”**, desprende de ello que, **por consiguiente**, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (la obligación). Como corolario, podríamos desprender que la **“buena fe contractual”** tiene una medida objetiva que permite medir tanto el contenido como la ejecución de la obligación.

b. El segundo principio que invocaremos es el de **enriquecimiento injusto**.

“Nadie puede enriquecerse sin una causa real y justa”. Este principio está recogido en numerosas disposiciones a lo largo de nuestro Código Civil y de toda la legislación complementaria. Si una persona, a pretexto de reclamar la extinción de una **“relación jurídica”** por causa legal, lo que efectivamente procura es apoderarse del mayor valor del objeto de dicha relación, generado en el período que va entre la celebración del acto o contrato y la extinción de sus efectos, es incuestionable que vulnera el principio antes enunciado. En los casos impugnados por el **“abuso circunstancial”**, con el pretexto de volver al **“mismo estado”** anterior a la celebración del acto o contrato, lo que se intenta es una apropiación injusta y sin causa que la justifique.

Yendo más a fondo, podríamos decir que se ataca una **“relación jurídica intersubjetiva”** (que hemos definido como una vinculación entre dos o más

sujetos de derecho que se halla regulada por una norma jurídica y que tiene su antecedente en la sola disposición de la ley o en la voluntad de quienes intervienen en ella), a fin de sacar provecho de una **“situación jurídica intersubjetiva”** (la que conceptualizamos con mayor amplitud, como aquella que describe, simultáneamente, el ámbito que la relación crea respecto de las partes que intervienen en ella y la posición de los terceros que son alcanzados por el “campo de gravitación jurídica”, lo que equivale a una suerte de “radio magnético de efectos jurídicos”). Como puede comprobarse, la “relación jurídica intersubjetiva” forma parte y, en cierta medida, desencadena muchos efectos propios de la “situación jurídica intersubjetiva”. En la formulación de la “teoría del abuso circunstancial” ofrecemos el siguiente ejemplo, que reproducimos: “La relación jurídica se genera como consecuencia de un contrato de compraventa que liga al vendedor con el comprador, estableciéndose los derechos y las obligaciones de cada uno de ellos. Esta ‘relación’, a su vez, creará una ‘situación jurídica intersubjetiva’ que se extenderá, además, a todas las personas afectadas por este derecho (relaciones de vecindad, sujetos con derecho de servidumbre, uso o habitación y, en general, a toda la comunidad obligada a respetar el dominio adquirido por el comprador del inmueble). La ‘relación’ –que sólo alcanza a quienes la han forjado y sus causahabientes– deviene en ‘situación jurídica intersubjetiva’, creando una ‘atmósfera’ en la cual quedan comprendidas las partes de la primera y quienes son alcanzados por ella”.¹⁰ De lo transcrito se desprende, entonces, que es la “relación jurídica intersubjetiva” la que provoca los efectos que se proyectan en la “situación jurídica intersubjetiva”, razón por la cual resulta imposible, a la hora de retrotraer los hechos al mismo estado que existía antes de la celebración del acto o contrato que se extingue, limitarse a la primera (la relación) sin considerar la segunda (la situación). Esto explica de qué manera se produce el enriquecimiento injusto, puesto que las llamadas “prestaciones mutuas” (recurso descrito en la ley para retrotraer los efectos de la “relación”) no alcanzan a corregir los efectos de la “situación”, considerada, como se demostró en lo precedente, sólo en algunos casos por el legislador.

Se enriquece sin causa e injustamente aquel que carece de un título o motivo legítimo para incrementar su patrimonio. Todo aumento patrimonial debe ajustarse a derecho, como quiera que se produzca (sea en razón de un acto oneroso o lucrativo). De ello se sigue que en el sistema jurídico cualquier desplazamiento patrimonial debe estar amparado por una norma que lo autorice y respalde. En el caso que nos ocupa, quien ejerce una acción para invalidar o extinguir una relación jurídica sólo puede intentarlo para volver al “mismo

¹⁰ La cita corresponde al libro *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, de nuestra autoría, antes citado.

estado" anterior a su celebración. Este y no otro es el interés que la ley exige para hacer valer una pretensión, elemento que fija los límites de lo que es justo y legítimo en derecho. El desplazamiento patrimonial que conlleva apoderarse de beneficios más allá de aquellos que se hallaban comprendidos en el equilibrio original, que con la extinción del acto o contrato se procura restablecer, es, por consiguiente, antijurídico. Más claramente, es admisible jurídicamente beneficiarse con la extinción de un acto o contrato, pero ello está delimitado por el artículo 1687 del Código Civil al provecho que resulta de restablecer entre las partes "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", resuelto, rescindido, caducado, etc.

c. El tercer principio que invocaremos es el **injusto del interés no tutelado**.

Hemos sostenido repetidamente que el derecho subjetivo es un poder de la voluntad para realizar un interés jurídicamente protegido por el derecho positivo. Por consiguiente, es el interés amparado en la ley el que fija los contornos y los límites del derecho subjetivo. El derecho sólo existe en la medida que se procura obtener la satisfacción del interés reconocido y garantizado en la norma jurídica. Quien pretende alcanzar un beneficio que excede el interés jurídicamente protegido obra **de facto y no de iure** (de hecho y no de derecho). Hemos afirmado que este principio subyace en toda nuestra legislación y que no ha sido suficientemente caracterizado, por cuanto se funda en una conclusión que se extrae de la estructura misma del derecho subjetivo, que bien podría concebirse como la infraestructura del sistema jurídico. Si es posible generalizar la vigencia de este principio, a través de un esfuerzo de abstracción (inductivamente), y comprobar que éste se proyecta a todas las relaciones intersubjetivas regidas por el derecho, la apropiación de los beneficios que se siguen de la extinción de un acto o contrato, en cuanto exceden el equilibrio existente al momento de celebrarse, es, sin duda alguna, contraria a derecho. Lo anterior es consecuencia de que el llamado "equilibrio original" (que se configura al momento de perfeccionarse el acto o contrato) es la expresión más clara y representativa de los intereses protegidos por la ley.

En la consecución de un interés no tutelado por la norma jurídica reside un injusto que repugna al derecho, por cuanto se trata de una conducta abusiva, derivada de un provecho excesivo, que se consuma al margen de la norma.

Cuando un sujeto ejerce un derecho para apoderarse del aumento de valor que ha experimentado el objeto del acto o contrato (o más precisamente el objeto de los derechos y obligaciones), durante el llamado período de validez provisional, no lo hace para restaurar el equilibrio original, vale decir, el interés protegido por la norma jurídica, sino para conseguir la satisfacción de un interés excesivo. En consecuencia, incurre en el injusto de un interés no tutelado.

Más aún, como se desvía o se excede del interés protegido –que es lo que constituye la médula del derecho subjetivo–, no obra conforme a derecho, sino simplemente de hecho.

En suma, lo que hemos denominado injusto del interés no tutelado conforma un principio general de derecho, que gravita en todas las instituciones, haciendo ilícita la actuación, por cuanto se actúa sin derecho o contra derecho.

d. El cuarto principio que invocaremos es el que exige **tratar igual a los iguales y en forma diversa a los desiguales**.

Un principio de justicia elemental implica dar el mismo trato a quienes se hallan en una misma situación. De otro modo, el derecho sería una fuente de discriminación y arbitrariedad. Si algo caracteriza la estructura del sistema jurídico, es el hecho de que todos somos iguales ante la ley, no pudiendo ella aplicarse de manera distinta a dos situaciones idénticas. De la misma manera, si se trata de hechos diferentes, debe dársele a cada uno de ellos un tratamiento distinto. De lo dicho se desprende que si se declara extinguida una relación jurídica intersubjetiva, las consecuencias que se siguen no pueden ser contradictorias o incompatibles en cada caso. Como se señaló en lo precedente, en el evento propuesto (extinción de un acto o contrato) lo que la ley ordena es reconstituir el “equilibrio de intereses” que existía antes de la celebración del acto o contrato. Lo anterior implica, según se demostró, restaurar los intereses comprometidos, pero no apoderarse de beneficios que no quedan comprendidos en el marco conceptual de los mismos o configurar un nuevo equilibrio que difiere del primitivo, a pretexto de aplicar a la extinción con efecto retroactivo.

Por lo tanto, si admitimos que alguien se valga de la extinción de un acto o contrato para reclamar y obtener beneficios muy superiores de aquellos que existían al momento de contratar o ejecutar el acto, estaríamos dando un tratamiento distinto a los iguales, ya que en un caso estaríamos reconstituyendo el equilibrio original de intereses, y en el otro negándolo absolutamente por efecto de la revalorización del objeto. Sólo se tratará “igual a los iguales” cuando en ambos casos, haya o no haya valorización que provenga del período de validez provisional, se reconstruya el equilibrio original de los intereses mencionados.

e. El quinto principio que invocaremos es el de que **nadie puede aprovecharse de su propio dolo**.

Como es sabido, repugna al derecho que una persona pueda servirse y enriquecerse a costa de su propio dolo u obtener un provecho de su negligencia. Dicho de otro modo, no puede el derecho legitimar a quien, obrando de mala

fe o negligentemente, se beneficia con sus maniobras fraudulentas o culpables. Toda defraudación está fundada en una conducta consciente y planificada de quien despliega su actividad con miras a lesionar a un tercero para lograr su enriquecimiento personal. De aquí que este principio general de derecho no haga más que sancionar la mala fe en su manifestación más frecuente y elemental.

Si un sujeto procura la extinción de una relación jurídica, no para restaurar el equilibrio original, sino para apropiarse de la revalorización experimentada por el objeto de dicha relación durante el período de “validez provisional”, no ejerce el derecho con miras a obtener el reconocimiento del interés que protege la ley, sino para apropiarse de aquello que no le corresponde (puesto que no estaba comprendido en el equilibrio original anterior a la constitución de la relación jurídica). Siguiendo nuestra argumentación, este sujeto obra de **facto y no de iure** (de hecho y no de derecho), insertándose en un escenario diverso de aquel que existía al momento de contratar, todo ello con el propósito de obtener un beneficio que no le corresponde. En la hipótesis propuesta es legítimo que se inste por la extinción de la “relación intersubjetiva”, pero siempre que con ella se procure recuperar los intereses que existían antes de su perfeccionamiento y no aquellos que nacen con posterioridad –en el período de validez provisional– como consecuencia del surgimiento de una nueva “situación jurídica intersubjetiva”.

La ausencia de reconocimiento, por parte de nuestros tribunales de justicia, de la “teoría del abuso circunstancial” ha hecho posible esta anomalía. En efecto, debe admitirse que no todo pretensor de nulidad, resolución, revocación, retrocesión, resciliación, etcétera, obra con ese propósito (apropiarse indebidamente de la revalorización del objeto de la relación), pero concluye, inevitablemente, en ello, porque no se ha dado a la ley, a nuestro juicio, una correcta interpretación, dejando el camino abierto a este tipo de excesos. Por otra parte, no es difícil descubrir cuándo un pretensor desvía el curso de sus intereses en pos de un provecho indebido. Basta para ello constatar el momento en que se ejerce la pretensión respectiva (suele esperarse, por ejemplo, el momento en que las mayores inversiones se han realizado, o cuando se han contraído compromisos que recaen en el objeto, o cuando se ha configurado irreversiblemente una nueva “situación jurídica intersubjetiva”, etcétera), o se explotan las consecuencias que se siguen de la sola interposición de la acción mediante la cual se intenta la extinción de la relación jurídica (es frecuente que se obstruya la concesión de créditos, o se dificulten autorizaciones administrativas, o deban postergarse proyectos ya contratados, etcétera) o, bien, deba paralizarse una cierta actividad productiva (como sucede, por vía de ejemplo, con la concesión de una medida cautelar). En verdad, son infinitas las hipótesis susceptibles de considerarse. Pero entre todas ellas hay un denominador

común: el fin de que se procura es apropiarse del mayor valor del objeto de la relación, lo que resulta de la imposibilidad de restaurar el equilibrio original mediante la aplicación de las llamadas “prestaciones mutuas”.

Todas las conductas descritas conllevan, necesariamente, la violación del principio de que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo o de su propia negligencia”, aun cuando, reiterémoslo, puedan existir casos en que no siendo el ánimo del pretensor causar un daño excesivo y manifiesto al sujeto pasivo de la pretensión extintiva, este aprovechamiento resulte de la insuficiencia de nuestra legislación y de la indiferencia de nuestros jueces para abordar esta temática.

Estos son, a nuestro entender, los “principios generales de derecho” más íntimamente ligados a la “teoría del abuso circunstancial”. De cualquiera de ellos puede extraerse, como necesaria conclusión, que nos hallamos ante una situación que repugna las bases mismas de nuestro sistema jurídico y que merece una especial atención de parte de jueces y contratantes.

iii. La equidad natural

En lo precedente hemos conceptualizado lo que entendemos por “equidad natural”. Más de alguien ha dicho que tras las soluciones jurídicas, invariablemente, subyace siempre un sentido intuitivo de justicia. Puede una misma situación enfocarse desde varias perspectivas, pero saltan a la vista los casos en que la solución rompe el balance natural de los intereses en juego.

No obstante la intención de uniformar el concepto de equidad (promovido principalmente por aquellos que sostiene la existencia de un derecho natural que gravita por sobre el derecho positivo), este esfuerzo ha resultado infructuoso. Creemos nosotros, por ejemplo, que la equidad de un abogado no es la misma que la equidad de otro profesional o de un lego cualquiera. La equidad en un hombre de derecho se ha ido formando a través del estudio y conocimiento de las instituciones jurídicas y según las pautas que proporcionan las normas. Todos estos elementos estarán ausentes en otras personas, sea que ejerzan alguna profesión o ninguna. Por consiguiente, no es la equidad un término unívoco y absoluto, sino esencialmente relativo. Él dependerá de una multiplicidad de factores (jurídicos, religiosos, ideológicos, sociológicos, históricos, etcétera). Probablemente, este hecho explique que ante un determinado problema se sustenten posiciones muchas veces disímiles e incompatibles.

La “equidad natural” es, indudablemente, producto de la cultura dominante. Es ella la que, en un momento determinado, nos indica en qué sentido apunta la justicia (conmutativa, legal, distributiva o correctiva). Sirva este antecedente

para enfatizar que mientras un abogado considerará esencial el mandato legal debidamente conocido (sea el conocimiento real o presuntivo), puesto que siempre deben respetarse las llamadas “reglas del juego” social, para un lego en materias jurídicas ello carecerá de una significación especial. Demostramos con ello la relatividad del concepto y su relación estrecha con la cultura dominante.

Cabe recordar que la equidad natural está contemplada en nuestra legislación civil como elemento de interpretación con carácter subsidiario. El artículo 24 del Código Civil dispone que *“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes...”*, vale decir, el elemento literal, lógico, histórico y sistemático, *“se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”*. Esta disposición, unida al artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, precitado, permite invocar la equidad natural para los efectos de integrar una laguna legal.

Configurados los tres elementos que de acuerdo al sistema jurídico chileno son los llamados a integrar una “laguna legal”, réstanos demostrar dos cosas: la existencia de la “laguna legal” y el deber jurídico de integrarla.

Sobre la **existencia de la laguna legal**, basta con reiterar que hay situaciones en que no es posible hacer que las partes que han intervenido en la creación de una “relación jurídica intersubjetiva” puedan “ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato”. Lo anterior es consecuencia de que son insuficientes las llamadas “prestaciones mutuas” para lograr este objetivo y que ellas, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, deben aplicarse no sólo a la nulidad judicialmente declarada, sino que, también, a toda otra situación en que deban las partes ser reintegradas al “mismo estado” anterior a la constitución de la relación jurídica extinguida. Como se ha demostrado en el curso de este trabajo, algunos actos o contratos producen **efectos irreversibles** que subsisten a pesar de las “prestaciones mutuas” y que no pueden asignarse arbitrariamente a quien, sin título, pretende apropiárselos. Estos efectos irreversibles –que suelen superar cualquier expectativa– hacen imposible restaurar el equilibrio original que determina el “estado” que imperaba al momento de celebrarse el acto o contrato. Dicho de otro modo, restituir a las partes al “mismo estado”, términos a que alude el artículo 1687 del Código Civil, corresponde a restaurar el “equilibrio original de intereses” que predominaba antes del acto o contrato. De lo dicho se sigue que, siendo imposible restablecer el “equilibrio”, no puede restablecerse, tampoco, el “mismo estado” anterior a la creación de la “relación jurídica intersubjetiva”. Por consiguiente, nos hallamos ante una **laguna legal**, un vacío o silencio de la norma que deja sin reglamentación una cuestión que se suscita con ocasión

de la extinción de un acto o contrato que configura, como se dijo, una nueva "situación jurídica".¹¹

Enfrentado a esta realidad, el juez está obligado a resolver, de acuerdo al **principio de inexcusabilidad** antes comentado, no pudiendo exonerarse de hacerlo por el hecho de que carezca de ley que resuelva el conflicto. Por ende, se verá forzado a integrar la laguna legal, recurriendo a los tres elementos antes comentados (analogía, principios generales de derecho o espíritu general de la legislación y equidad natural).

Desde esta perspectiva, entonces, la "teoría del abuso circunstancial" se funda en la integración de una laguna legal.

Reiteremos, entonces, que si los efectos irreversibles de un acto jurídico, luego de que éste pierde su poder vinculante (como consecuencia de una causal de ineficacia jurídica), no se encuentran regulados en la ley, el juez estará obligado a resolver recurriendo a los elementos instituidos en el ordenamiento normativo para la integración de una laguna legal. Cualesquiera que sean los elementos que se utilicen para estos fines la solución será semejante: evitar el despojo de que es víctima quien sufre la pérdida de la valorización del objeto de la obligación.

Desde este punto de vista, nuestro derecho es más perfecto que el anglosajón, por ejemplo, ya que entre nosotros es el mismo ordenamiento jurídico el que arbitra la manera de superar la situación que analizamos. No existen, por lo tanto, en el sistema legal jurídico chileno, como ya se observó, los llamados "casos difíciles", que se presentan, precisamente, cuando el juez se ve abocado a juzgar una situación no prevista por el legislador ni existen precedentes que sirvan para resolverla. Entre nosotros, ello no ofrece mayores dificultades, aun cuando exija de parte del tribunal un esfuerzo interpretativo de integración sobre la base de invocar elementos preestablecidos en el mismo ordenamiento. Es por ello que entre la "autointegración" (procedimiento que implica recurrir a elementos que forman parte del sistema jurídico para integrar una laguna legal) y la "eterointegración" (procedimiento que admite recurrir a elementos ajenos al sistema jurídico para estos efectos), nos inclinamos por la primera, ya que, si bien en Chile puede considerarse ajeno a lo propiamente jurídico la "equidad natural", estando ella condicionada por la formación en derecho

¹¹ Para una correcta comprensión de esta materia es indispensable captar la diferencia que proponemos entre "relación jurídica intersubjetiva" y "situación jurídica intersubjetiva", puesto que el problema que procuramos resolver es consecuencia de la influencia que la extinción de la primera tiene en la segunda. Los objetos se valorizan en función de la "situación", la cual experimenta una transformación irreversible por efectos de la "relación".

de nuestros jueces, la calificamos como elemento jurídico y no extra jurídico. A nuestro juicio, los jueces (letrados) “internalizan” los conceptos y las instituciones del derecho interno, de modo que su “equidad” no es más que una proyección del sistema jurídico. La escasa jurisprudencia que existe sobre esta materia –que excede los fines de este trabajo– así parece demostrarlo.

VII. La teoría del abuso circunstancial como aplicación directa de la ley

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que la incorporación de la “teoría del abuso circunstancial” puede fundarse en normas expresas de nuestra legislación. Para estos efectos es necesario distinguir entre causales **convencionales** y causales **no convencionales** de extinción de las obligaciones. Tratándose de las primeras, no cabe hablar de “abuso circunstancial”, porque el vínculo jurídico sólo se disuelve cuando concurre la voluntad de las partes, de manera que los efectos que se siguen pasan necesariamente por la acepción expresa o tácita de quienes los experimentan. Así ocurre en el mutuo disenso, en el pago, la dación en pago, la novación, la compensación, la remisión, la transacción y el plazo extintivo.

Distinta es la situación de la extinción **no convencional**. En esta hipótesis existen sólo dos causales que hacen posible la aplicación de la “teoría del abuso circunstancial”. Ellas son la nulidad y la resolución. En los demás casos, no es posible invocar esta teoría, porque la extinción está prevista anticipadamente en la ley y forma parte de la obligación (la caducidad, la muerte, la revocación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe o imposibilidad en la ejecución y la prescripción extintiva), razón por la cual las partes asumen con antelación los efectos de la extinción de la obligación y, por lo mismo, las alteraciones que experimenta la valorización del objeto de la misma. Por ejemplo, tratándose de la revocación, la caducidad, el plazo extintivo y la muerte, la relación jurídica es por sí misma inestable y precaria, ya que por mandato legal la obligación está sujeta a extinguirse en determinadas hipótesis que forman parte de la relación y que, por lo mismo, han debido ser previstas al momento de surgir el vínculo jurídico. Distinta es la situación en la nulidad y la resolución, porque se trata de situaciones imprevistas o inesperadas, ajenas a la obligación al momento de perfeccionarse el vínculo, a las facultades de las partes o a la naturaleza de la obligación.

De lo señalado se desprende que la “teoría del abuso circunstancial” sólo puede estar presente en los dos casos señalados, puesto que es allí donde la disolución del vínculo obligacional dejará a una de las partes en la indefensión en relación al aumento del valor del objeto de la obligación, si éste es conse-

cuencia irremediable de la “situación jurídica intersubjetiva” que se disuelve. En los demás casos, hay un antecedente que hace posible la previsibilidad de extinción y, por lo tanto, no se trata de un abuso o un exceso que no pueda anticiparse con un cuidado ordinario y razonable.

Analizaremos, a continuación, los dos casos en que encontramos presente la posibilidad de que se produzca un “abuso circunstancial”.

i. La nulidad

En el caso de la nulidad, como se explicó en las páginas anteriores, existe texto expreso que permite invocar un abuso de hecho con ocasión de realizar las restituciones que se siguen de la extinción del vínculo. El artículo 1687 del Código Civil, según ya se dijo, da derecho a las partes a ser **“restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”**. Lo que la ley dispone es la desaparición total y absoluta de los efectos, tanto jurídicos como fácticos, del acto que se invalida. Esta eliminación tiene un objeto preciso: reconstituir la situación que existía antes de la celebración del acto o contrato. O sea, restaurar un estado anterior de hecho y derecho a fin de que ninguna de las partes obtenga provecho o beneficios de aquello que jurídicamente se invalida. El inciso 2° de la misma disposición no altera en nada el principio antes expuesto, ya que se limita a establecer de qué manera debe procederse en el caso de pérdidas a deterioros, intereses y frutos y de los abonos en razón de mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, debiendo tomarse en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; “todo ello según las reglas generales” y sin perjuicio de lo que prescribe el artículo 1688 del Código Civil, que se refiere a los contratos celebrados por personas incapaces sin los requisitos que la ley exige. Como puede comprobarse, este inciso en nada altera el principio establecido en el inciso anterior y, por el contrario, reafirma lo que en él se establece. Tampoco podría sostenerse que este inciso resuelva el problema que plantea la revalorización “enorme” del objeto de la obligación cuando ésta es un efecto irreversible que no estaba considerado al momento de perfeccionarse el acto o contrato que se declara ineficaz.

¿Qué ocurre, entonces, bajo este régimen con los efectos irreversibles que se generan al amparo de una “situación jurídica intersubjetiva” que desaparece por disposición de la ley? ¿Quién aprovecha la valorización del objeto de la obligación producida por el acto que se invalida y que no es posible revertir?

Estimamos nosotros que si la ley ordena “reconstruir el mismo estado”, ello implica dejar a las partes en las mismas condiciones patrimoniales que existían al momento de contratar (equilibrio original). Por lo tanto, si no es posible

restituir en especie un bien porque éste ha experimentado una revalorización enorme, a consecuencia del acto extinguido, mientras se hallaba en poder de quien está obligado a realizar dicha restitución, **sólo cabe cumplir esta obligación por equivalencia**, esto es, determinar una cantidad de dinero que represente el valor del objeto al momento de contratar. Exigir la restitución del bien revalorizado es reclamar la ejecución de un acto jurídicamente imposible, porque el objeto de la obligación ya no existe en las condiciones fijadas en la ley (“el mismo estado”). De ser así, se estaría permitiendo que una de las partes se apropie de una utilidad que no le pertenece, puesto que es consecuencia de un acto posteriormente invalidado a su requerimiento.

A la misma conclusión conduce analizar el alcance que tiene la sanción en nuestro sistema jurídico. En efecto, la sanción no constituye más que un “cumplimiento por equivalencia” que procede siempre que no es posible el cumplimiento en especie. La indemnización de perjuicios no es sino una “conducta de reemplazo”, que se calcula sobre la base de lo que corresponde reparar por la pérdida patrimonial efectiva, por aquello que se dejó de ganar de acuerdo al curso normal de las cosas, y por el daño extramatrimonial que se experimenta por el incumplimiento. Admitiendo que la restitución en especie del bien sobrevalorizado es imposible, no cabe más que la indemnización de perjuicios. Cualquier otra solución rompe todos los equilibrios contractuales.

¿Qué papel juega en esta trama la actitud subjetiva de las partes? Desde luego, el artículo 1683 del Código Civil priva de la acción de nulidad absoluta al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Se trata, como lo han precisado la doctrina y la jurisprudencia, de un conocimiento de hecho, no del conocimiento presuntivo de la ley (porque en tal supuesto no existiría jamás una acción de nulidad). Por ende, en este supuesto, el problema no se presenta, en razón de que no hay posibilidad alguna de impetrar la nulidad absoluta. Tratándose de una conducta culposa (negligencia en el estudio de los antecedentes que corresponden al acto o contrato) o de la nulidad relativa, creemos nosotros que la posición subjetiva del que sufre los efectos de la nulidad no influye en sus consecuencias, por cuanto sigue siendo total la imposibilidad de restituir a las partes al mismo estado en que se hallaban antes de la celebración del acto o contrato. Lo que no debe excluirse es el derecho que tiene quien sufre un perjuicio con la declaración de nulidad, a demandar indemnización de perjuicios a quien pueda imputarse la causal de nulidad por su hecho o culpa. Esta materia ha sido muy escasamente tratada en la doctrina y no ha tenido reconocimiento jurisprudencial, pero no cabe duda que procede. Basta, a este respecto, invocar un ejemplo. Si una persona celebra un contrato forzada su voluntad por medio de la fuerza ¿podría alguien sostener que no tiene derecho a reclamar los perjuicios que se siguen de ello? A esta cuestión, además, se refiere expresamente el artículo

1458 del Código Civil, según el cual, cuando el dolo no reúne las exigencias que la ley establece para anular el contrato, “solamente” da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él.¹²

Podría pensarse que la obligación de restituir un bien sobrevaluado durante el período de “validez provisional” sólo da lugar al derecho de reclamar una indemnización de perjuicios (*actio aestimatoria*), bien que ello implicaría un pago de lo no debido (restitución de lo que no se debe, lo cual da lugar a una acción *in rem verso*). Nosotros deseamos ambas hipótesis, por cuanto se encuentran fundadas en la obligación de restituir una cosa diversa de aquella que se entregó en virtud del contrato posteriormente anulado. El problema que inspira la “teoría del abuso circunstancial” se enraíza en un hecho esencial: la cosa que se entrega en virtud de un acto posteriormente invalidado pierde su identidad, sus características esenciales y su valor patrimonial. Por lo mismo, la obligación de restituir recae sobre una especie distinta de la debida, razón por la cual, ante esta imposibilidad, sólo cabe el cumplimiento por equivalencia. Con todo, no cabe duda que sobre esta situación gravita poderosamente la reparación de los perjuicios que se causan y que el deber de indemnizar puede hacerse valer incluso en el supuesto de que proceda la restitución en especie de la cosa objeto del contrato nulo.

Todo lo anterior no excluye la posibilidad de que quien busca apoderarse de los efectos irreversibles experimentados por el objeto de la obligación y, de este modo, conseguir un beneficio desproporcionado, obrando de mala fe, planifique y proyecte una estrategia encaminada a este fin. Lo anterior será frecuente en la medida que, no pocas veces, por el solo hecho de la transferencia de un objeto a una determinada persona, empresa o establecimiento, seguido de un plan de comunicación atrayente, el objeto de la obligación experimenta una revalorización enorme. Si fuere posible acreditar la intención al momento de contratar y la premeditación de aprovecharse de los efectos irreversibles, por medio de la extinción de la relación jurídica posterior, nos hallaríamos en el ámbito penal. Se trataría, a juicio nuestro, de una estafa procesal en que el contrato, la valorización del objeto, el ejercicio de la acción, la nulidad y la restitución posterior del bien valorizado obedecen a un designio concreto para apoderarse de beneficios indebidos.

¹² A la indemnización de perjuicios derivada de la nulidad dedicamos el Capítulo XIII de la Segunda Parte del libro *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. Págs. 281 y ss. Este tema ha sido también tratado por Jorge Barahona González en un trabajo sobre “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios”, publicado en *Estudios Jurídicos en homenaje a cinco profesores de derecho civil*, obra editada por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 2007. Págs. 59 y ss.

ii. La resolución

Más complejo resulta el análisis de la resolución, puesto que ella supone una existencia de una causa de ineficacia que forma parte del acto o contrato. En este plano, entonces, la extinción del período de “validez provisional” es una cuestión prevista e incorporada al acto jurídico. Por otra parte, tratándose de una condición resolutoria tácita (artículo 1489 del Código Civil), el problema aumenta su dimensión, puesto que la ineficacia del acto o contrato resulta ser fruto del incumplimiento en que cae aquel obligado a restituir el bien sobrevaluado. No olvidemos que, en atención a lo previsto en el artículo 1687 inciso 2° del Código Civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que se aplican las normas de las “prestaciones mutuas” toda vez que deban retrotraerse los efectos de un acto jurídico ineficaz.

A nuestro juicio, el problema que plantea la resolución para el caso que deba restituirse en razón de ella una especie sobrevalorada en el llamado período de “validez provisional” consiste, esencialmente, en lo siguiente: la resolución –que supone la extinción del acto jurídico por una causa intrínseca del mismo y, aun, en ciertos casos, derivada del incumplimiento de quien debe restituir un bien sobrevalorado– conlleva o no conlleva la obligación de restituir algo diverso de aquello que se recibió. Dicho de otro modo, cabe preguntarse si es aceptable un “castigo” adicional al afectado por la extinción del vínculo jurídico, fuera de aquello que la ley prevé, por el solo hecho de que la inestabilidad de la relación se halle contenida en la estructura del acto o contrato y, eventualmente, sea consecuencia del hecho o culpa de quien sufre los efectos perniciosos. Nosotros creemos que la cuestión primordial subsiste: quien en virtud de un acto o contrato ha recibido un objeto que experimenta una plusvalía positiva sustancial durante el período de validez provisional, no puede ser obligado a restituirlo si éste (el objeto), como se ha dicho, ha dejado de ser lo que era al momento de transferirse. No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición que legitime la pretensión de recibir algo diverso y muchísimo más valioso de aquello que se entregó en virtud de un acto jurídico que luego se extingue por haber operado la resolución.

Volvemos, como puede advertirse, a poner énfasis en el hecho de que no hay una plena y cabal identidad entre la cosa que se entregó y la que debe restituirse, puesto que la estimación de uno y otro objeto difiere en forma sustantiva (efectos patrimoniales irreversibles).

Tampoco es dable pensar que la pérdida de la valoración del objeto (efecto irreversible) es imputable a un acto propio de quien sufre la pérdida del mismo (contratante incumplidor en contra de quien se pronuncia la resolución de un contrato o restitución proveniente del cumplimiento de una condición resolutoria ordinaria convenida en el contrato), ya que, aun cuando así fuere, ello

no es representativo de un título que permita extender el interés jurídicamente protegido más allá de lo que corresponde. El interés que la ley protege tiene límites precisos. Se trata de que quien debe, en razón del efecto retroactivo de la nulidad o de la resolución, restituir un bien que recibió al celebrarse el acto o contrato posteriormente declarado ineficaz, coloque al pretensor en el "mismo estado" en que se hallaba antes de contratar, lo cual, como ha quedado dicho repetidamente, es materialmente imposible.

Por consiguiente, estimamos que la resolución de un acto jurídico que conlleva los efectos a que se refiere el artículo 1687 del Código Civil permite invocar la "teoría del abuso circunstancial", no obstante las dificultades antes expuestas. Es esta misma disposición la que contiene la base positiva para solucionar el problema, al señalar que las partes tienen derecho a ser restituidas al "mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo". El "estado" que la ley invoca es aquel anterior al acto jurídico declarado ineficaz, razón por la cual no cabe extender este mandato a todo aquello que se agrega, adjunta o incorpora a las cualidades intangibles del objeto afecto a la restitución. Más aún, el inciso 2° del mismo artículo alude a una serie de factores que deben considerarse para restablecer a las partes al estado anterior a la celebración del acto o contrato (pérdidas de la especie, deterioros, intereses, frutos, abono de mejoras), "todo ello según las reglas generales". Entre estas reglas generales debería considerarse lo que prescribe el artículo 1678 del Código Civil, según el cual: "Si la cosa debida se destruye (en este caso cambia sustancial e irreversiblemente) por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios". Nótese que es perfectamente equiparable, para los efectos del raciocinio, la pérdida de la cosa y la alteración enorme de su valor, porque en ambos casos es imposible reconstituirla para dejarla en el "mismo estado" anterior. Es cierto que en un caso hay pérdida y en el otro caso valorización, pero en este último supuesto de tal envergadura que no puede considerársela en el mismo "estado". La solución que la ley da no admite discusión: si inculpablemente ignoraba la obligación (como sucede con quien ignora que se le impondrá el gravamen de restituir), **"se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios"**. Otra norma que puede invocarse a este respecto es el artículo 1820 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...." Nótese que el dominio permanece en manos del vendedor, puesto que no ha habido tradición, sin embargo, la sola circunstancia de haberse perfeccionado el contrato da al comprador derecho a apropiarse de las "mejoras" que ella experimenta. Mayor razón existe para asignar las mejoras (sobrealoración en este caso) a quien debería restituir como consecuencia de la declaración posterior de nulidad o resolución de la relación jurídica. Finalmente, citemos el artículo 662 del Código Civil, que trata de la

accesión llamada **especificación**: *“Otra especie de accesión es la especificación, que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de las uvas ajenas se hace vino, o de la plata ajena una copa, o de la madera ajena una nave. No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura. A menos que en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua; pues en este caso **la nueva especie pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios**”*. Lo previsto en esta disposición se aproxima notablemente a la hipótesis en que se funda el “abuso circunstancial”, ya que sin conocimiento de una parte ni mala fe de la otra, el objeto cambia sustancialmente al extremo de constituir otro objeto diferente. En este supuesto no puede el dueño del material reclamar el objeto, el cual pertenece a quien produjo el cambio, debiendo pagar la respectiva indemnización de perjuicios. O sea, el dueño del material no puede extender su interés más allá del valor de lo que le pertenece.

Como puede constatarse, cada vez que el legislador aborda este problema sale en defensa de quien, en nuestro caso, se vería forzado a restituir una cosa diversa de aquello que recibió como consecuencia de cambios y transformaciones producidas mientras ella (la cosa) estaba legítimamente en su poder.

VIII. Alcance de la sanción jurídica

Para concluir este trabajo, aludiremos a un último argumento que tiene por objeto precisar el sentido y alcance de la sanción jurídica, ya que el problema que hemos planteado se funda en las consecuencias que se siguen de una sanción. En efecto, la nulidad y la resolución constituyen jurídicamente, a nuestro juicio, una sanción, puesto que ellas consisten en la imposición de una “conducta de reemplazo” destinada a sustituir la obligación incumplida. Por lo tanto, con la intervención del Estado (que aporta la coerción) se impone al infractor la ejecución de una conducta equivalente al cumplimiento oportuno e íntegro de la obligación vulnerada. Claro está que la resolución, cuando ella es consecuencia del advenimiento de una condición resolutoria ordinaria, no puede calificarse de sanción, puesto que corresponde al desarrollo previsto de un elemento de la misma obligación (condición resolutoria ordinaria). Mas no ocurre lo mismo tratándose de la condición resolutoria tácita o del pacto comisorio.

La nulidad y la resolución (cuando es consecuencia del incumplimiento) constituyen un recurso especial, dispuesto en el sistema jurídico, para restablecer el orden social previsto y querido por el derecho, el cual ha sido quebrantado por

efecto de la infracción de las normas que regulan la gestación de la convención o el incumplimiento de lo debido. Desde este ángulo, el concepto “sanción” está indisolublemente ligado al restablecimiento del equilibrio de intereses que existía al momento de perfeccionarse la relación jurídica, puesto que se trata de privar de efectos a un acto jurídico y eliminarlo del sistema normativo.

De aquí que hayamos definido genéricamente la sanción como “la imposición de una conducta de reemplazo establecida en la norma jurídica, destinada a restaurar el orden social quebrantado y el equilibrio de intereses que existía antes de producirse la contravención que desencadena la reacción represiva”. Atendiendo al contenido de esta definición, nos resulta forzoso concluir que la sanción no debe imponer una conducta de reemplazo que sea más gravosa que aquella que se ha infringido, por cuanto ello implicaría un enriquecimiento sin causa (lo que motiva la aplicación de la sanción es el propósito de restaurar entre las partes el equilibrio original, esto es, el que predominaba antes de constituirse la obligación declarada nula o resuelta). Resulta inaceptable lucrar a costa de la aplicación de una sanción, porque, en la parte que excede el interés que se quiere proteger y preservar, no existe título alguno que lo legitime.¹³

Si admitimos que la sanción debe limitarse a restaurar el “equilibrio económico original del contrato”, lo cual justifica plenamente lo prevenido en el artículo 1687 del Código Civil (cuando dispone que “las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato”), llegaremos a la necesaria conclusión que todo enriquecimiento que derive de la sanción y que tenga origen exclusivamente en ella, deberá quedar limitado a lo ordenado en la ley y no debe sobrepasar lo que sea estrictamente necesario para reconstruir el “estado” patrimonial que existía antes de la relación jurídica extinguida. En el supuesto de que fuere lícito obligar al contratante perjudicado con la nulidad o la resolución a restituir una especie que, en virtud del mismo contrato ha experimentado una revalorización enorme mientras estaba en su poder, desplazamos dicho beneficio arbitraria e injustamente de uno a otro patrimonio. Este desplazamiento (que implica un enriquecimiento importante), carece de toda justificación, no se halla respaldado en la norma y opera, incluso, en oposición a la letra de la ley, puesto que ella no permite desbordar el “equilibrio económico original del contrato”.

¹³ En esta materia se observa una diferencia esencial entre nuestro derecho de raíz romana continental y el derecho anglosajón. En este último se aceptan e instituyen las “penas punitivas” en las cuales el gravamen impuesto al sancionado supera largamente (a veces en forma desproporcionada) los perjuicios que se siguen de la infracción. La justificación de este tipo de sanciones radica en la necesidad de generar un efecto ejemplarizador y correctivo que alcance a toda la comunidad, la cual, ante el peligro de enfrentarse a una sanción desproporcionada, opta por dar estricto cumplimiento al mandato jurídico. Juega aquí la comparación que todo infractor hace entre costo y el beneficio de quebrantar el derecho. En la medida en que mayor sea el costo del incumplimiento y menor el beneficio, mayor será la propensión del obligado a dar cumplimiento a la conducta debida.

De la manera indicada, entonces, la sanción, arbitrariamente, excede los márgenes legales y se extiende en abierta contravención a la ley. Lo anterior suele justificarse al amparo de las llamadas "prestaciones mutuas" y la obligación que pesa sobre quien recupera el objeto de la obligación de pagar las mejoras necesarias y, en algunos casos, las mejoras útiles y voluptuarias. Este razonamiento, a nuestro juicio, no es idóneo para justificar este despojo. En efecto, el mayor valor (plusvalía positiva) que experimenta un objeto mientras éste se mantiene en poder de quien está obligado a restituir en virtud del acto o contrato extinguido, no constituye una mejora necesaria, útil ni voluptuaria, sino un fenómeno ajeno a todas las hipótesis contempladas en el Párrafo 4° del Título XII del Libro II del Código Civil (artículos 904 y siguientes). Se trata de un aumento patrimonial que se produce por la reubicación económica del bien, o por el incremento de sus expectativas, o por su inserción en una nueva planificación, etcétera. Si la revalorización es "enorme" (significativa o desproporcionada en relación a su valor original), su devolución no permite restituir a la partes al "mismo estado" anterior a la celebración del acto o contrato, sino a un "estado" (situación de equilibrio) por completo diverso de aquel descrito en la ley. Por lo tanto, la sanción deja de ser una conducta de reemplazo destinada a restaurar el orden social instituido en la ley y el equilibrio económico que existía antes de la celebración del acto o contrato. Así las cosas, la nulidad o la resolución, en su caso, sólo sirve de exclusiva para un despojo que carece de todo título.

¿Puede el derecho mantenerse ajeno a este fenómeno?

No nos explicamos cómo esta cuestión no ha sido suficientemente debatida en nuestro medio. Muy probablemente, una cierta indiferencia del medio jurídico se explique por el hecho de que es ahora, en el marco de un proceso económico más dinámico y agitado, en donde con mayor frecuencia se percibe la insuficiencia de nuestra legislación sobre esta materia. Por lo mismo, serán nuestros jueces los que deberán hacerse cargo de actualizar la jurisprudencia y de evitar que se sigan consumando abusos descarados en pos de defraudaciones y despojos, todos ellos al amparo de una errada interpretación jurídica.

La experiencia de los últimos años revela que este abuso se comete con preocupante frecuencia y todo hace temer que ello se incrementará con el correr del tiempo. Por lo mismo no puede mantenerse abierta esta posibilidad.

IX. La función del derecho en la solución del problema relativo a la valorización o desvalorización de las cosas que forman parte de la “relación jurídica”

No es infrecuente en el campo del derecho privado que los objetos que están ligados a una relación jurídica, sea que se mantenga en el tiempo o se extinga, experimenten cambios significativos que alteran sustancialmente su valor. Tal ocurre, por ejemplo, cuando las cosas sufren pérdidas o deterioros, aumentos por causas naturales o por la actividad del hombre, o se introducen mejoras o se pagan expensas, etcétera. En todos estos casos, es la voluntad de las partes la que debe resolver en forma prioritaria el conflicto que puede suscitarse. La ley opera supletoriamente, vale decir, en el silencio de los interesados.

Una serie de normas se refieren a esta cuestión. Varias disposiciones, ubicadas a propósito de la accesión, solucionan este tipo de problemas. Así, los artículos que regulan el aluvión, la avulsión, la mutación del álveo, la formación de isla, la adjunción, la especificación, la mezcla, la edificación, la plantación y la siembra, son normas llamadas a resolver conflictos que derivan de cambios sustanciales en la cosa misma y en su valor. Lo propio ocurre en materia de regímenes patrimoniales (artículos 1734 y 1746 del Código Civil antes examinados), en el contrato de compraventa (artículos 1847 y 1889 del mismo Código también examinados), en la reglamentación de las llamadas “prestaciones mutuas (Párrafo 4° del Título XII del Libro II del Código Civil), etcétera.

Si tenemos en consideración que el derecho no tiene lagunas y que ellas están referidas exclusivamente a los vacíos de la ley, arbitrando el sistema normativo la forma de integrarlos por medio de los elementos antes analizados, llegaremos a la necesaria conclusión de que sólo es posible solucionar los casos no contemplados expresamente en la ley, por medio de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural. Por ende, puede sostenerse que es función del derecho la solución de aquellos problemas que surgen de la valorización o desvalorización de las cosas que forman parte de una relación jurídica intersubjetiva, cuando ello no ha sido regulado por las partes que intervienen en la misma. Nótese que atribuimos al “derecho” esta función y no a la ley, ya que la ausencia de un mandato normativo expreso se suple con la integración de la respectiva laguna legal. Lo que no puede suceder es el hecho de que esta alteración tan significativa (revalorización del objeto durante el período de validez provisional), no tenga solución en el derecho, o quede al margen de toda regulación... Y es esto lo que viene ocurriendo hasta el momento, desatando la codicia de quienes vislumbran la posibilidad de apoderarse de estos beneficios.

Lo que aseveramos tiene, a nuestro juicio, una importancia determinante. Si aceptamos que es el "derecho" quien debe suplir la voluntad de las partes, debe entenderse, también, que ello ocurrirá mediante la aplicación de la ley –cuando ella existe– o a través de la integración de la respectiva laguna legal en la forma que queda planteada en las páginas precedentes. Por lo tanto, la cuestión que se suscita a propósito de la revalorización "enorme" de las cosas comprendidas en la relación jurídica que se extinguió con posterioridad al período de "validez provisional", no escapa, como ha sucedido hasta hoy, a aquellas materias que son calificadas y resueltas por el derecho.

No somos partidarios de una reforma legislativa que zanje de raíz la cuestión planteada. Generalmente estas reformas, en lugar de solucionar los problemas, los agravan y confunden. Existen suficientes elementos para que sean los jueces los llamados a encarar el "abuso circunstancial" a través de un esfuerzo interpretativo. No puede, tampoco, ignorarse que nunca un caso es idéntico a otro, razón por la cual la tarea creativa de los jueces termina siendo el remedio más eficaz para evitar este tipo de excesos. Lamentablemente, ni los abogados ni los jueces han sido capaces de abordar este problema, esforzándose por remediar estos hechos, sin perjuicio de lo cual auguramos que ello ocurrirá a corto plazo.

Por último, constituye una paradoja que el "abuso del derecho", concepción errada y contradictoria –a nuestro juicio–, haya tenido tanto éxito en la dogmática jurídica, y no se ponga especial acento en el "abuso circunstancial" o "abuso de hecho", el cual, como creemos haberlo demostrado, sí revela un aprovechamiento intolerable que carece de toda justificación y racionalidad.

X. A manera de conclusión

A riesgo de incurrir en omisiones o reduccionismos, nos atrevemos a plantear las siguientes conclusiones:

1. Todo acto o contrato se inserta **“provisionalmente”** en el sistema jurídico.¹⁴ Esta inserción se hace definitiva como consecuencia de la preclusión, la prescripción, la caducidad o la cosa juzgada. Mientras ninguna de estas instituciones haya operado, el destino del acto es incierto y puede ser expulsado del ordenamiento por alguno de los medios de ineficacia contemplados en la ley (sanción jurídica).

2. Todos los efectos del acto o contrato producidos durante el período de **“validez provisional”** son legítimos, porque el acto o contrato goza de **“validez presuntiva”** (es válido mientras no sea declarado ineficaz u opere una causal de extinción por el solo ministerio de la ley). Por lo mismo, lo que las partes hagan durante este lapso está amparado por el derecho, sin perjuicio de lo que ocurra posteriormente como consecuencia de su expulsión del sistema jurídico.

3. La ineficacia del acto o contrato (siempre posterior a su perfeccionamiento) importa, en general, la **“deslegitimación”** retroactiva de sus efectos. La impugnación de la **“relación jurídica”** y su extinción implican la alteración de la **“situación jurídica intersubjetiva”** a la cual aquélla se integra y que, por cierto, afecta preponderantemente a los bienes y las cosas que son objeto de los derechos y obligaciones que emanan de dicha relación.

4. La ley dispone que, extinguida la relación, las partes tienen derecho a **“ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato”**. De esta forma se da a la extinción efecto retroactivo y se **“deslegitima”** lo acaecido durante el período de **“validez provisional”**.

5. Restituir a las partes al **“mismo estado”** anterior al acto o contrato significa reconstruir el **“equilibrio de intereses”** que existía en ese momento, dejando sin efecto la articulación de los mismos, pero sin permitir que opere un enriquecimiento o un empobrecimiento que derive del acto o contrato extinguido, más allá del equilibrio original.

¹⁴ Recordemos que de acuerdo a nuestra **“teoría bimembre de la nulidad”** existen actos que no se insertan provisionalmente en el sistema jurídico. Ello ocurre tratándose de las llamadas nulidades originarias (radicales y expresas). Estimamos que si existe una norma que, en términos formales y explícitos, declara ineficaz un acto jurídico (sea porque lo declara inexistente o nulo), no puede sostenerse que el acto jurídico excluido pueda llegar a formar parte del sistema y que sean temporalmente legítimos sus efectos. La teoría clásica de la nulidad acusa, en este aspecto, una insuficiencia grave y contradice principios fundamentales de derecho.

6. Existen, sin embargo, casos en que los efectos son **irreversibles**, esto es, no pueden retrotraerse en el tiempo y perduran irremediablemente. Estos efectos hacen variar en términos "**enormes**" el valor del objeto de los derechos y obligaciones generados por la "**relación jurídica**", al alcanzarse y proyectarse sobre la "**situación jurídica intersubjetiva**", lo cual perdura a pesar de la extinción de la "relación".

7. La llamadas "**prestaciones mutuas**", que regulan el tratamiento que debe darse a las pérdidas, frutos, expensas y mejoras del objeto de la relación extinguida, no resuelven ni tratan el problema derivado de la revalorización enorme que experimenta dicho objeto en el período de "**validez provisional**". Por lo tanto, se trata de una materia que excede el ámbito en que fue concebida esta reglamentación.

8. A la luz de lo prevenido en el artículo 1687 del Código Civil, fuerza reconocer que la situación descrita, proveniente de efectos irreversibles que **sobrevalorizan** el objeto de la relación y que no están comprendidos en la referida disposición, acusa la existencia de una "**laguna legal**" que el intérprete debe integrar siguiendo las pautas que el mismo ordenamiento jurídico le proporciona.

9. El intérprete, forzado a resolver en virtud del "**principio de inexcusabilidad**", deberá recurrir, en esta hipótesis, sucesivamente, a la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural, como elementos llamados a completar la normativa legal desprovista de solución para el caso que se plantea.

10. Todos los elementos antes mencionados conducen a la misma solución. El objeto de las obligaciones y derechos generados por la relación jurídica **pierde su identidad**, como consecuencia de una revalorización "enorme", y debe ser sustituido por una **reparación indemnizatoria** que restablezca el "equilibrio de intereses" que existía al momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato declarado ineficaz conforme las normas generales.

11. Llámase "**abuso circunstancial**" al aprovechamiento que hace una de las partes al reclamar el objeto de la "**relación jurídica**" extinguida, sin atender a la revalorización "enorme" experimentada por el mismo objeto y que deriva de efectos irreversibles causados durante la vigencia del período de "validez provisional".

12. El "abuso circunstancial" sólo se produce por la declaración de la **nulidad** del acto o contrato o por **resolución** del mismo, reclamada por quien procura apoderarse de los efectos irreversibles cuando éstos han revalorizado el objeto en términos "enormes".

13. La intención del agente sólo tiene importancia cuando **conscientemente** crea las condiciones para llevar adelante el apoderamiento indebido del objeto "revalorizado", no así en los demás casos en que el "abuso circunstancial" se aprecia objetivamente.

14. La ineficacia del acto o contrato es una **sanción jurídica** (que consiste en la privación de sus efectos civiles), como tal implica la imposición de una "**conducta de reemplazo**" llamada a restablecer el equilibrio original de intereses que existe al momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato. Esta conducta de reemplazo sólo puede consistir en una indemnización de perjuicios representativa del valor del objeto al momento de perfeccionarse el acto jurídico invalidado.

15. La razón última de la ineficacia radica en la **necesidad** de eliminar los efectos del acto o contrato y restaurar, como consecuencia de ello, el "**equilibrio original de intereses**". De aceptarse que el objeto sobrevalorizado sea recuperado en especie por quien insta a la declaración de ineficacia, no se eliminan los efectos del acto extinguido ni se restaura el "equilibrio original de intereses".

Hasta aquí las principales conclusiones que contiene este trabajo.

La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos

Raúl Tavolari Oliveros

Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

El Derecho es un producto o expresión de la cultura humana y, como tal, se sujeta a parámetros o normas de mayor o menor rigidez. Entre las primeras, vale decir, entre las que no admiten licencias o desatenciones, so riesgo de que la actividad devengue en un algo diverso, están las de la lógica, las de la lógica formal, de aquella que menores esfuerzos demanda para su comprensión; de ésta que, entre sus postulados, dispone que “toda cosa es idéntica a si misma” (principio de identidad) o que “es imposible que una cosa sea y no sea, simultáneamente” (principio de no contradicción)

Manifestación de acatamiento de principios como los señalados, constituye la regla básica que rige los procesos jurisdiccionales y conforme a la cual, a los tribunales no es posible proponerles peticiones incompatibles entre sí, esto es, no se puede instar a los jueces a que –simultáneamente– declaren que algo es y que, al mismo tiempo, no lo es. Con todo, la complejidad de las relaciones humanas, las inconmensurables alternativas a las que conducen las relaciones jurídico-comerciales y, finalmente, la conciencia de la incapacidad de la mente humana para abarcar y aprehender todas las situaciones concebibles, llevaron de antiguo al legislador a atemperar el rigor de los principios, admitiendo la posibilidad de la formulación de situaciones que no pueden coexistir simultáneamente.

La cuestión se retrata con claridad en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo a cuyas disposiciones si bien puede entablarse en juicio más de una acción, ellas no podrán ser incompatibles (inc. 1º) a menos que se propongan para ser resueltas la una como subsidiaria de la otra (inc. 2º).

La cualidad de incompatible de las acciones –lo que representa afirmar que se trata de acciones que carecen de la aptitud para unirse entre sí o, simplemente, que las decisiones que sobre ellas recaigan no pueden cumplirse simultáneamente– impone, en consecuencia, que sólo se admitan a condición de su interposición subsidiaria.¹

El principio está acogido en numerosas instituciones del Código, todas las cuales exhiben la repulsa a esta convivencia lógicamente improcedente. Así, en tanto el numeral 6° del artículo 170 del código nombrado, impone a los jueces que al decidir la cuestión controvertida, deben comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, la misma disposición se adelanta a proclamar que, sin embargo “...podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas”.

Regulando la situación de las excepciones dilatorias, el artículo 306 del señalado cuerpo legal afirma que todas las excepciones propuestas se fallarán a la vez, pero se cuida de establecer que “...si entre ellas figura la de incompetencia y el tribunal la acepta... se abstendrá de pronunciarse sobre las demás...”.

Las declaraciones que se hacen fuego entre sí son absolutamente rechazadas por el sistema y, entonces, cuando las divergencias aparecen entre los fundamentos o consideraciones del fallo, el resultado, según una interpretación jurisprudencial pacífica y reiterada, es que las tales consideraciones “por su antagonismo se anulan entre sí y dejan al fallo recurrido sin los necesarios fundamentos de hecho y de derecho...”.²

Una situación idéntica se aprecia en materia de las decisiones de los fallos, con la salvedad de que el artículo 768 N° 7 ha elevado el vicio a causal autónoma de casación en la forma, sosteniendo que es motivo de anulación el que la sentencia contenga “decisiones contradictorias”, definidas como aquellas “que no es posible cumplir a causa de que el cumplimiento de una se opone a la resolución librada en la otra [por] contradictorias... son aquellas proposiciones de las que una afirma lo que niega la otra, pero no pueden ser, al mismo tiempo, ambas verdaderas o ambas falsas...”³ lo que no es sino aplicar cuanto afirmamos, a los inicios, en relación a la indesmentible sujeción a los principios de la lógica que caracteriza a las peticiones y a las decisiones judiciales.

¹ Conforme al Diccionario de la RAE, acción subsidiaria es la que “suple a otra principal”, pero en el lenguaje forense entendemos que es la que se deduce para el evento de que la anterior sea denegada.

² Corte Suprema: 15.05.2007 rol 62612-05.

³ Corte Apelaciones de Stgo. 2.08.1991. Revista 1993.

A lo anterior corresponde agregar que en todo ámbito procesal, pero en particular en el del proceso penal, estos aspectos formales resultan extremadamente relevantes: quiero adelantarme así, al reproche de excesivo formalismo que se me pudiera formular. Es que si se tiene en cuenta, como ya lo adelantara Calamandrei,⁴ que las formas, en lugar de ser un obstáculo para la justicia, son en realidad una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales, no podrá sino convenirse en que la exigencia de rigor en al tarea hermenéutica es insoslayable.

La incompatibilidad en las causales del recurso de nulidad

(El recurso [de nulidad] podrá fundarse en varias causales, caso en el cual se indicará si se invocan conjunta o subsidiariamente (art. 378 C.P.P.).

Llegado el momento de redactar –preciso es reconocerlo, apresuradamente– las disposiciones sobre el recurso de nulidad, ante el rechazo que había efectuado la comisión respectiva del Senado de la República al texto aprobado por la Cámara de Diputados y que contemplaba un recurso extraordinario y un recurso de casación, prevaleció el afán de evitar los excesos jurisprudenciales que se habían advertido entre nosotros, a lo largo de los más de cien años de vigencia de la casación, en razón de lo cual se incluyó la posibilidad de que las causales del recurso de nulidad –sucedáneo suyo, esto es, de la casación– se pudieran hacer valer conjunta o subsidiariamente.

Como todo operador jurídico entiende, bastó esta referencia para que los litigantes quedaran advertidos de que en esta nueva legislación se abría la posibilidad para la proposición de causales incompatibles, lo que vino a representar un enorme avance en el ámbito recursivo casacional (aunque en materia penal se le denomine, simplemente, nulidad).

Significó, de este modo, que la sola referencia a la procedencia de causales propuestas subsidiariamente representa no otra cosa que la admisibilidad de causales incompatibles.

Establecido lo anterior, corresponde analizar las causales que se determinan como idóneas para que un recurso de nulidad prospere y, al efecto, otorgándonos ciertas licencias de lenguaje, podemos distinguir:

⁴ Cfr: Piero Calamandrei *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol I. Ejea, Bs Aires, 1962, pág. 322.

- a) Una primera categoría, representada por infracciones a normas de la mayor jerarquía (tratados internacionales y la Constitución Política) (art 373 letra a).
- b) Una segunda, que se corresponde con la antigua casación en el fondo (error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo; art 373 letra b), y
- c) Una última, que se identifica con la denominada casación en la forma: causales previstas en el artículo 374 (repárese en la similitud de los textos de los numerales 6 en adelante del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 374 del Código Procesal Penal).

Traigo en apoyo, otra vez, al clásico: en las primeras décadas del siglo pasado Calamandrei⁵ escribía *"...puesto que todas las actividades humanas están por su naturaleza sujetas a error, puede ocurrir que la conducta de los sujetos procesales no se desarrolle en el proceso de un modo conforme a las reglas del derecho objetivo y que por tanto, uno o más de los actos coordinados en la forma antes indicada sean ejecutados de un modo diverso de aquel querido por la ley... o sean, contra la voluntad de la ley, olvidados. Se produce entonces una inejecución de la ley procesal... (que) constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un vicio de actividad y que la doctrina del derecho común llamaba un "error in procedendo"*.

Agregaba más tarde: *"...puede ocurrir que la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia no coincida con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta)... porque el juez haya incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso... los autores modernos hablan de "vicio de juicio", que la doctrina más antigua llamaba un "error in iudicando"*.

Pues bien, la regla general es que las causales de nulidad consagradas en el artículo 374 constituyen expresiones de los denominados "errores de actividad" o "errores in procedendo", como, en general, también acontece con la causal consagrada en el artículo 373 letra a), al paso que la contemplada en el artículo 373 letra b) constituirá siempre un error de juicio y dará margen a una sentencia injusta: todavía en el terreno de las licencias idiomáticas, en el que incursiono a efectos de la mayor claridad de la exposición, pareciera advertirse que, al final, una de las variantes del recurso de nulidad –la que reconoce

⁵ Cfr: Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, traducción S. Sentís M. Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires, 1945, págs. 184-185.

como causal la prevista en el artículo 373 letra b)–, aunque el resultado que se alcance si él prospera es, efectivamente, una nulidad, representa, empero, un verdadero recurso de mérito, casi semejante a una apelación, cuyo fundamento sea sólo jurídico y, en cambio, la otra variante –la que se funda en los motivos del artículo 374– importa, plenamente, un recurso de nulidad.

Es que si el fallo no está firmado por los jueces; si, como ejemplifica Calamandrei,⁶ se observan “...omisiones en el tenor de la sentencia de indicaciones consideradas como esenciales por el derecho procesal...”, si al defensor no se le permitió hablar en el juicio; si uno o varios jueces estuvieron ausentes durante el juicio; si el fallo lo firman quienes no asistieron a él; si la sentencia no tiene los fundamentos en los que se basa la decisión, en rigor no hay tal sentencia y/o sólo una parodia de juicio y la nulidad de uno y otro constituirán la consecuencia necesaria de la denuncia recursiva.

En estos casos, ocuparse de si la sentencia aplicó adecuada o equivocadamente las disposiciones con arreglo a las cuales correspondía decidir la cuestión, carece de todo sentido: **el debate sobre validez de la sentencia antecede al encaminado a dilucidar su justicia.**

En palabras diversas, sólo establecido que el fallo es válido, estaremos en condiciones de analizar la adecuada o inadecuada aplicación de los preceptos legales decisorios: es que si la acusación versa sobre los mismos hechos y comprende a las mismas personas que ya fueron objeto de juzgamiento concluido por sentencia ejecutoriada, hipótesis de procedencia incuestionada de la cosa juzgada, ¿alguien perdería tiempo determinando si el nuevo fallo se ajusta, o no, a la ley?

Así las cosas, no podría el tribunal llamado a resolver un recurso de nulidad –claramente un recurso de derecho estricto–⁷ declarar que la sentencia ha incurrido en un motivo de anulación previsto en el artículo 374, pero que, sin embargo, su decisión no constituye un error de derecho que tenga sustancial influencia en la parte dispositiva, porque, ora se trata de un juzgamiento formalmente válido – al que, porque no se pueden reprochar errores de actividad, en palabras de Calamandrei, se le pueden, en cambio, imputar errores de juicio–, ora se trata de uno anulable, evento en el cual, sería contradictorio atribuirle dichos errores de juzgamiento o justicia de la decisión.

⁶ Ob. cit., pág. 187.

⁷ “...El recurso de nulidad es un recurso extraordinario y de derecho estricto...”, Corte de Apelaciones de Santiago. 31.03.2006, rol N° 424/2006.

La conclusión que, en consecuencia, es posible extraer del análisis que precede es, simplemente, que la causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal⁸ sólo puede invocarse en subsidio de los motivos de nulidad previstos en el artículo 374, desde que se trata de peticiones incompatibles que suponen, en el primer caso, anulación de un juzgamiento válidamente emitido, en el cual, empero se cometieron errores de juicio y, en el segundo, por el contrario, anulación de un juzgamiento inválido, por constituir el resultado de errores de actividad o *in procedendo*.

Como no se puede atribuir a una cosa o a una sentencia –sin vulnerar el principio lógico de no-contradicción– que ella presenta una característica –anulabilidad por error *in procedendo*– y, simultáneamente, que no la presenta, sólo resta concluir que, como anticipé, la petición de nulidad por una causal del artículo 374 es incompatible con la petición de nulidad por la causal del artículo 373 letra b) y, como tal, sólo puede hacerse valer la una en subsidio de la otra, conforme lo autoriza, pero en esencia lo impone, el artículo 378.

El criterio no se agota en la contrastación de las causales del artículo 374 con la del 373 b): por el contrario, él ha de servir también para la proposición de recursos exclusivamente fundados en los motivos del citado artículo 374. De este modo si, por ejemplo, se estima que la sentencia la ha pronunciado un tribunal incompetente, pero que, además, ella carece de los requisitos del artículo 342 letras c), d) y e) –exposición de hechos, valoración de la prueba, razones legales y doctrinarias en que se funda el fallo; la resolución que condena o absuelve, etc.–, la manera de plantear la impugnación, exigirá la formulación de causales subsidiarias, lo que, en el caso concreto, importará que ha de promoverse como **causal principal** la incompetencia del tribunal y, en **subsidio**, la de carecer el fallo de las exigencias antes mencionadas.

Ha de quedar en claro, sin embargo, que la determinación del orden en que se hacen valer los motivos de impugnación no puede ser arbitraria, caprichosa ni azarosa. En otras palabras, no se trata de una determinación que cada recurrente adopte de forma irreflexiva, sino, por el contrario, la elección del orden en que se invocarán las causales de anulación constituye un elemento decisivo en la interposición del recurso, impuesto por el rigor intelectual que debe presidir el ejercicio del Derecho, que ha de ser controlado por el tribunal –aun cuando hasta la fecha, en general, se observe una marcada indiferencia en los tribunales– y que, por tanto, constituirá razón de preferente atención para el recurrente.

⁸ Cabría agregar que, normalmente, acontecerá lo propio si la invocada es la causal del art. 373 letra a).

¿Cuál es la regla general para la identificación de las causales principales y subsidiarias? Pues no hay otra que la criteriosa aplicación de los principios de la lógica ya tantas veces citados: es que el modo de actuar se asemeja enormemente al del operador que resuelve una operación de álgebra, no por nada, terreno privativo de este conjunto de normas que conducen los procesos razonadores y que es la lógica: para llegar al resultado final es preciso despejar incógnitas previas. Mutatis mutandis, diremos que para saber si la sentencia es justa, hay que determinar si ella es válida y en este caminar los pasos apuntan, primero, a los aspectos externos del órgano jurisdiccional, luego a los sujetos intervinientes, más tarde a formalidades exteriores y sólo por último al fallo mismo.

La influencia en lo dispositivo del fallo

Defectos esenciales y no esenciales.

Si los errores de derecho en que pudo haber incurrido el tribunal no han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, el recurso que, basado en el artículo 373 letra b), se hubiere deducido no podrá prosperar, conclusión esta que arranca del mismo artículo citado, aunque lo propio corresponde predicarlo, idénticamente, de los recursos fundados en los motivos previstos en el artículo 374. En efecto, el antecedente del recurso de nulidad, en el Proyecto presentado por el Ejecutivo y aprobado por la Cámara, era un texto que establecía un único recurso de casación, en cuyo artículo 431 aparecía un inciso penúltimo que disponía que *"...al fundar el recurso, el recurrente debía expresar el acto de procedimiento o la parte de la sentencia que impugnar, la o las normas jurídicas que se pretendan infringidas, su naturaleza **material o procesal**,⁹ la influencia de la infracción en lo dispositivo de la sentencia y la aplicación que de las mismas normas jurídicas se pretende..."*.

Queda así de manifiesto que el legislador del Proyecto entendió que, fuere la norma infringida de naturaleza **material o procesal**, para que el recurso pudiese prosperar, resultaba indispensable que la infracción hubiere tenido influencia en lo dispositivo de la sentencia, cuestión que, en cuanto atañe al ámbito de los vicios de actividad, como no incluir en el fallo todas las menciones exigidas por la ley, como el análisis de todos los documentos acompañados, etc., no es más que aplicación actual del viejo brocardo conforme al cual *"pás de nullité sans grief..."* (no hay nulidad sin perjuicio).

⁹ La única casación del texto comprendía la casación en el fondo y la casación en la forma, de allí la referencia a la naturaleza material o procesal de la norma que se denunciaba infringida.

Esta misma filosofía conserva el texto vigente, aun cuando la oscurezca el epígrafe de la norma que la presenta. En efecto, el artículo 375 que, perdónese la obviedad, sigue al 374, que ha consagrado los motivos absolutos de nulidad, declara que *"...no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva..."*.¹⁰

¿Defectos no esenciales?

En consecuencia, se trata de errores que, precisamente por NO influir en dicha parte dispositiva, pasan a tener la condición de no esenciales, que es el título de la norma y que no alude, como algunos han creído, a errores ortográficos o de referencias o semejantes, sino, como adelanté, a las equivocaciones u omisiones que, aunque presentes, no importan que lo decisorio del fallo sea o pueda ser diferente.

La lectura e interpretación del artículo 375 permite concluir que no es correcto afirmar que porque determinados errores son de poca monta, pueden ser calificados de no esenciales y que, por este motivo, no influyen en lo dispositivo del fallo, sino, precisamente a la inversa, esto es, corresponde enfatizar que **porque los errores NO influyen en lo dispositivo de la sentencia**, se les puede y debe calificar de no esenciales.

Así, por lo demás, lo ha resuelto también la Excma. Corte Suprema, afirmando que *"... por último, ...conviene recordar que, con arreglo al artículo 375 del Código Procesal Penal, "no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva", estos es, que no fueren esenciales. Pues bien, supuesto que la aceptación por el Tribunal del Juicio Oral de las declaraciones de los policías referentes a la confesión del imputado fuere un error –que, como hemos visto, no lo es–, éste no sería esencial pues, en efecto, para arribar a la sentencia condenatoria dichos testimonios fueron sólo una de entre varias otras pruebas incriminatorias; en consecuencia tal error, si hubiese existido, no habría tampoco causado la nulidad del mismo..."*.¹¹

¹⁰ La indicación –obvia– de que el 374 es anterior al 375 apunta a destacar QUE LA ÚLTIMA DISPOSICION COMPRENDE, PRECISAMENTE, los casos previstos en la primera norma... incluyendo las causales atinentes a la publicidad, a la ponderación de la prueba, etc. El ejemplo que grafica la situación se produce con la causal de la letra c) del artículo 374. Imaginemos que al defensor no se le permite hablar en el juicio oral, pero la sentencia es absolutoria para el imputado, ¿alguien osaría declarar nulo el juicio y la sentencia si –a luces– el vicio, brutal, no tuvo, sin embargo, influencia en lo dispositivo del fallo...? Si la prueba no ponderada no tiene la aptitud de llevar a cambiar lo resuelto, ¿pensaría alguien en anular la sentencia?

¹¹ Cfr: C. Suprema, 27 abril de 2004, rol N° 922-04.

La propia Corte Suprema¹² ha definido, de modo contundente la situación, estableciendo que:

"...Que, asimismo, esta Corte ha señalado que el referido arbitrio de impugnación debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre las cuales se encuentra el llamado "principio de trascendencia", que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual se ha sostenido que la trasgresión que funde un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de tal entidad que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de eficacia. En otras palabras, se requiere que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrase, limite o elimine el derecho preterido..."

Un ilustrativo fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena¹³ incursiona, aplicando estos principios, en una materia que recién comienza a decantarse: se trata del modo en que ha de leerse la norma que alude a la ponderación de toda la prueba rendida en el juicio. Hemos sostenido antes que el incumplimiento de dicha exigencia no genera, per se, nulidad, sino sólo en cuanto la omisión llegare a tener influencia en lo dispositivo de la sentencia. Coincidiendo, la Corte ha sostenido que:

*"...Que... y aun cuando es efectivo lo sostenido por la defensa del acusado Acuña Castro, en orden a que el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle **no analizó la prueba testimonial rendida por su parte**, y consistente específicamente en las declaraciones de doña Teresa Vergara Reyes, doña Rossana Castillo Escobar y doña Lucy Jopia Canebaro, tal omisión no es de tal entidad que autorice, en concepto de esta Corte, a declarar la nulidad de la sentencia y del juicio oral mismo, ya que conforme al registro de audio que forma parte de los antecedentes, tales testimonios han guardado relación únicamente con circunstancias accidentales o secundarias, conocimiento general del acusado, lugar de residencia y relaciones de pareja ajenas por completo al hecho punible y a la participación culpable propiamente tal, suficientemente acreditados ambos por los medios de prueba referidos en la sentencia, por lo que no puede estimarse que tal omisión haya influido en lo dispositivo del fallo. En suma, tratándose de un defecto que es reputado no esencial, deberá estarse a lo previsto en la primera parte del artículo 375 del Código Procesal Penal, que recoge positivamente el principio básico en materia de nulidades, que enseña que allí donde no hay perjuicio, no puede haber nulidad..."*

¹² Cfr. Corte Suprema, 10.05.2006, rol N° 897-2006.

¹³ Cfr. Corte Suprema, 10.05.2006, rol N° 897-2006.

De este modo, se torna imperioso que el recurrente de nulidad, que esgrime un motivo de los previstos en el artículo 374, no olvide que en el sistema adversarial que nos rige y que es particularmente intenso en materia de impugnaciones, le compete a él señalar, específicamente, en qué consiste la influencia en lo dispositivo del fallo que atribuye al error u omisión denunciado, so riesgo de que el tribunal rechace el recurso, porque –en cuanto órgano decisorio– no le corresponde a él efectuar los análisis de perjuicios que son propios del interviniente.

Por último, en este aspecto, conviene volver al tema de los orígenes: la norma nuestra encuentra explicación en el artículo 343 del Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, que entiende por motivos absolutos de nulidad, aquellos para invocar los cuales no es necesario preparar el recurso¹⁴ y no el artículo 338 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que, a pesar de adelantar que describirá los casos en los que la sentencia debe ser considerada siempre como fundada en una lesión o infracción de ley, contempla –contradictoriamente– un numeral 8º, con arreglo al cual, *...cuando la defensa ha sido restringida ilegalmente en un punto esencial para la decisión, por auto del Tribunal...*, esto es, un norma que, también como el Código Modelo y nuestro Código Procesal, exige influencia en lo decisorio, para que el recurso pueda acogerse.

Al final de la jornada pueden apuntarse como conclusiones relevantes las siguientes:

- a) La referencia contenida en el artículo 378 del Código Procesal Penal a causales subsidiarias importa una manifiesta alusión a la posibilidad que se reconoce a los litigantes de hacer valer motivos incompatibles de anulación;
- b) El principio lógico, conforme al cual una cosa **no puede ser y no ser simultáneamente**, impide que a los tribunales se formulen peticiones incompatibles en forma conjunta, porque de ocurrir de este modo, la sentencia podría verse en la disyuntiva de tener que declarar que lo pedido se acoge o no se acoge al mismo tiempo o que los fundamentos de la impugnación concurren y no concurren, a la vez;

¹⁴ El artículo 343 del Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica dispone: “Motivos absolutos de casación formal: No será necesaria la protesta previa, cuando se invoque la inobservancia o errónea aplicación de las disposiciones concernientes...”.

Por su parte, el artículo 338 de la Ordenanza Procesal Penal alemana afirma: “Una sentencia debe ser considerada siempre como fundada en una lesión de ley...” (he seguido, en este texto, la traducción de Maier en *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Depalma, Bs. Aires, 1982, pág. 289).

- c) Fundar un recurso de nulidad en una causal prevista en el artículo 374 –vicios de actividad– conjuntamente con la prevista en el artículo 373 letra b) –vicios de juicio– supone sostener, simultáneamente, que la sentencia es nula porque le faltan exigencias en las que descansa su validez, pero que, al mismo tiempo –como si fuera plenamente válida– merece que se analice su contenido de juicio, que presenta errores que la convierten en una sentencia injusta;
- d) La propia enumeración de motivos del artículo 374 comprende cuestiones que son incompatibles entre sí, por lo que el hecho de fundar un recurso en esta disposición no excluye el deber de atender a si las cuestiones que se proponen como causales de impugnación son, o no, incompatibles entre sí;
- e) Sólo las sentencias formalmente válidas admiten el examen y reproche de injusticia o, en palabras del Código, la censura por la causal prevista en la letra b) del artículo 373;
- f) El recurso de nulidad que atribuye a un fallo haber incurrido en uno o varios de los motivos de nulidad del artículo 374 y el señalado en el artículo 373 letra b) **debe expresar, necesariamente, que éste se hace valer en subsidio de aquéllos;**
- g) Si el recurso se funda en varios de los motivos contemplados en el artículo 374, éstos se invocarán de modo de no promover cuestiones que resulten incompatibles entre sí y, si fuera necesario invocar causales que no puedan convivir intelectualmente, se habrán de proponer en forma subsidiaria, en un orden que importe que de acogerse la segunda causal no se contradiga lo resuelto al rechazarse la primera;
- h) Cualesquiera sea el motivo de nulidad que se invoque –formal o sustancial– si él no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, no será suficiente para que el recurso se acoja. Así resulta del texto vigente, de la historia de la ley y de una adecuada interpretación de los principios generales que sustentan la teoría de la nulidad procesal.

El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado

Carlos Hecker Padilla

Abogado-Magister en Derecho Comercial

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE

La mayor parte de las instituciones jurídicas tuvieron necesidad de un gran proceso evolutivo para adquirir su forma actual. El estado de necesidad no escapa a esta realidad, puesto que hizo falta mucho tiempo para que este principio, tratado casi exclusivamente de forma casuística, pudiese transformarse en un principio general del Derecho consagrado en prácticamente todas las legislaciones.

La noción de estado de necesidad puede así encontrarse ya en el siglo VII antes de Cristo en Grecia, donde servía como justificación para el deudor insolvente; más tarde en Roma, el *Digesto* permitía destruir la casa de otro para salvar la propia en caso de incendio.¹ Posteriormente, será el Derecho Canónico quien lo reconocería, argumentando que en tiempos de miseria se hace lícito tomar, incluso contra la voluntad del propietario, algunos alimentos o trozos de madera para no morir de hambre o de frío. De ahí la célebre frase: "La necesidad hace ley".² En Derecho medieval y moderno, si bien la noción de necesidad permaneció en un estado similar, no obstante haber sido también extendida a casos de expropiación o servidumbre, sus fundamentos jurídicos y filosóficos sí evolucionaron de una forma importante.

1. Los fundamentos jurídicos

El primer fundamento jurídico para la aplicación del estado de necesidad en caso de robo, era la ausencia de intención de dañar por parte del autor, es decir, la

¹ P.-J. HESSE, "Un droit fondamental vieux de 3000 ans: L'état de nécessité. Jalons pour une histoire de la notion", Rev. Droits Fondamentaux, N° 2, janvier-décembre 2002, p. 127. www.droits-fondamentaux.org. Ver en el mismo sentido, J.-F. GERKENS, "Etat de nécessité et damnum incendii arcendi causa datum", Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA) N° 44, 1997, pp. 121-154.

² P. KOLB & L. LETURMY, *Droit Pénal général*, GUALINO, 2005, p. 294.

ausencia de dolo o de ánimo de lucro. Este razonamiento es difícil de sostener, pues la persona que actúa en estado de necesidad sabe que causará un perjuicio a otro; pero lo acepta en la medida que, según su percepción, el interés protegido tiene un valor superior. El otro fundamento invocado era la teoría del error –de inspiración canónica, para neutralizar una eventual responsabilidad penal–, según la cual el pobre de buena fe podría creer que el rico consentiría en darle la cosa, pues el Evangelio obliga a éste “a compartir con el pobre; [el pobre entonces no hace otra cosa] que anticipar el gesto del rico”.³

2. Los fundamentos filosóficos

Los fundamentos filosóficos para aceptar la noción de estado de necesidad tuvieron también su origen en el medioevo. El primer fundamento es que *el derecho cede ante el instinto irresistible de preservación*, por cuanto la supervivencia del individuo es un derecho superior. Otro fundamento es que *en caso de desamparo la sociedad vuelve a un comunismo originario en relación al Derecho de los Bienes*; de esta forma, tomar un bien que no nos pertenece estaría justificado por la necesidad, en virtud de la suspensión temporal del derecho de propiedad. Finalmente, el último fundamento filosófico es que *en los períodos de excepción se está en presencia de una suspensión temporal del derecho*⁴ y las reglas jurídicas dejan de aplicarse, vale decir, *quod non est licitum in lege necessitas licitum facit* (la necesidad hace lícito lo que la ley declara ilícito). Así, el campo de aplicación predilecto del estado de necesidad durante la Edad Media fue “el robo cometido como consecuencia del hambre y del frío, hipótesis que podían tornarse realidad en caso de hambruna, asedio o naufragio”.⁵

El carácter general de los fundamentos jurídicos y filosóficos de la noción de estado de necesidad explica sin lugar a dudas por qué ella se encuentra presente en prácticamente todas las legislaciones, en derecho interno y al interior de éste tanto en Derecho Penal como Civil (esfera de las responsabilidades contractual y delictual); pero también en Derecho Internacional Público, y desde hace algunos años en el Derecho de las Inversiones Internacionales.

3. La noción contemporánea de estado de necesidad

El estado de necesidad es hoy en día una noción de actualidad en el Derecho de las Inversiones Internacionales, rama del Derecho Económico Internacional

³ P.-J. HESSE, op. cit., nota 1, p. 130.

⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁵ L. BELY, *Dictionnaire de l'ancien régime*, 1996, édition Presses Universitaires de France, p. 1091.

dedicada a este tipo de operaciones.⁶ La “crisis argentina” que comenzó a finales del siglo pasado impidió que aquel país pudiera cumplir con sus obligaciones internacionales, obligándolo a adoptar medidas que afectaron los intereses de los inversionistas extranjeros, lo que ha tenido como consecuencia que Argentina se deba enfrentar hoy a más de treinta litigios frente a jurisdicciones internacionales.

Uno de los medios empleados sistemáticamente por el Estado argentino para justificar las medidas adoptadas, es el estado de necesidad en el cual se encontraba, por cuanto para salvar al país de un caos total, no existía otro medio que sacrificar los intereses de los inversionistas extranjeros. La disparidad en las resoluciones contenidas en las sentencias dictadas en torno a este asunto ha dado lugar a innumerables problemas e interpretaciones. Sin embargo, el estado de necesidad no es la única eximente de responsabilidad susceptible de ser invocada por una persona o un Estado, con el fin de evitar una sanción; la fuerza mayor, la imprevisión, el *hardship* y la legítima defensa son nociones vecinas con las cuales el estado de necesidad ha sido (y es aun ahora) a veces confundido. El estudio de la o las definiciones de estado de necesidad en los distintos órdenes jurídicos deberá ir acompañado de una comparación con dichas diversas nociones (I). Sólo una vez determinadas las definiciones, se procederá al análisis del o de los regímenes jurídicos que presenta, para verificar su unidad o diversidad (II).

I. DEFINICIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad puede ser definido como *la situación en la que se encuentra una persona que frente a la posibilidad de que ella misma o un tercero sufra un daño más grave, decide realizar una acción contraria al ordenamiento jurídico, lesionando un bien o un derecho cuyo valor es menor; es decir, se trata de una circunstancia que excluye la ilicitud de un acto aparentemente ilícito o que provoca la ilicitud de un acto aparentemente lícito. El estado de necesidad justifica entonces “el derecho de causar un perjuicio a un tercero, por cuanto toda persona puesta en la misma situación habría actuado de igual manera”*.⁷ Puesto que se trata entonces de una circunstancia eximente de responsabilidad de carácter general, nuestro estudio debe consagrarse por una parte a la noción del estado de necesidad en las diversas ramas del Derecho (1) y por otra parte a la noción de estado de necesidad en relación a las nociones vecinas (2).

⁶ Para una definición del Derecho de las Inversiones v. S. MANCIAUX *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, éditions Litec-CREDIMI, 2004, pp. 87-88.

⁷ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2004, § 1973.

Capítulo 1: El estado de necesidad en el Derecho Comparado

Intentar definir el estado de necesidad no es una tarea fácil, por cuanto se trata de una noción que puede ser encontrada en diversas ramas del Derecho y que en cada una de ellas es susceptible de tener un fundamento y en consecuencia, un tratamiento diferente. Es por ello necesario estudiar esta noción desde un punto de vista más general, y de esta forma constatamos que se trata de una especie perteneciente a un género mucho más amplio, el de las “circunstancias eximentes de responsabilidad” o “hechos justificativos”.⁸

En toda sociedad “el Derecho ha sido creado para responder a los problemas que surgen entre las personas; la responsabilidad busca obligar al individuo a respetar ese derecho, imponiéndole la obligación de reparar todo daño que haya causado perjuicios a la víctima (responsabilidad civil) y eventualmente sancionando los casos más graves que afectan el equilibrio de la sociedad (responsabilidad penal)”.⁹ Ahora bien, una excepción a esta regla sobre la responsabilidad es necesaria –el estado de necesidad–, la cual ha sido concebida de manera similar en las distintas legislaciones internas (1). En el Derecho Internacional en cambio, a pesar de tener un fundamento análogo, el alcance de la noción es diferente (2).

Sección 1: Los derechos internos

El estado de necesidad es una noción ampliamente aceptada en la mayoría de las legislaciones internas, pero la forma en que ha sido regulada tiene diferencias sustanciales. La gran diferencia en cuanto a su tratamiento reside en una distinción entre el Derecho Civil (1) y el Derecho Penal (2).

1: El Derecho Civil

En Derecho Civil, el estado de necesidad puede ser analizado desde dos puntos de vista. En materia de responsabilidad contractual, se concibe como un vicio del consentimiento (A) y en cuanto a la responsabilidad delictual o extracontractual, se trata de un mecanismo que permite excluir la ilicitud del hecho (B).

A) El estado de necesidad en la responsabilidad civil contractual

El principio de la libertad contractual fundado en la idea de igualdad entre las partes al momento de la formación del contrato, promovido por el Código

⁸ Esta afirmación sólo enuncia la regla general, pero no debe olvidarse que el estado de necesidad puede también ser considerado un tipo de fuerza en el ámbito contractual de la responsabilidad civil.

⁹ P.-J. HESSE, op. cit., note 1, p. 125.

de Napoleón, es hoy en día muy criticado. Una igualdad absoluta entre las partes es algo posible sólo en teoría, y en consecuencia el Derecho ha intentado reaccionar; en este sentido, “los legisladores nacionales han comenzado a moderar el principio liberal que inspiró el Código de Napoleón según el cual las partes son iguales, concluyen un contrato ejerciendo su propia libertad y, en consecuencia, que el contrato debe mantenerse intacto porque, salvo que concurra algún vicio del consentimiento, es el reflejo de su libre voluntad”.¹⁰

i) Concepción del estado de necesidad en materia contractual en el Derecho extranjero

Inspirado en esta nueva concepción de la libertad contractual, el artículo 21 inciso 1° del Código Suizo de las Obligaciones dispone que “en caso de desproporción evidente entre la prestación comprometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el plazo de un año, declarar la rescisión del contrato y recuperar lo que ha pagado, si la lesión se ha debido al aprovechamiento de su situación, de su ligereza o de su inexperiencia”.¹¹

Asimismo, el artículo 1448 inciso 1° del Código Civil italiano señala que “si hay desproporción entre la prestaciones de las partes, y esta desproporción se debió al estado de necesidad de una de ellas, del cual la otra se ha aprovechado para obtener algún beneficio, la parte perjudicada puede solicitar la rescisión del contrato”.¹²

Podemos también señalar el caso de México, donde diversos códigos de sus estados federados contienen el mismo principio; tal es el caso del artículo 16 inciso 1° del Código Civil de Oaxaca, según el cual “cuando alguno explotando la ignorancia, inexperiencia, miseria o estado de necesidad de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la nulidad del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación”; asimismo, el artículo 21 del Código Civil de Tabasco dispone que “si alguno, explotando o

¹⁰ “Els legisladors han anat obviant el principi lliberal que inspirà el Codi Napoleònic segons el qual les parts són iguals, pacten el contracte en exercici de la seva pròpia llibertat i, per tant, el contracte ha d'ésser mantingut perquè, tret que concorri algun vici del consentiment, és el reflex de la seva lliure voluntat”. E. BOSCH, *La protecció de la part feble del contracte en el dret civil català i en el dret civil europeu*, p. 13 www.gencat.net/justicia/doc/doc_13748839_1.pdf.

¹¹ “En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter”.

¹² “Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto”.

aprovechándose de la ignorancia, necesidad de otro o de su debilidad cultural, social o económica, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tendrá derecho a obtener la declaración de nulidad del contrato o, en su caso, la reducción equitativa de su obligación”.

En la Common Law, en los años 70 nació en Inglaterra la noción de “*duress*”, que corresponde a la situación en que el consentimiento dado es el resultado de una fuerza física o moral, o de la situación económica en la cual se encontraba la víctima. Esta *duress* se sanciona, como es evidente, con la nulidad del acto viciado.¹³ De esta forma, y tal como veremos, la concepción del estado de necesidad del derecho inglés se aproxima mucho más a la del derecho francés que aquellas de los otros países que siguen el modelo jurídico continental, toda vez que en la Common Law el estado de necesidad es concebido como una categoría específica de fuerza –vicio del consentimiento– y no como un tipo de lesión.

ii) Concepción del estado de necesidad en materia contractual en el derecho francés

De los casos recién analizados, podemos concluir que el estado de necesidad, casi siempre, está vinculado a la lesión. En Francia, en cambio, este hecho justificativo se considera como un vicio del consentimiento y, con mayor precisión, como un tipo específico de fuerza. La primera sala civil de la Corte de Casación, en virtud de un fallo de fecha 30 de mayo de 2000, casó una decisión de la Corte de Apelaciones de París, porque esta última, para no dar lugar a una demanda de nulidad, había decidido que una transacción no podía ser atacada invocando la lesión, y que por consiguiente la violencia económica no serviría para provocar la nulidad del acuerdo; sin embargo, el tribunal supremo consideró que “la transacción puede ser atacada en todos los casos en que haya fuerza, y [...] la violencia económica se relaciona con la fuerza y no con la lesión”.¹⁴

Esta posición del derecho francés se justifica, pues la lesión tiene en Francia un carácter extremadamente restrictivo, por cuanto la rescisión del acto lesivo se justifica “sólo en los casos y con las condiciones especificados por la ley si se trata de contratos entre mayores (Art. 1313 CC) [...], o a favor del menor

¹³ F. HINESTROSA, “Estado de necesidad y Estado de Peligro. ¿Vicio de debilidad?”, Revista de Derecho Privado N° 8, 2005, de la Universidad Externado de Colombia, p. 19, en línea en el sitio www.uexternado.edu.co/derecho/derecho_civil/pdf/rector.pdf.

¹⁴ “La transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et [...] la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion” Cass. Civ. 1e, 30 de mayo de 2000, recurso N° 98-15242.

en toda clase de convenciones (Arts. 1304 CC y ss.)".¹⁵ Pero además haber adoptado esta posición es notable desde el punto de vista jurídico, por cuanto aceptar la violencia económica como vicio del consentimiento permite asegurar "una mejor protección de las personas que se encuentran en situación de dependencia económica".¹⁶

El juez pretende de esta forma introducir expresamente el abuso de las situaciones de necesidad como un vicio del consentimiento. Afortunadamente el legislador francés no se ha quedado atrás, intentando mejorar las condiciones para que una excusa pueda invocarse en caso de violencia económica. En este sentido, el inciso 1° del artículo 1114-3 del anteproyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones de septiembre de 2005, dispone que "hay asimismo fuerza cuando una parte se obliga bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la contraparte explota esta situación de inferioridad, obteniendo de la convención un beneficio manifiestamente excesivo".¹⁷ Se trata entonces de una consagración legal "de la idea de explotación abusiva de una situación de inferioridad, provocada por un estado de necesidad o de dependencia".¹⁸

En el Derecho francés, el estado de necesidad no es entonces sino un tipo particular de fuerza (violencia económica), el cual no emana ni de las partes ni de terceros, y que podría ser definido como la presión "ejercida sobre la contraparte, por causa de eventos naturales, circunstancias exteriores, inesperados, pero que tienen como efecto suprimir la libertad contractual de ésta".¹⁹ Según el artículo 1111 del Código Civil, "la fuerza ejercida contra el que ha contraído la obligación, es una causal de nulidad, aun cuando haya sido ejercida por un tercero distinto del beneficiario de la obligación".

La doctrina extrajo de este artículo las condiciones necesarias par que la fuerza pueda causar la nulidad de un contrato, a saber, un *elemento material* –dentro del cual se engloban todas las formas de amenazas–, un *elemento injusto* –es decir, que la fuerza ejercida sea ilegítima–, y un *origen* –sea de la contraparte

¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e édition, 1988, p. 490.

¹⁶ Comentario de fallos de la primera sala civil de la Corte de Casación de 30 de mayo de 2000 y de 03 de abril de 2002, p. 3. Groupe ISP, en línea en el sitio www.prepa-isp.fr.

¹⁷ "Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif", E. BOSCH, art. cit. nota 10, p. 17.

¹⁸ Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, de septiembre de 2005, Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, en línea en el sitio www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avantprojet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf.

¹⁹ A. HUYGENS, *La violence économique*, memoria de magíster, Lille 2, 2001, p. 28, en línea en el sitio www.univ-lille2.fr.

o de un tercero—. De este último elemento y ante el silencio de la ley, una pregunta debe formularse: “¿el contrato puede ser anulado cuando la fuerza no emana de un individuo, sino que es consecuencia de circunstancias o acontecimientos externos?”.²⁰ Aun cuando hay autores que niegan esta posibilidad y exigen que la fuerza sea consecuencia de amenazas que emanen de una persona, una corriente mayoritaria asimila el estado de necesidad a la fuerza “por cuanto la contraparte se ha aprovechado de la otra para obtener beneficios excesivos”.²¹

La Corte de Casación, por su parte, aceptó esta noción ya en 1887 en el célebre caso *Lebret contra Fleischer*, en materia de rescate marítimo, donde decidió que “cuando el consentimiento no es libre, y que no es dado sino bajo el imperio del temor inspirado por un peligro considerable y grave, el contrato padece de un vicio que lo hace anulable”.²² El mismo razonamiento fue utilizado recientemente por el mismo tribunal, esta vez para desechar un recurso en un caso contra Air France; la SRL *Nouvelles Frontières*, que debía necesariamente transferir sus clientes a Air France, se negaba a pagarle a ésta más allá de la tasa a la que se había obligado con sus clientes, ya que las nuevas condiciones impuestas eran más onerosas. La Corte estimó que no había estado de necesidad, puesto que éste “habría supuesto que le fueren impuestas condiciones anormalmente onerosas”,²³ no siendo suficiente un simple aumento del valor de la obligación. En el mismo sentido, durante la Segunda Guerra Mundial, bajo el período de la ocupación alemana, el estado de necesidad fue invocado nuevamente, debido a que los israelitas, como consecuencia de las persecuciones de las cuales eran víctimas, se vieron obligados a ceder sus propiedades a precios extremadamente bajos.²⁴

Se encontrarán también en estado de necesidad las personas que necesiten urgentemente contratar ciertos servicios profesionales, como una intervención quirúrgica. La Corte de Casación consideró nulo el contrato entre una persona gravemente enferma y un cirujano, como consecuencia del cobro de honorarios abusivos.²⁵ Del mismo modo, en materia de representación judicial, el tribunal supremo señaló que “justifican su decisión los jueces del fondo, que consideran como constitutivo de fuerza moral para obtener honorarios

²⁰ F. TERRE, P. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz, 2005, 9e édition, p. 249

²¹ *Ibíd.*, p. 249.

²² “Lorsque le consentement n’est pas libre, qu’il n’est donné que sous l’empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, le contrat est entaché d’un vice qui le rend annulable”, Cass. Req., 27 avril 1887, D. 1888.1.1263, S. 1887.1.1372.

²³ Cass. Civ. 1e, 24 de mayo de 1989, recurso N° 87-10564, Bull. Civ. 1989 I N° 212, p. 142.

²⁴ T. Civ. Saumur, 05 de julio de 1947, Gaz. Pal. 1947.2.59, T. com. Seine, 12 de marzo de 1945, Gaz. Pal. 1947.1.90.

²⁵ CA Rennes, 20 de marzo de 1929, S. 1929, somm. p. 255.

complementarios, el hecho de que un abogado de renombre haya abusado de la ignorancia de su cliente en cuanto al monto normal de honorarios, de la situación de inferioridad en que este último se encontraba en consideración de sus personalidades, de su grave enfermedad y de su necesidad de obtener rápidamente el monto a reparar por concepto de daños y perjuicios que el abogado conservaba".²⁶

La Corte de Casación incluso reconoció el estado de necesidad en que se encontraba una mujer que cedió a su empleador los derechos de autor relativos a un diccionario concebido y realizado por ella, bajo amenaza de despido. En este sentido, la Corte estableció que atendido "que sólo la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, realizada con el fin de obtener provecho del temor a un daño que amenaza directamente los intereses legítimos de la persona, puede viciar por causa de fuerza su consentimiento; que dictando el fallo sin constatar que al momento de la cesión la señora Kannas había sido amenazada con ser despedida y que el empleador se había aprovechado de esta circunstancia para convencerla; la Corte de Apelaciones no fundó legalmente su decisión".²⁷

Así, desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual, cualquiera que sea el sistema jurídico analizado, "la persona en estado de necesidad se encuentra, al igual que quien actúa bajo presión económica, forzada a elegir el mal menor, obligándose en condiciones que no habría aceptado si las circunstancias externas no hubiesen alterado su libre voluntad".²⁸

B) El estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual

Entre las circunstancias eximentes de responsabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual, el estado de necesidad "no es reconocido universalmente. Las legislaciones nacionales están incluso muy divididas con respecto a las consecuencias que derivan de aquel acto ilícito y portador de perjuicio

²⁶ "Justifient légalement leur décision les juges du fond, qui retiennent comme constitutifs de violence morale pour obtenir des honoraires complémentaires le fait pour un avocat en renom d'avoir abusé tant de l'ignorance de son client quant au montant normal des honoraires que de l'état d'infériorité où ce dernier se trouvait en raison de la différence des personnalités en présence, de sa grave infirmité et de son besoin de percevoir rapidement le montant des dommages-intérêts que l'avocat détenait". Cass. Civ. 1e, 03 de noviembre de 1976, recurso N° 75-12992, Gaz. Pal. 1977.1.67, nota de Damien.

²⁷ "Que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater, que lors de la cession, Mme Kannas était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision". Cass. Civ. 1e, 03 de abril de 2002, recurso N° 00-12932, Bull. Civ. 2002 I N° 108, p. 84.

²⁸ A. HUYGENS, op. cit. nota 19, p. 28.

realizado con el fin de evitar una amenaza más grave, actual e inminente, que pesa sobre el autor del hecho o sobre un tercero”.²⁹

i) En Derecho extranjero

Algunos sistemas jurídicos, como los derechos islámicos, el derecho húngaro y algunos derechos soviéticos,³⁰ rechazan el estado de necesidad, reconociendo plena y entera responsabilidad al autor de todo hecho que cause un perjuicio.³¹ En los órdenes jurídicos que lo aceptan como hecho justificativo hay también varias diferencias, siendo la más clara la de los países que le dan un reconocimiento expreso, en oposición a aquellos donde su establecimiento ha sido trabajo de la doctrina y la jurisprudencia.

Un ejemplo de reconocimiento expreso puede encontrarse en el Código Civil de Cataluña, el cual en su artículo 546-12 inciso 1° dispone que “los propietarios de los bienes deben tolerar la intrusión de terceros si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave, y si el daño que racionalmente se puede producir es desproporcionadamente elevado, en relación al perjuicio que la intrusión puede causar a los propietarios”.³² Esta disposición es muy interesante, por cuanto no sólo reconoce expresamente la posibilidad de causar un perjuicio a un tercero en caso de necesidad, sino que también establece las condiciones en que una intervención de ese tipo puede tener lugar.

La segunda hipótesis puede ser ilustrada por el ordenamiento jurídico chileno, el cual no establece expresamente el estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, siendo la doctrina la encargada de promover su reconocimiento.

ii) En Derecho francés

En materia de responsabilidad extracontractual, el estado de necesidad es una noción tomada del Derecho Penal, el cual “sirvió de guía al Derecho Civil en materia de hechos justificativos”.³³ En todo caso, y aun cuando el Código Civil guarda silencio al respecto, el estado de necesidad ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia como una circunstancia eximente de responsabilidad,

²⁹ J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3e édition, LGDJ, 2006, p. 574.

³⁰ Actualmente la expresión “derechos soviéticos” debe entenderse como referida a las legislaciones de algunos de los países surgidos luego de la caída de la URSS en 1991.

³¹ *Ibid.*, p. 575.

³² “Els propietaris dels bens han de tolerar la interferència d’altres persones si és necessària per a evitar un perill present, imminent i greu i si el dany que racionalment es pot produir és desproporcionadament elevat amb relació al perjudici que la interferència pot causar als propietaris”.

³³ J. GHESTIN, *op. cit.* nota 29, p. 575.

y que puede ser definida como “la situación en que se encuentra una persona que para evitar un daño mayor tiene como única salida realizar un hecho que cause un perjuicio menor o igual”.³⁴

El estado de necesidad elimina la ilicitud del hecho por una razón de justicia, puesto que el daño iba a producirse de todas maneras, y para la sociedad es benéfico, o al menos intrascendente, que otro daño de menor o igual importancia tenga lugar. Pero para que pueda producir este efecto, es necesario que este hecho justificativo haya sido ejecutado bajo condiciones estrictas, como son la existencia de un peligro grave –físico o moral–, que sea *actual o inminente*, *la inexistencia de otros medios menos perjudiciales para evitar el peligro* y que el hecho realizado sea *proporcional al peligro que se pretende evitar*.³⁵ De esta forma, si el derecho sacrificado posee un valor más elevado que aquel que fue protegido, la justificación no tendrá lugar.

Para ejemplificar el estado de necesidad en esta materia, podemos mencionar la hipótesis “del individuo que, intrigado por los gritos provenientes de un inmueble vecino, fractura la puerta con el fin de rescatar a un pequeño encerrado por negligencia de quienes lo tenían bajo su responsabilidad. Asimismo, se considera que hay estado de necesidad cuando una persona empuja de forma violenta a un peatón, para evitarle ser atropellado por un camión sin frenos”;³⁶ o el caso del médico que hace entrega de un estupefaciente a alguno de sus pacientes si sólo aquel producto puede aliviarlo.³⁷ Por otra parte, tampoco habrá ilicitud si alguien “se apodera de una manta perteneciente a un tercero para envolver a un desgraciado cuyas vestimentas se encuentran en llamas, o con remedios pertenecientes a un tercero para socorrer a un enfermo”.³⁸

De los ejemplos analizados, podemos darnos cuenta de que existen diversos tipos de estado de necesidad: causar un perjuicio a otro como único medio de evitar un daño igual o más grave al autor del hecho, causar un perjuicio a otro como único medio de evitarle a esa misma persona un daño igual o más grave, causar un perjuicio a otro como único medio de evitar un daño igual o más grave a otro tercero o a la sociedad, e incluso causarse un daño a sí mismo como único medio de evitar uno igual o mayor a un tercero.³⁹

³⁴ R. SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle*, *Mélanges en l'honneur de Henri Capitant*, p. 729 .

³⁵ P. LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6e édition Dalloz, 2006, p. 531.

³⁶ V. TOULET, *Droit civil. Les obligations*, 11e édition, Paradigme, 2006-2007, p. 336.

³⁷ “Les souffrances constantes supportées par le prévenu constituait pour lui un danger actuel qui le menaçait ; l’usage de tisane à base de cannabis réalisait l’acte de sauvegarde nécessité par ce danger ; il n’y avait pas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace”. CA Papeete 27 de junio de 2002.

³⁸ R. SAVATIER, art. cit. nota 34, p. 746.

³⁹ V. infra. II.2.B.

Así las cosas, y tal como lo hemos podido ver, la mayor parte de las legislaciones modernas aceptan el estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, y en aquellos casos en que la ley no lo establece expresamente, ha sido la doctrina o la jurisprudencia la encargada de promover su reconocimiento.

2: El Derecho Penal

Es en el Derecho Penal donde el estado de necesidad vio la luz por primera vez, en los derechos Romano y Germánico, como una regla aplicable sobre todo al robo de alimentos en tiempos de hambruna,⁴⁰ pero también en situaciones de extrema necesidad como aquella “de los náufragos sobre una balsa, [que cortaron] a hachazos las manos de otros náufragos que intentando subirse podrían causar la muerte de todos”.⁴¹ Se trata de una noción aceptada en prácticamente todas las legislaciones –expresa o tácitamente– destinada a hacer desaparecer la responsabilidad penal del autor de la infracción y que puede ser definida como “la situación en que se encuentra una persona que para salvaguardar un interés superior, no tiene otra posibilidad que realizar un hecho sancionado por la ley penal”.⁴²

A) En Derecho extranjero

El estado de necesidad es entonces reconocido por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, sin embargo, ello no implica que no existan divergencias en cuanto a los requisitos que debe cumplir para su aceptación, divergencias que nos fuerzan a realizar un estudio del tema desde el punto de vista de los llamados derechos continentales (1) y de la Common Law (2).

i) En los sistemas jurídicos continentales

El artículo 20 número 5 del Código Penal español dispone que “están exentos de responsabilidad criminal: N° 5) El que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1° Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

2° Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

⁴⁰ V. Rép. Pén. Dalloz, v° *Etat de nécessité*, por M. DANTI-JUAN, N° 6.

⁴¹ R. SAVATIER, art. cit. note 34, p. 731.

⁴² F. DESPORTES & F. LE GUNÉHEC, *Droit pénal général*, 11e édition, ECONOMICA, 2004, p. 698.

3° Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse”.

En el mismo sentido, el artículo 22 inciso 1° del Código Penal cubano establece que “está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado”.

El artículo 34 número 3 del Código Penal argentino consagra a su vez el estado de necesidad, pero de una forma más sucinta, puesto que dispone que “no son punibles: N° 3) El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.

Por otra parte, la sección 34 del Código Penal alemán prevé que “quien realice un hecho con el fin de evitar a sí mismo o a un tercero un peligro inminente e inevitable, contra la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad o un bien jurídico protegido, no actúa ilícitamente si, en consideración de los intereses en juego, y la magnitud del peligro en cuestión, el interés por él protegido es significativamente superior a aquel que ha sido sacrificado. Esta regla es aplicable sólo si el medio empleado es apropiado para evitar el peligro”.⁴³

El Código Penal chileno, en su artículo 10 número 7 establece que “están exentos de responsabilidad criminal: N° 7: El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1° Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2° Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3° Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

Resulta interesante constatar que el Código Penal chileno, elaborado antes del desarrollo de la teoría del estado de necesidad,⁴⁴ y a diferencia de la gran mayoría de los otros códigos penales, reconoce esta eximente de responsabilidad sólo si la acción realizada para evitar el peligro grave e inminente causa un perjuicio a la propiedad ajena. En consecuencia, nuestro ejemplo del indi-

⁴³ “Whoever commits an act in order to avert an imminent and otherwise unavoidable danger to the life, limb, liberty, honor, property or other legal interest of himself or of another does not act unlawfully if, taking into consideration all the conflicting interests, in particular the legal ones, and the degree of danger involved, the interest protected by him significantly outweighs the interest which he harms. This rule applies only if the act is an appropriate means to avert the danger”.

⁴⁴ J. ZENTENO, *Derecho Penal*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición, 2006, p. 104.

viduo que empuja a un peatón para evitarle a este último ser atropellado por un camión, no podría ser invocado en Chile; es más, si la víctima demanda al autor del daño, éste podría resultar condenado. Sin embargo, un proyecto de reforma al Código Penal chileno está en proceso desde 2005, y según su artículo 6° N° 5 “están exentos de responsabilidad penal, por sus acciones u omisiones: N° 5: El que obra para evitar un mal grave, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1° Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2° Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3° Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.
- 4° Que la situación de necesidad no la haya provocado intencionalmente”.

De este modo, la legislación chilena pretende unirse al punto de vista mayoritario en el seno de la doctrina comparada, según el cual el estado de necesidad siempre podrá ser invocado, si el objetivo es impedir un daño de mayor magnitud, sea cual sea el bien jurídico atacado.

El Código Penal boliviano establece el mismo principio en su artículo 11 número 2, según el cual “está exento de responsabilidad: N° 2) El que infringe un deber o causa un mal para evitar otro mayor, inminente o actual, por él no provocado y no evitable de otra manera, siempre que el necesitado no tuviere, por su oficio, cargo o actividad, la obligación de afrontar el peligro”.

Por último, el artículo 37 inciso 1° del Código Penal japonés sigue la misma tendencia al disponer que “no será castigado quien realice una acción tendiente a evitar un peligro presente e imposible de sortear de otra forma, y que amenace su vida, su integridad física o su propiedad o aquellas de un tercero, cuando la naturaleza y la magnitud del daño causado no sean superiores a aquellas del que se pretende evitar”.⁴⁵

ii) En el sistema jurídico de la Common Law

Desde el punto de vista de los países que conforman la Common Law, la situación es algo diferente. El estado de necesidad encuentra sus orígenes

⁴⁵ “N'est pas puni celui qui a accompli un acte afin d'écarter un danger présent et impossible à détourner autrement, menaçant sa vie, sa personne, sa liberté ou sa propriété ou celles d'autrui, lorsque la nature et l'importance du mal causé ne sont pas supérieures à celles du mal évité”. Traducción de T. MORISHITA; T. MORISHITA, “Etat de nécessité en droit pénal japonais”, Rev. Sc. Crim. 1971, p. 99.

en Inglaterra en el siglo XIII, con juristas como Bracton, que sostenían que “lo que es contrario a derecho, la necesidad lo hace lícito”.⁴⁶ En este sistema, para poder invocar la circunstancia eximente de responsabilidad “estado de necesidad”, según el juez de distrito de los Estados Unidos Sr. Roger Vinson, es necesario que “la persona en situación de necesidad, frente a la alternativa de decidir entre dos males posibles, decida causar el menos grave, que haya razonablemente previsto el nexo causal entre el acto realizado y el daño a evitar, que haya efectivamente actuado para prevenir el daño y que no exista otro medio legal menos perjudicial para evitarlo”.⁴⁷

En todo caso, como los hechos justificativos son casi siempre obra de la jurisprudencia, la noción es imprecisa: “algunos fallos han afirmado que una persona puede realizar un hecho que normalmente es constitutivo de una infracción si lo hace con miras a evitar un daño mayor; pero en otros casos, la existencia del principio ha sido tajantemente negada”.⁴⁸

Por otra parte, en el derecho anglosajón el estado de necesidad es sólo concebible para los llamados “delitos no económicos”, como por ejemplo, destruir una propiedad para evitar la propagación de un incendio o vender medicamentos sin receta en caso de urgencia. De una forma mucho más restrictiva, en la jurisprudencia inglesa “el estado de necesidad ha sido aceptado sólo en el caso que el hecho se haya realizado para evitar un peligro de muerte o de graves lesiones”.⁴⁹ En los casos de delitos cometidos por “necesidad económica”, como por ejemplo el robo de pan en caso de hambruna, el estado de necesidad no tiene posibilidad de ser aplicado, por cuanto desde el punto de vista del derecho angloamericano, “el poder de perdón del Estado es suficiente para regular el problema con los pobres que cometen un delito por necesidad; de esta manera, dependerá de la jurisprudencia y de las conclusiones judiciales adoptadas en cada caso específico, si este tipo de defensa puede o no ser aceptada”.⁵⁰

⁴⁶ “What is not otherwise lawful, necessity makes lawful” B. DINTELMAN, *Defenses of necessity and choice of lesser evils*, diciembre de 2002, en línea en el sitio www.iejs.com/Law/Criminal_Law/defenses_of_necessity_and_choice.htm.

⁴⁷ “[T]he defendant, when faced with the choice of evils, chose the lesser evil, that the defendant must have reasonably foreseen a causal relationship between his or her act and the harm to be avoided, that the defendant did indeed act to prevent that harm, and that there were no legal alternatives to committing the lesser evil”. *Ibíd.*

⁴⁸ J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, 2e édition, 1992, Dalloz, p. 421.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ “The Anglo-American approach has therefore been that the state’s power of pardon is enough to deal with poor people who commit crime out of need, so it would depend on case law and judicial opinion in a specific jurisdiction if this kind of defense would be successful”, *Defenses to crime*, en línea en el sitio <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/293/293lect06.htm>”.

B) En Derecho francés

En el derecho francés, el estado de necesidad se ha concebido de la misma forma que en todas las demás llamadas “legislaciones o sistemas jurídicos continentales”, y reconocido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace ya mucho tiempo. Sin embargo, desde el punto de vista positivo, se trata de un concepto bastante nuevo; ya que sólo en 1994 y en virtud del nuevo Código Penal, esta noción obtuvo un reconocimiento explícito en el artículo 122-7, según el cual “no incurre en responsabilidad penal la persona que, frente a un peligro actual o inminente que la amenace, o que amenace a otro o a un bien, realiza un hecho destinado a la protección de la persona o del bien, salvo si hay desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza”.⁵¹ Antes de la aparición de dicha norma, los tribunales eran reticentes a aceptar el estado de necesidad como una circunstancia eximente de responsabilidad penal y la doctrina estaba dividida. Por una parte, algunos autores estimaban que aun cuando el antiguo Código Penal no contuviera un principio general de impunidad para el llamado “delito necesario”, “contenía no obstante, un gran número de infracciones que eran sólo sancionadas si habían sido cometidas “sin necesidad”, a la vez que textos que legitimaban ciertas infracciones necesarias”.⁵² Por otra parte, la corriente doctrinaria opuesta invocaba el artículo 65 del mismo código, según el cual “ningún crimen o delito puede ser perdonado..., sino en los casos y circunstancias que la ley declara el hecho excusable...”.⁵³

Los tribunales desde el siglo XIX comenzaron a aceptar la situación de necesidad para excluir la ilicitud de una eventual infracción. Así, en 1836, “la Corte de Casación aceptó la posibilidad de que el marido, ignorante en cuanto a la ciencias médicas, pudiera evitar resultar condenado por los cargos de ejercicio ilegal de la profesión, puesto que su actuación se encontraba justificada por la urgencia y por la necesidad”.⁵⁴ En 1898 tuvo lugar el caso más célebre a este respecto; “*el caso Ménard*”: Louise Ménard había sido procesada por haber robado pan con el propósito de alimentar a sus hijos, quienes no habían probado bocado alguno en las últimas 48 horas. El juez *Magnaud* en primera instancia, y la Corte de Apelaciones de Amiens en segunda instancia, decidieron

⁵¹ “N’est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien sauf s’il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace”.

⁵² M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2e édition, ellipses, 2006, p. 389.

⁵³ “Nul crime ou délit ne peut être excusé... que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable...”.

⁵⁴ “La Cour de Cassation accepta que le mari, étranger à l’art d’accouchement, puisse échapper aux poursuites fondées sur l’exercice illégal de la médecine, car son acte avait été justifié par l’urgence et la nécessité”. Cass. Crim, 09 de junio de 1836, citado por P. KOLB & L. LETURMY, op. cit. nota 2, p. 295.

exculpar a la procesada por ausencia de dolo en su proceder; como podemos ver, se trató de una decisión indiscutiblemente justa, pero poco prolija desde el punto de vista jurídico, pues el dolo –conocer y querer el tipo penal– estaba presente desde el momento en que decidió robar el alimento en cuestión. A pesar de las discusiones teóricas a las cuales el referido caso pudiere dar lugar, lo interesante del mismo es que, el estado de necesidad en que se encontraba el autor del delito –aunque de forma primitiva– fue por fin aceptado para eximirlo de responsabilidad penal.⁵⁵

La jurisprudencia reciente de la Corte de Casación, tal como veremos, confirma nuestra posición, y gracias a la evolución que ha tenido el derecho, actualmente se considera que el autor del delito cometido por razón de necesidad, tiene conciencia del carácter ilícito de la infracción cometida. Ahora bien, las condiciones para que el estado de necesidad pueda jugar son bastante exigentes, y así lo demuestra el artículo 122-7 del nuevo Código Penal.

i) Un peligro actual o inminente

Poco importa la naturaleza de ese peligro, pudiendo “amenazar indistintamente al autor de la infracción o a un tercero o incluso un bien”,⁵⁶ y por supuesto, poco importará si la amenaza es física o moral.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que ese daño debe ser real y no futuro o hipotético. Así, la Corte de Casación desechó en 1974 un recurso relativo a un profesional de la educación de prevención y rehabilitación que había trasladado en su vehículo a algunos jóvenes, los que “llegados a destino, realizaron destrozos en el antejardín de una casa, ingresaron con escalamiento y golpearon a sus inquilinos [...]. Durante ese período el profesional no salió de su vehículo”.⁵⁷ Según el recurrente, debido a que se encontraba en “actividades laborales”, no podía intervenir, y que el interés de las víctimas era inferior tanto a la labor de rehabilitación de los jóvenes (...) como al interés general de la sociedad que ello representa. La Corte obviamente desechó el recurso indicando que el interés que había decidido preservar el educador era meramente hipotético”,⁵⁸ pues otra condición para invocar el estado de necesidad no se había cumplido, esto es, el carácter del peligro, el cual debe ser actual y no

⁵⁵ M. DANTI-JUAN, art. cit. nota 40, N° 9.

⁵⁶ H. RENOUT, *Droit pénal général*, 10e édition, 2005, p. 234.

⁵⁷ “Arrivés à destination, [ces] jeunes gens se [livrèrent] à quelques destructions dans le jardin, [pénétrèrent] dans la villa par effraction et [portèrent] des coups aux deux occupants [...]. Pendant ce temps, l'éducateur [est resté] dans sa voiture”. Cass. Crim. 21 de novembre de 1974. J. LARGUIER, “*Etat de nécessité et péril hypothétique*”, Rev. Sc. Crim, 1976, N° 1, p. 89.

⁵⁸ “L'intérêt qu'avait voulu sauvegarder l'éducateur était en réalité hypothétique”. Cass. Crim. 21 de novembre de 1974. *Ibid.*, p. 91.

futuro, y menos aun hipotético.⁵⁹ En el mismo sentido, la Corte de Casación, en fallo de 18 de junio de 2003, para casar una sentencia de segunda instancia sostuvo que “puesto que por una parte el estado de necesidad establecido en el artículo 122-7 del Código Penal exige que el peligro que se pretende evitar sea actual o inminente, cierto y tipificado [...] que, en estas condiciones, a falta de un peligro tipificado, ningún acto delictivo puede cometerse con la finalidad de proteger la salud de las personas que no se ven amenazadas; que acogiendo el estado de necesidad en este caso, la Sala de Instrucción aplicó incorrectamente el artículo 122-7 del Código Penal”.⁶⁰

Como puede verse, se trata de una jurisprudencia constante. Así y a modo de ejemplo podemos citar nuevamente a la Corte de Casación, que en fallo de 01 de junio de 2005 señaló “que un peligro meramente eventual no serviría para justificar una infracción”.⁶¹ La misma idea puede ser encontrada en el fallo de fecha 07 de febrero de 2007, según el cual “el peligro debe ser real y no hipotético; el solo temor no puede justificar cometer una infracción; el peligro debe ser actual, es decir, que los acusados deben estar en contacto con la amenaza”.⁶² Finalmente, debemos precisar que desde el año 2000 la jurisprudencia ha impuesto una condición extra, ajena al Código Penal, exigiendo a los jueces considerar imperativamente, para apreciar si las condiciones de esta eximente de responsabilidad se han reunido, si éstas se cumplieron en su totalidad “el día en que se cometió el hecho necesario para evitar el peligro inminente”.⁶³

ii) Proporcionalidad entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza

Con el fin de evitar una desproporción entre la amenaza y los medios empleados para evitarla, el artículo 122-7 del Código Penal busca un equilibrio entre el interés protegido y aquel que será sacrificado; de esta forma, el estado de necesidad será aceptado sólo si el primero es de un valor superior al segundo, siendo evidentemente desechado en la hipótesis contraria. La pregunta que cabe entonces realizar es “¿qué decisión debiera adoptar la justicia en aquellos

⁵⁹ Cass. Crim. 21 de noviembre de 1974. *Ibíd.*

⁶⁰ “Alors que d’une part, l’état de nécessité prévu à l’article 122-7 du Code Pénal exige que le péril censé être évité soit actuel ou imminent, certain et caractérisé [...] que, dans ces conditions, faute de péril caractérisé, aucun acte délictueux ne peut être commis pour protéger la santé des personnes qui ne sont pas menacées ; qu’en retenant néanmoins l’état de nécessité, la chambre de l’instruction a fausement appliqué l’article 122-7 du Code Pénal”. Cass. Crim. 18 de junio de 2003, recurso N° 02-85199.

⁶¹ “Un danger simplement éventuel ne saurait justifier la commission de l’infraction”. Cass. Crim. 01 de junio de 2005, recurso N° 05-80351.

⁶² “Le péril doit être réel et non hypothétique; l’expression d’une crainte ne peut justifier la commission d’une infraction; le danger doit être actuel, c’est-à-dire que les prévenus doivent être au contact même de l’événement menaçant”. Cass. Crim. 07 de febrero de 2007.

⁶³ “Au jour de l’accomplissement des faits litigieux rendus nécessaires pour éviter le péril immédiat”. Cass. Crim. 21 de junio de 2000, recurso N° 99-81617.

casos en que el bien jurídico sacrificado no es inferior, sino de igual envergadura que el que se ha decidido proteger?".⁶⁴

Frente a esta incógnita, algunos autores excluyen la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al autor del hecho ilícito "como consecuencia del carácter excepcional del estado de necesidad, el cual requiere un beneficio para la sociedad";⁶⁵ la Corte de Casación parece seguir esta corriente doctrinaria; ya que en el famoso caso de la "Sangre contaminada con el virus del SIDA", sostuvo "que en cualquier caso, aun suponiendo que ciertas personas hemofílicas hubiesen estado en peligro, el estado de necesidad debe descartarse cuando el interés protegido es de la misma naturaleza que el que se ha sacrificado; que no se puede, bajo pretexto de salvar a algunos pacientes con riesgo vital, exponer a todos los hemofílicos a una muerte segura, desde el momento en que todos los productos sanguíneos distribuidos por el CNTS estaban contaminados".⁶⁶ Otros autores, y cuyo razonamiento nos parece mucho más acorde a la realidad, aceptan la invocación del estado de necesidad, aun cuando los bienes jurídicos protegidos y aquellos que sean sacrificados tengan un mismo valor; ya que "el perjuicio social es idéntico cualquiera que sea la actitud del autor del hecho, de manera que la sociedad se muestra indiferente ante dicha infracción, por lo que no amerita represión alguna".⁶⁷

De los dos criterios analizados, una nueva duda surge: ¿El *valor de los bienes jurídicos en juego* y el *perjuicio social* forman parte de un mismo concepto? En otras palabras, ¿hay una identidad entre la naturaleza de dichos bienes jurídicos y el perjuicio social que puede ocasionarse? Desde nuestro punto de vista, se trata de las dos caras de una misma moneda, puesto que al hablar del valor o de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, se está simplemente haciendo referencia a la definición del mismo –vida, propiedad, integridad física, etc.–; por otra parte, al hablar de perjuicio social, se estaría más bien haciendo referencia a la importancia que le da la sociedad al daño causado. Luego, existe una relación directa entre la naturaleza (o valor) del bien jurídico protegido y el perjuicio social. En este sentido, si el interés sacrificado es de una naturaleza superior al protegido, entonces el perjuicio social será, a todas luces, mayor. Al contrario, si el bien jurídico sacrificado tiene un valor intrínsecamente inferior, el perjuicio social será menos importante –tanto es así que podríamos incluso hablar de beneficio para la sociedad.

⁶⁴ M. DANTI-JUAN, art. cit., nota 40, N° 48.

⁶⁵ M.-L. RASSAT, op. cit. nota 52, p. 392.

⁶⁶ "Qu'en tout état de cause, à supposer que certaines personnes hémophiles aient été en danger, l'état de nécessité doit être écarté lorsque *l'intérêt sauvegardé est de même nature que l'intérêt sacrifié*; qu'on ne saurait, sous prétexte de sauver certains patients en danger potentiel, exposer tous les hémophiles à une mort certaine des lors que tous les produits sanguins dérivés distribués par le CNTS étaient contaminés". Cass. Crim. 18 de junio de 2003 recurso N° 02-85199.

⁶⁷ M. DANTI-JUAN, art. cit., nota 40, N° 48.

Finalmente, podría agregarse un tercer elemento para la invocación del estado de necesidad, exigido por muchos ordenamientos jurídicos, así como por el Derecho Internacional e incluso por la doctrina y la jurisprudencia⁶⁸ francesas; pero respecto del cual el Nuevo Código Penal guarda silencio: "la ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el daño".⁶⁹

De esta forma, y a modo de conclusión, hemos podido ver que desde el punto de vista del Derecho Penal, el estado de necesidad es una circunstancia eximente de responsabilidad aceptada por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, cualquiera que sea el sistema imperante –Derecho Continental o Common Law–, y cuyos elementos de invocación presentan una gran similitud, no obstante la posibilidad de enfrentarnos a sutiles diferencias en cuanto al tipo de delito cuya ilicitud permite excluir.

Sección 2: El Derecho Internacional

El estado de necesidad no es una noción extraña al Derecho Internacional, y actualmente se le reconoce como un hecho justificativo, a pesar de la reticencia que ha suscitado en cierta parte de la doctrina, principalmente a partir del siglo XIX, por los potenciales abusos que podrían tener lugar en virtud de su aplicación⁷⁰ –principalmente el no cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados–. En esta sección procederemos al análisis de este concepto desde el punto de vista del Derecho Internacional Público (1) para luego analizarlo a la luz del Derecho de las Inversiones Internacionales (2).

1. En el Derecho Internacional Público

De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), la expresión estado de necesidad "se utiliza para señalar aquellos casos excepcionales en que el único medio que tiene un Estado para proteger un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente, es momentáneamente, el incumplimiento de una obligación internacional cuyo peso o urgencia es menor".⁷¹ En este caso, entonces, "la necesidad a la cual se hace referencia es a una necesidad de Estado. La situación de peligro extremo no está representada

⁶⁸ No obstante tratarse de un elemento no contenido en el Nuevo Código Penal, la Corte de Casación ha señalado que el estado de necesidad supone que sólo la infracción cometida permitiera evitar el peligro, con exclusión de todo otro medio menos peligroso para los terceros. "*L'état de nécessité suppose que l'infraction réalisée ait seule permis d'éviter l'événement redouté, à l'exclusion de tout autre moyen moins périlleux pour les tiers*".

⁶⁹ M.-L RASSAT, op. cit. nota 62, p. 392.

⁷⁰ J. CRAWFORD, "Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'état, introduction, texte et commentaires", 2003, pedone, p. 220.

⁷¹ *Ibid.*, p. 214.

por un riesgo para la vida de las personas, sino por un riesgo grave para la existencia misma del propio Estado, para su supervivencia política y económica, para el funcionamiento de sus servicios públicos esenciales, para la conservación de su paz interna, para la supervivencia de una parte de su población, para el medioambiente o para una parte de su territorio, etc.”.⁷²

Conviene en todo caso tener presente que para la posición dominante en la doctrina internacional –posición que no compartimos del todo– “el concepto de estado de necesidad podría sobre todo invocarse para excluir la ilicitud de comportamientos adoptados en ciertas condiciones a fin de salvaguardar un interés esencial del Estado sin que la existencia de este último se hallase en modo alguno en peligro”.⁷³

A) Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

i) Aparición del concepto de estado de necesidad en el Derecho Internacional Público

Se trata de una noción reconocida desde hace ya mucho tiempo, así “la idea de que la necesidad pueda justificar excepcionalmente un comportamiento del Estado contrario a una obligación internacional, está explícitamente admitida [...] por los autores clásicos de esta disciplina, tales como B. de Ayala, A. Gentili y, sobretudo H. Grocio, en los siglos XVI y XVII, y S. Pufendorf, C. Wolff y E. de Batel, en el siglo XVIII”.⁷⁴

ii) Potenciales riesgos identificados desde el siglo XIX

La idea de un derecho conferido por causa de necesidad fue criticada ya en el siglo XIX, “porque los Estados usan y abusan de este supuesto principio para fines inadmisibles y a menudo inconfesables”.⁷⁵ De esta forma, Pascual Fiore reduce la hipótesis del estado de necesidad señalando que “cuando un Estado no tenga otros medios para salvar sus derechos naturales que violar el derecho de otro, puede prevalerse del argumento de la urgente necesidad para justificar su conducta. La necesidad no puede, por tanto, dar origen a un derecho, sino solamente servir como excusa [...] que el Estado que se prevalga de la necesidad

⁷² Nations Unies, A/CN.4/318/ADD.5, *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale*. Original en francés, 1980, p. 14.

⁷³ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, “La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 64. Ver en el mismo sentido en informe de R. AGO, *Ibid.*, p. 8.

⁷⁴ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, *op. cit.*, nota 73, p. 68.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

tome sus medidas para no abusar del favor, y que se halle dispuesto, en cuanto sea posible, a indemnizar el daño hecho al que lo experimente".⁷⁶

iii) Fórmula empleada por el artículo 25 de la CDI

Luego de una larga evolución doctrinaria y jurisprudencial, el estado de necesidad ha sido finalmente consagrado expresamente por el artículo 25 de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados:

"1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad".

Uno de los primeros casos conocidos a este respecto en el Derecho Internacional fue el conflicto generado por la caza de *leones marinos en Rusia en 1893*, donde "el bien jurídico que debía protegerse de un peligro grave e inminente era el medioambiente en una región que no estaba sometida a la jurisdicción de ningún Estado ni a ninguna regulación internacional. Con el objeto de evitar la exterminación de dichos leones marinos, el gobierno imperial ruso dictó un decreto que prohibía su caza en una zona que formaba parte del alta mar, argumentando una "necesidad absoluta" y el carácter eminentemente transitorio de la medida".⁷⁷

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 69.

⁷⁷ "L'intérêt essentiel à protéger d'un péril grave et imminent était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun Etat ni à aucune réglementation internationale". Afin d'éviter l'extermination des otaries, le gouvernement impérial russe dicta un décret interdisant leur chasse dans une zone qui faisait partie de la haute mer, en arguant une "nécessité absolue" et relevant son caractère essentiellement transitoire". Nations Unies, A/CN.4/SR.1613, p. 148 *Compte rendu analytique de la 1613e séance, par M. Roberto Ago - Responsabilité des Etats*. Original français, 1980.

Un ejemplo más concreto es aquel relativo a las *indemnizaciones rusas*, que concernía la obligación asumida por el Gobierno turco de indemnizar a los particulares rusos, en razón de los daños y perjuicios sufridos durante la guerra de 1877-1878. Turquía sólo comenzó a pagar su deuda en 1902, lo que tuvo como consecuencia la interposición de una demanda por intereses moratorios por parte del gobierno ruso. Con el objeto de justificar la demora en el pago de su deuda, Turquía “invocó, entre otras razones, el hecho de encontrarse en una situación financiera en extremo complicada, situación que calificó en aquel entonces como *fuerza mayor*, no obstante tratarse de un evidente caso de estado de necesidad”.⁷⁸ La justicia arbitral señaló que “la excepción de fuerza mayor, invocada en lo principal, es oponible en Derecho Internacional público de la misma forma en que lo es en Derecho Privado Interno; el Derecho Internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente [...] que la obligación que pesa sobre un Estado de cumplir con los tratados puede suspenderse si la existencia misma del Estado se ve en peligro, si cumplir con el deber internacional es [...] *self destructive*”.⁷⁹ Sin embargo, hay que decirlo, aun cuando el tribunal había aceptado la posibilidad de invocar el estado de necesidad en Derecho Internacional, dicha circunstancia eximente de responsabilidad no fue acogida, por cuanto no se encontraban presentes todos los elementos que permiten su invocación. De acuerdo a su criterio, “sería manifiestamente exagerado admitir que el pago de un préstamo por una suma relativamente insignificante de aproximadamente 6 millones de francos hubiese puesto en peligro la existencia del Imperio otomano, o comprometido gravemente su situación interna o externa”.⁸⁰ El interés que presenta este caso es que de él podemos desprender cuáles son los elementos o condiciones necesarias para que la invocación del estado de necesidad pueda tener cabida, a saber “la naturaleza absolutamente excepcional de la situación alegada, el carácter inminente del peligro que pesa sobre un interés importante del Estado, [y] la imposibilidad de evitar tal peligro por otros medios”.⁸¹

Como hemos podido apreciar, las condiciones a las cuales el estado de necesidad está sometido son entonces bastante rigurosas, dándole a esta eximente de responsabilidad un carácter excepcional, destinado a evitar su uso en forma abusiva. El ejemplo más claro de esta situación puede ser encontrado en la fórmula negativa empleada por el artículo 25 de la CDI: “Ningún Estado puede

⁷⁸ J. CRAWFORD, op. cit., note 70, p. 216.

⁷⁹ “L’exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu’en droit privé ; le droit international doit s’adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l’obligation pour un Etat d’exécuter les traités peut fléchir si l’existence même de l’Etat vient à être en danger, si l’observation du devoir international est [...] *self destructive*”. Nations Unies, R.S.A., Vol. XI, p. 443 (1912).

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 62.

invocar [...] a menos que”.⁸² Por consiguiente, a pesar de haber sido muchas veces invocado como causal justificante por los Estados, no es de extrañar que muy pocas veces haya sido acogido por los tribunales.

Así, en el caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, la Corte Internacional de Justicia señaló que “el estado de necesidad constituye una causal, reconocida por el Derecho Internacional Consuetudinario, eximente de responsabilidad como consecuencia de la ejecución de un hecho contrario a una obligación internacional. El tribunal agregó además que este hecho justificativo sólo podría ser invocado a título excepcional. La misma opinión tuvo la Comisión de Derecho Internacional al justificar la fórmula negativa por ella adoptada”.⁸³

B) Competencia para determinar la existencia del estado de necesidad

Más allá de las condiciones que deben cumplirse para poder invocar correctamente el estado de necesidad, y del carácter excepcional del mismo, debe responderse una pregunta de suma importancia: ¿Quién es competente para decidir si los intereses esenciales del Estado están en peligro?⁸⁴ ¿Un tribunal internacional o el Estado que invoca la eximente de responsabilidad?

La respuesta es evidentemente compleja, ya que por una parte nos encontramos frente a los intereses del Estado que invoca una situación de necesidad,⁸⁵ y por otra, frente a los intereses del Estado lesionado por el incumplimiento del primero. No hay duda de que para satisfacer la letra a del numerando 1° del artículo 25 de la CDI, es necesario que el peligro sea grave e inminente y que no exista otro medio posible destinado a proteger el interés esencial del Estado; “pero debe en todo caso reconocerse [...] que con más frecuencia de la deseada podemos encontrarnos frente a discusiones de carácter científico-jurídico e interpretaciones discordantes, pues incluso los especialistas pueden tener ideas encontradas sobre lo que debe considerarse como un peligro o en qué medida dicho peligro es grave o inminente, y si los medios utilizados son o no los únicos disponibles”.⁸⁶ La cuestión entonces, está lejos de encontrarse

⁸² J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 220.

⁸³ “L'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une formule négative”. CIJ 25 de septembre de 1997, caso *Gabčíkovo-Nagymaros* que enfrentó a Hungría y Eslovaquia, p. 34, en línea en el sitio: http://www.er.uqam.ca/nobel/k14331/jur7635/jurisprudence/Hongrie_c_Slovaquie.doc.

⁸⁴ J. FOURET, “CMS C/ LG&E” ou l'état de nécessité en question, Rev. Arb N° 2, 2007, p. 255.

⁸⁵ V. supra. Caso de las indemnizaciones rusas.

⁸⁶ J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 222.

zanjada; así, Hungría⁸⁷ y Canadá⁸⁸ defendieron en sus respectivos diferendos el carácter *self-judging* de la determinación del estado de necesidad. Por su parte, y siguiendo la tesis opuesta, la Corte Internacional de Justicia ha señalado reiteradamente que “el estado de necesidad no puede ser invocado sino cumpliendo ciertas condiciones específicas, estrictamente establecidas y que deben concurrir en forma copulativa; el Estado parte en el asunto no es el único juez en cuanto a la concurrencia de dichas condiciones”.⁸⁹

2. En el Derecho de las Inversiones Internacionales

El Derecho de las Inversiones Internacionales es aquella rama del Derecho que rige las relaciones entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor de información. Luego, la situación difiere bastante de la anterior, por cuanto las relaciones de fuerza entre las partes se encuentran en un abierto desequilibrio; ya que aun cuando un inversionista pueda llegar a ser económicamente más poderoso que un país en vías de desarrollo, el hecho de que una de las partes sea un Estado soberano, le permitirá a este último utilizar métodos de defensa de los cuales el primero carece –sobre todo relativos al interés general–. Entre dichos medios de defensa se encuentra el estado de necesidad. Así como en el Derecho Internacional General, podríamos definir el estado de necesidad como la situación en que se encuentra un Estado, cuyo único medio disponible para proteger un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente, es la inobservancia de una obligación contraída a favor de un inversionista extranjero.

A) Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

i) Consagración del estado de necesidad en los instrumentos destinados a la inversión

Antes de realizar cualquier tipo de análisis más profundo, es bueno tener en mente que la relación entre un Estado y un inversionista se encuentra regida sea por un contrato de inversión, una ley, un acto administrativo o incluso por

⁸⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra. nota 83.

⁸⁸ Caso de la *Competencia en materia de pesca* que enfrentó a Canadá y España. En este diferendo, la Organización de Pesca del Atlántico Noroeste había adoptado medidas de protección en favor de los peces con ciclos migratorios; pero que desde el punto de vista canadiense resultaban ineficaces. Con la finalidad de proteger especies en peligro de extinción, funcionarios del gobierno de Canadá tomaron el control de un buque de pesca de bandera española, para “poner fin a la sobreexplotación del Rodaballo de Groenlandia llevada a cabo por los pescadores españoles”. Naciones Unidas, A/CN.4/SR.1613, pp. 214-215 *Compte rendu analytique de la 1613e séance, par M. Roberto Ago, - Responsabilité des Etats*. Original en francés, 1980.

⁸⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra. nota 83.

un Tratado Bilateral de Inversión (en adelante TBI) concluido entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista. Es así que actualmente y en virtud de numerosos tratados, los inversionistas se encuentran en posición de iniciar un procedimiento internacional contra casi cualquier Estado, argumentando la violación de una obligación internacional asumida por este último.

Como método de defensa, los Estados intentarán entonces hacer valer el estado de necesidad. Pero ¿cuál es su tratamiento en el Derecho de las Inversiones? Pregunta absolutamente válida, por cuanto se trata de una rama del Derecho cuya normativa no es aún del todo clara. Creemos en todo caso que es en los tratados donde las líneas generales o directrices de la relación Estado receptor de inversión-inversionista deben establecerse, y es allí donde las partes pueden introducir –si lo estiman necesario– las circunstancias eximentes de responsabilidad a las cuales pueden recurrir. Ejemplos de lo recién expuesto pueden ser encontrados sobre todo en los TBI concluidos por los Estados Unidos; de este modo, el artículo XI del TBI firmado con Argentina señala que “el presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.⁹⁰

En el mismo sentido, el artículo X del TBI firmado con Jamaica establece de una forma casi idéntica que “el presente tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones según lo previsto por el Capítulo de las Naciones Unidas relativo al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacionales, o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.⁹¹ Asimismo, el artículo XIV del TBI firmado con Bolivia señala que “el presente Tratado no impedirá que una Parte aplique las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacional. o para la protección de los intereses esenciales de su seguridad”.⁹²

Por supuesto que también podemos encontrar ejemplos fuera del caso norteamericano. Es el caso del artículo 3 inciso 2° del TBI firmado entre Argentina

⁹⁰ TBI firmado entre Estados Unidos y Argentina en 1992.

⁹¹ “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations under the Chapter of the United Nations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests”. TBI firmado entre Estados Unidos y Jamaica.

⁹² TBI firmado entre Estados Unidos y Bolivia en 1998.

y Bélgica, según el cual “sin perjuicio de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, las inversiones gozarán de una seguridad y protección permanentes, con exclusión de toda medida injustificada o discriminatoria que pudiera obstaculizar de hecho o de derecho su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación”.

Ahora bien, aun cuando el estado de necesidad no haya aparecido expresamente contenido en ninguno de los artículos mencionados, desde el momento en que permiten dejar sin aplicación las disposiciones del tratado si se trata de proteger un interés esencial del Estado, podemos afirmar que la causal eximente de responsabilidad en estudio se encuentra contemplada de todas formas. No obstante, un nuevo problema aparece en el horizonte: ¿cuáles son los fundamentos para solicitar se exima de responsabilidad a un Estado por la inejecución de una obligación internacional en virtud del estado de necesidad?

ii) Fundamentos para la aceptación del estado de necesidad en el Derecho de las Inversiones

En el Derecho de las Inversiones Internacionales, los tribunales encargados de dirimir los diferendos no tienen ninguna regulación jurídica superior común que los rija; por ello, en caso de surgir un diferendo entre un Estado y un nacional de otro Estado, antes de realizar cualquier diligencia, lo que debe hacerse es determinar cuál es la ley aplicable para resolver el conflicto. El artículo 42 (1) del Convenio de Washington⁹³ dispone que “el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

El tribunal tendrá entonces que analizar si existe o no un TBI entre los dos Estados enfrentados, pues “más allá de la circunstancia eximente de responsabilidad propia del derecho consuetudinario, los Estados pueden haber decidido incluir una disposición en el respectivo TBI, relativa a las medidas necesarias destinadas al mantenimiento del orden público y de la protección de intereses esenciales en lo tocante a la seguridad del Estado”.⁹⁴ Si la respuesta es afirmativa, el tribunal tendrá la obligación de verificar si el estado de necesidad ha sido establecido o no como un hecho justificativo al interior del TBI. Tal fue el caso en los asuntos

⁹³ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965).

⁹⁴ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 255.

llamados CMS,⁹⁵ LG&E⁹⁶ y ENRON,⁹⁷ todos dirigidos contra la República Argentina, dentro del marco del arbitraje del CIADI. Por el contrario, si la respuesta fuere negativa, siguiendo lo establecido por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, a falta de acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable, el tribunal deberá necesariamente aplicar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

Concretamente, para decidir si se está o no en presencia de un estado de necesidad, los árbitros suelen estudiar, aun ante la existencia de un TBI y además de las disposiciones contenidas en dicho tratado, las reglas del Derecho Interno y del Derecho Internacional General. Este análisis, aun cuando no sea necesario "teniendo en consideración las estipulaciones contenidas en el TBI, hace un gran aporte a la estructura del Derecho Consuetudinario de la Responsabilidad. Los árbitros reconocen que no es necesario, pero que permite de todos modos reafirmar la posición que se haya adoptado en base a las disposiciones del tratado".⁹⁸ Ahora bien, el hecho de proceder de esta forma no está exento de críticas, y es así como el Bundesverfassungsgericht,⁹⁹ en fallo de fecha 08 de mayo de 2007, determinó que el artículo 25 de la CDI no es aplicable a los diferendos que enfrenten a un Estado y a un particular, sino solamente a los diferendos entre Estados, excluyendo por tanto de su campo de aplicación, todos los diferendos surgidos en el seno del Derecho de las Inversiones Internacionales.¹⁰⁰ En todo caso, y en el mismo fallo, el juez Lübbe-Wolf hizo presente una muy interesante opinión disidente, al considerar que el artículo 25 de la CDI contiene un verdadero principio general del derecho, susceptible de ser aplicado en una esfera mucho más amplia, incluidas las relaciones Estado-inversionista.¹⁰¹

a) Análisis efectuado en relación al TBI

En el caso CMS, el tribunal arbitral del CIADI estimó que lo que debía hacerse en primer término era determinar si el objeto y la finalidad del TBI excluían o

⁹⁵ *CMS Gas Transmission Company c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/01/8, sentencia del 12 mayo de 2005, en línea en el sitio www.worldbank.org/icsid.

⁹⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/02/1, sentencia del 03 de octubre de 2006, en línea en el sitio www.worldbank.org/icsid.

⁹⁷ *ENRON Corporation, Ponderosa Assets, L.P. c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/01/3, sentencia del 22 de mayo de 2007, en línea en el sitio www.investmentclaims.com.

⁹⁸ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 264.

⁹⁹ Tribunal Constitucional Federal Alemán.

¹⁰⁰ T. de MAEKELT. *Los tratados de promoción y protección a la inversión extranjera y las medidas de urgencia económica*, Cuarto Congreso Internacional, Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos, París, 18 de octubre de 2007, p. 10.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 11.

no la posibilidad de invocar el estado de necesidad, y si su artículo XI incluía o no la situación de urgencia económica como un interés esencial de seguridad susceptible de ser protegido; posteriormente, debería efectuarse un análisis según las normas del Derecho Internacional Consuetudinario, y específicamente si en relación al artículo 25 de la CDI el comportamiento de Argentina implicaría o no un atentado grave a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.¹⁰² Por su parte, en el caso *LG&E*, el tribunal arbitral estableció que para analizar correctamente el estado de necesidad, habría que hacer en primer lugar aplicación del TBI, para luego, y sólo en caso de ser absolutamente necesario, recurrir al Derecho Internacional Consuetudinario.¹⁰³ Finalmente, en el caso *ENRON*, y aun cuando el análisis se efectuó de una forma mucho menos organizada, el CIADI decidió estudiar el estado de necesidad desde el punto de vista del derecho interno argentino, del TBI y del Derecho Internacional Consuetudinario.¹⁰⁴

Ahora bien, a pesar de que el análisis efectuado en cada uno de los casos citados fue sumamente similar, siempre estará presente la posibilidad de que los tribunales arbitrales lleguen a conclusiones diferentes, o incluso opuestas entre sí, en lo tocante al estado de necesidad.

De esta forma, en el caso *CMS*, el tribunal señaló que “el Tratado está claramente diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas, [sin embargo] el tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave, pero no llevó a un total colapso económico y social”.¹⁰⁵ Por el contrario, en el caso *LG&E*, haciendo también el análisis desde el punto de vista del TBI, el tribunal estimó que “los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro [...]. Basado en el análisis del estado de necesidad, el tribunal concluye que, en primer lugar, dicho estado se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; que, en segundo lugar, durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad”.¹⁰⁶ La decisión adoptada a este respecto por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *ENRON* es quizás la menos interesante desde el punto de vista jurídico, puesto que ni siquiera se pronunció sobre la

¹⁰² *CMS*, cit. supra, nota 95, § 353 – 357 – 359.

¹⁰³ *LG&E*, cit. supra, nota 96, § 206.

¹⁰⁴ *ENRON*, cit. supra, nota 107, § 291 y ss.

¹⁰⁵ *CMS*, cit. supra, nota 95, § 354 - 355.

¹⁰⁶ *LG&E*, cit. supra, nota 96, § 257 - 266.

consagración expresa o tácita en el TBI del estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, sino que concluyó que puesto que la crisis argentina “no cumple con las exigencias del artículo 25 de la CDI [...] no hay necesidad de efectuar un estudio más acabado del artículo XI [del TBI], puesto que no establece ninguna condición diferente a este respecto”.¹⁰⁷

b) Análisis efectuado en relación al artículo 25 de la CDI

Un análisis en torno al artículo 25 de la CDI resulta imprescindible en estos casos, pues las disposiciones del TBI deben siempre complementarse con aquellas del Derecho Internacional General. La razón radica en que aun cuando exista la posibilidad de invocar el estado de necesidad en virtud del TBI, las condiciones necesarias para dicha invocación –en ausencia de reglas específicas al respecto en el tratado– deben buscarse en los principios del Derecho Internacional. Esto no quita en todo caso la posibilidad de que los árbitros hagan una interpretación distinta de la norma y que en consecuencia puedan llegar a decisiones absolutamente divergentes las unas de las otras.

Así, en relación al análisis efectuado en los tres casos mencionados, y en relación al artículo 25 de la CDI, las conclusiones a las cuales llegaron los tribunales arbitrales del CIADI fueron bastante diferentes. En primer lugar, en el caso *CMS*, el tribunal consideró que los elementos constitutivos del estado de necesidad se encontraban presentes, pero sólo en forma parcial, impidiendo eximir al Estado argentino de su responsabilidad, argumentando que “las políticas gubernamentales [adoptadas por el gobierno argentino] y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad al Demandado en esta materia”.¹⁰⁸ Luego, en el caso *LG&E* el tribunal estimó que las condiciones del artículo 25 de la CDI se habían cumplido, pues “no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria”.¹⁰⁹

Actualmente y por la forma en que son redactados, estar o no en presencia de un TBI no parece tener una gran importancia, y por esta razón un mejor tratamiento sobre el estado de necesidad parece imprescindible. Mientras ello

¹⁰⁷ *ENRON*, cit. supra, nota 97, § 339.

¹⁰⁸ *CMS*, cit. supra, nota 95 § 329-331.

¹⁰⁹ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 257.

no ocurra, se debe ser en extremo cauteloso y por consiguiente es necesario incluir de forma expresa este hecho justificativo y por supuesto explicitar cuáles serán los efectos producidos en caso de ser reconocido. De este modo, desaparecerán las dudas en cuanto a su procedencia, haciendo más eficaz el funcionamiento de los tribunales y protegiendo de mejor forma los intereses del Estado receptor de la inversión, así como los de los inversionistas.

B) Competencia para determinar la existencia del estado de necesidad

Al igual que en Derecho Internacional Público, como una de las partes es un Estado soberano, es lícito preguntarse si la cláusula del TBI que contiene el estado de necesidad tiene o no un carácter *self-judging*. No debe olvidarse que la Corte Internacional de Justicia¹¹⁰ se ha mantenido siempre firme en la idea de que el análisis de las cláusulas relativas a los intereses esenciales de un Estado debe realizarse por un tribunal y no solamente por el Estado que ha invocado la eximente de responsabilidad¹¹¹ a menos que el tratado diga otra cosa. En materia de arbitraje en el seno del CIADI, la solución es similar, por no decir idéntica.

En el caso CMS, el tribunal sostuvo que “cuando los estados tienen la intención de atribuirse para sí el derecho a determinar unilateralmente la legitimidad de medidas extraordinarias que entrañan el incumplimiento de obligaciones asumidas a través de un tratado, lo hacen expresamente”.¹¹² Por consiguiente, el tribunal razona sobre la base de “que la cláusula del artículo XI del tratado no tiene carácter discrecional, [y que el Estado no tiene competencia para] determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional”.¹¹³ En el caso *LG&E*, el tribunal arbitral del CIADI consideró sobre la base de los antecedentes presentados por las partes, que en 1991 cuando el TBI fue firmado, la cláusula del artículo XI no tenía carácter *self-judging*. En todo caso, dicho tribunal agregó que aun cuando dicha cláusula tuviera un carácter discrecional “las decisiones tomadas por Argentina estarían sujetas a la revisión bajo el parámetro de la buena fe, el cual no difiere significativamente del análisis sustantivo aquí realizado”.¹¹⁴

La decisión adoptada por este último tribunal parece paradójica, pues ¿de qué sirve entonces considerar que una cláusula tiene carácter discrecional si la justicia se atribuirá luego el poder de ejercer un control sobre la misma? Desde nuestro punto de vista, lo que ocurre es que el tribunal teme justificadamente que un

¹¹⁰ Ver en este sentido el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra, nota 83.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *CMS*, cit. supra, nota 95 § 370.

¹¹³ *Ibíd.*, § 373.

¹¹⁴ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 212 - 214.

Estado pudiera abusar de esta exigente de responsabilidad y en consecuencia pretende conservar a toda costa una facultad de control. Ello se explica, pues ciertos Estados –y en especial los Estados Unidos– consideran, desde hace ya algunos años, que la aplicación de las disposiciones contenidas en un TBI y relativas a las medidas de seguridad nacional o a los intereses esenciales de un Estado poseen un carácter *self-judging*.¹¹⁵ De esta forma, el carácter discrecional que pudiera o no tener una cláusula no incidirá de forma sustancial al momento del examen por parte de la justicia arbitral de las circunstancias necesarias para la invocación del estado de necesidad. Ahora bien, aun cuando algún sector de la doctrina se opondrá “alegando probablemente una violación al principio *pacta sunt servanda* y al respeto de la libre voluntad de las partes, es de nuestro entender que [el criterio adoptado por los tribunales] es necesario, para evitar una aplicación incorrecta de la cláusula, generando un verdadero proteccionismo económico escondido tras el argumento de la seguridad nacional”.¹¹⁶

Mucho más interesante fue en todo caso la posición adoptada por el CIADI en el caso *ENRON*, según la cual el artículo XI del TBI no tiene carácter discrecional y el examen judicial no debe limitarse sólo a un examen destinado a determinar si las medidas de seguridad fueron o no adoptadas de buena fe, sino que además debe determinar si las condiciones impuestas tanto por el Derecho Internacional como por el TBI se reúnen, y si por consiguiente puede eximirse de responsabilidad a la parte que invoca el estado de necesidad. Luego, tanto en el Derecho Internacional Público como en el Derecho de las Inversiones, los tribunales rechazan la posibilidad de que el Estado que invoca el estado de necesidad pueda ser el único juez competente para decidir si sus intereses esenciales están en peligro; en otros términos, “el Derecho Internacional existiría en vano si simplemente le bastara a un Estado invocar el interés público para abstenerse de cumplir con las obligaciones que suscribió”.¹¹⁷

A modo de conclusión, el estado de necesidad es un concepto conocido por el Derecho Internacional desde hace más de un siglo, sin embargo, su aplicación sigue hoy en día siendo fuente de disputas. Por una parte, los Estados intentarán invocar su carácter soberano –no sometido a ninguna jurisdicción superior– y de justificar sus actos argumentando que sólo ellos son capaces de determinar qué medidas son las apropiadas para proteger sus intereses esenciales; por el contrario, los tribunales internacionales intentarán expandir al máximo su competencia, con el fin de poder controlar las actividades de dichos Estados y evitar así los abusos que pudieran producirse.

¹¹⁵ *Ibíd.*, § 213.

¹¹⁶ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 255.

¹¹⁷ *Ibíd.*

Capítulo 2. El estado de necesidad y sus nociones vecinas

Sección 1: La fuerza mayor

La fuerza mayor es un “acontecimiento imprevisible e irresistible, independiente de la voluntad del deudor o del autor del hecho ilícito, y que por consiguiente lo libera del cumplimiento de la primera o lo exime de responsabilidad”.¹¹⁸ Tal como sucede con el estado de necesidad, la fuerza mayor es una eximente de responsabilidad reconocida en diversas ramas del derecho, tanto en el ámbito interno (1) como en el internacional (2).

1. En el derecho interno

En el Derecho Civil, el artículo 1148 del Código Civil dispone que “no habrá lugar a indemnización por daños y perjuicios cuando, como consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor se encuentre imposibilitado de dar o hacer aquello a lo que se había obligado, o realice aquello que le estaba prohibido”.¹¹⁹ Luego, en materia contractual, se trata de un “acontecimiento externo a la voluntad del deudor y que constituye la causa del incumplimiento de su obligación, o que más bien hace que cumplir con dicha obligación se torne imposible”.¹²⁰

Las condiciones con las que consecuentemente debe cumplir son tres. En primer lugar, *la exterioridad*; en efecto, “si el acontecimiento invocado por el deudor como constitutivo de la fuerza mayor no es externo a su voluntad, el incumplimiento de la obligación deberá ser entonces oportado por éste”.¹²¹ En este sentido, la Corte de Casación, en el caso relativo a la contaminación de sangre con el virus del SIDA, señaló que “atendido que resolviendo de esta forma, no obstante estar los centros de transfusión de sangre obligados a entregar a los receptores productos libres de vicios, y que no pueden liberarse de esta obligación de seguridad sino mediante la prueba de una causa externa que no les pueda ser imputable, la Corte de Apelaciones violó el texto legal”.¹²²

¹¹⁸ G. CORNU, op. cit., nota 15, p. 378.

¹¹⁹ “Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”.

¹²⁰ C. LARROUMET, *Droit Civil*, tomo 3, Les obligations / Le contrat, 5e édition, Economica, Paris, 2003, p. 829.

¹²¹ *Ibíd.*, pp. 834-835.

¹²² “Attendu qu’en statuant ainsi, alors que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu’ils ne peuvent s’exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d’une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée, la cour d’appel a violé le texte susvisé”. Cass. Civ. 1e, 12 de abril de 1995, recurso N° 92-20747, Bull. Civ. 1995 I N° 179, p. 129.

Las otras dos condiciones para poder invocar la fuerza mayor son la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad*. La jurisprudencia es constante en este sentido, así la Corte de Casación en fallo de 12 de marzo de 2002 dijo que “no se encuentra demostrado que el defecto del sistema de iluminación haya presentado por parte del arrendatario los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de la fuerza mayor”.¹²³

El mismo tribunal, con fecha 19 de junio de 2007 sostuvo que “fundándose, para desestimar la fuerza mayor que justificaría la suspensión de los contratos de trabajo, en el hecho de que el incendio se había declarado en un establecimiento cuyas instalaciones eran de responsabilidad del empleador, sin indagar, como él lo solicitaba, si se encontraban presentes los caracteres de *imprevisibilidad*, *irresistibilidad* y *exterioridad* del acontecimiento, puesto que el personal de la sociedad no podía intervenir en dicho local, administrado por otras empresas y dentro del cual se encontraba un transformador recibiendo electricidad a alta tensión y cuyo reemplazo a EDF fue solicitado por los mismos bomberos, la magistratura del trabajo privó de base legal su decisión, en atención a los artículos 1148 del Código Civil y L. 212-2-2 del Código del Trabajo”.¹²⁴

En preciso señalar en todo caso que es la irresistibilidad el elemento sin lugar a dudas más importante de la fuerza mayor. Es por ello que en muchas ocasiones la Corte de Casación “se ha contentado sólo [con este elemento], sin exigir al mismo tiempo la imprevisibilidad. En efecto, el hecho de haber previsto un acontecimiento o bien la posibilidad de preverlo no impide que la fuerza mayor pueda ser acogida, cuando ello no permita evitar la realización del hecho o impedir sus consecuencias, es decir, la imposibilidad de ejecución”.¹²⁵

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, la fuerza mayor puede servir exclusivamente para exonerar de responsabilidad a quien tiene como obligación el cuidado de una cosa; pero aquí la prueba de este hecho justificativo es

¹²³ “Il n’est pas démontré que la défectuosité du système d’éclairage ait présenté pour le locataire le caractère d’imprévisibilité et d’irrésistibilité propre à la force majeure”. Cass. Civ. 1e, 12 de marzo de 2002.

¹²⁴ “Qu’en se fondant, pour écarter la force majeure justifiant la suspension des contrats de travail, sur la circonstance que l’incendie s’était déclaré dans un local de l’entreprise contenant des installations dont l’employeur avait la responsabilité, sans rechercher si, comme il le soutenait, les caractères *imprévisibles*, *irrésistibles* et *extérieurs* de l’événement n’étaient pas établis dès lors qu’aucun personnel de la société ne pouvait intervenir dans ce local, surveillé et entretenu par des entreprises tierces, dans lequel se trouvait un transformateur recevant du courant de très haute tension et que les pompiers avaient eux-mêmes été contraints de demander l’intervention d’EDF, le conseil de prud’hommes a privé sa décision de base légale au regard des articles 1148 du Code Civil et L. 212-2-2 du code du travail”. Cass. Soc. 19 de junio de 2007 recurso N° 06-44236.

¹²⁵ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 831.

mucho más exigente,¹²⁶ pues para ser aceptado se requiere que se presenten copulativamente los “caracteres tradicionales [...] de *exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad*”.¹²⁷⁻¹²⁸

En el Derecho Penal el reconocimiento de esta eximente de responsabilidad es aun más evidente, por cuanto el artículo 121-3 inciso 5° del Código Penal dispone que “no existe contravención en caso de fuerza mayor”.¹²⁹ Sin embargo, es en el Derecho Internacional donde este concepto adquiere un real interés, sobre todo como consecuencia de la constante confusión a su respecto en relación con el estado de necesidad, en que ha incurrido la jurisprudencia.

2. En el Derecho Internacional

Antes de comenzar, debemos aclarar que lamentablemente “[la] falta de precisión en la redacción de la jurisprudencia, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales internacionales pertinentes, en poco han ayudado a la doctrina a establecer de forma más clara [la] diferencia [entre ambos conceptos]”.¹³⁰

La fuerza mayor se encuentra contemplada en el artículo 23 de la CDI, en los términos siguientes:

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación”.

La primera aclaración que nos vemos forzados a hacer, es que desde el punto de vista de los diferendos internacionales, “en la mayoría de los casos en que la “imposibilidad” fue invocada, no era estrictamente eso lo que ocurría: la

¹²⁶ A. BENABENT, *Droit Civil. Les obligations*, 11^e édition, Montchrestien, 2007.

¹²⁷ V. TOULET, op. cit., nota 36, pp. 348-349.

¹²⁸ Ver en el mismo sentido Cass. Civ. 2e, 01 de abril de 1999, Bull. Civ., II, N° 65.

¹²⁹ “Il n’y a point de contravention en cas de force majeure”.

¹³⁰ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF. op. cit., nota 73, p. 66.

ejecución se había simplemente tornado más difícil, y por consiguiente, la fuerza mayor no fue acogida".¹³¹

La fuerza mayor indica entonces una situación en que "el Estado considerado se encuentra efectivamente obligado a actuar de una forma diferente a la impuesta por la obligación internacional asumida. La fuerza mayor se diferencia entonces [...] del estado de necesidad (art. 25), por cuanto el comportamiento del Estado, que de otra forma sería ilícito, es involuntario o al menos no procede en ningún caso de una elección realizada libremente".¹³²

Desde el punto de vista del Derecho de los Tratados, la fuerza mayor se encuentra establecida como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud en el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹³³ Al analizar esta disposición, puede notarse que la noción de fuerza mayor en el Derecho de los Tratados es mucho más restrictiva que en el Derecho Internacional General; ya que "el inciso 1° del artículo 61 exige la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para el cumplimiento del trato, para que la imposibilidad de ejecutar la obligación pueda justificar ponerle término al mismo".¹³⁴ La razón que existió para adoptar una regla así fue preservar la estabilidad de los contratos. "Durante el desarrollo de la Convención, se propuso expandir el alcance de la norma para incluir aquellos casos en que existiera imposibilidad de realizar ciertos pagos como consecuencia de graves dificultades financieras. [...] Aun cuando se admitió que tales situaciones podrían llegar a excluir la ilicitud para una de las partes, en relación a sus obligaciones contraídas, los Estados partícipes no estuvieron dispuestos a establecerlas como una causal de extinción o suspensión de un tratado, inclinándose por una concepción más restrictiva".¹³⁵

En lo tocante al Derecho del Comercio Internacional,¹³⁶ la fuerza mayor también es reconocida como una eximente de responsabilidad, y se encuentra contem-

¹³¹ Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 198.

¹³² *Ibíd.*, p. 196.

¹³³ "1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado".

¹³⁴ *Gabčíkovo-Nagyymaros*, cit. supra, nota 83.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Subespecie del Derecho Internacional Privado.

plada en el artículo 7.1.7 de los principios de Unidroit.¹³⁷ Ahora bien, debemos precisar que no obstante utilizarse la expresión “fuerza mayor”, se trata en realidad de una noción bastante diferente del concepto que conocemos en Derecho Civil y Derecho Penal. La adopción de la fórmula “fuerza mayor” se debe a que se trata de un término “ampliamente conocido en la práctica comercial internacional”,¹³⁸ pero que, como hemos dicho, presenta marcadas diferencias con su homónimo de derecho interno. Así, es necesario tener presente que uno de los principios que inspiran el comercio internacional es evitar que una de las partes ponga término a un contrato en caso de inejecución del mismo. Por consiguiente, a pesar de que la norma tenga por objetivo la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios¹³⁹ ocasionados, la fuerza mayor producirá además un efecto *sui generis*, consistente en el otorgamiento de un plazo suplementario destinado a ejecutar la obligación en el evento en que su cumplimiento no sea imposible.

Podemos notar entonces que la fuerza mayor es un concepto aceptado con mucha mayor facilidad que el estado de necesidad, lo cual es de toda lógica por tratarse de una noción de mayor simpleza. Aquí no nos encontramos frente a la cuestión de saber qué interés o bien jurídico es más importante –si el protegido o el que se sacrificó–. Por el contrario, dentro del ámbito de la fuerza mayor, el autor del comportamiento ilícito no tiene ninguna posibilidad para decidir si proteger o no interés alguno; su comportamiento se debe exclusivamente a un acontecimiento externo que escapa a su control y que hace imposible actuar de manera diferente.

Por otra parte y en cuanto a su campo de aplicación, la fuerza mayor puede jugar tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil. Dentro de este último, puede tener aplicación en materia de responsabilidad extracontractual, como una circunstancia eximente de la ilicitud susceptible de ser invocada por quien tiene a su cargo el cuidado de una cosa; sin embargo, su rol principal es el de permitir que el autor del hecho ilícito pueda ver excluida su responsabilidad

¹³⁷ “(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

¹³⁸ Principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales, Roma, 2004, p. 214.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 215.

contractual. Es aquí donde presenta una diferencia fundamental con el estado de necesidad, pues éste, por ser un vicio del consentimiento, sólo puede jugar en el momento de la formación del contrato, mientras que la fuerza mayor no puede sino presentarse en el momento de la ejecución de un contrato válidamente celebrado.

Sección 2: La imprevisión

Hay imprevisión cuando sobrevienen acontecimientos que alteran el equilibrio de las prestaciones durante el período de ejecución de un contrato. La pregunta que surge de inmediato es "si el deudor puede invocar el desequilibrio en las prestaciones resultante de circunstancias posteriores a la celebración del contrato",¹⁴⁰ con el objeto de no dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo. Lamentablemente no existe una única respuesta, puesto que la teoría de la imprevisión es aceptada en ciertos ordenamientos jurídicos;¹⁴¹ pero desestimada en otros.¹⁴² Así, en Francia debe distinguirse según se trate de un contrato regido por el Derecho Privado o por el Derecho Administrativo.

En Derecho Privado, la Corte de Casación ha rechazado permanentemente la teoría de la imprevisión, desde el famoso caso del *Canal de Craponne* en 1876, fundándose en el artículo 1134 del Código Civil, según el cual: "Las convenciones legalmente formadas son una ley para los contratantes. No pueden ser revocadas sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Deben ejecutarse de buena fe".¹⁴³

Esta norma fija los principios de la fuerza obligatoria de los contratos y de la autonomía de la voluntad, "puesto que el contrato es obra de la libre voluntad de las partes, no es lícito para el juez modificar su contenido".¹⁴⁴

Más recientemente, y por fallo de 23 de febrero de 1999, la Corte de Casación ha señalado "que, según el artículo 1134 del Código Civil, las convenciones legalmente formadas son una ley para los contratantes, de manera que una parte no puede modificar unilateralmente las condiciones de ejecución del contrato celebrado; que de esta forma, M. Clarou no podría prevalerse de las

¹⁴⁰ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 403.

¹⁴¹ La teoría de la imprevisión ha sido acogida, al menos jurisprudencialmente, en Alemania, Suiza e Inglaterra. Ver en este sentido S. MANCIAUX, op. cit., nota 6, p. 433.

¹⁴² Entre los ordenamientos jurídicos que no recogen la teoría de la imprevisión, podemos citar el caso del derecho chileno, donde a pesar de la opinión favorable de muchos juristas, principalmente R. RAMOS PAZOS, ella no ha sido aceptada como excusa ni por la ley ni por la jurisprudencia.

¹⁴³ "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

¹⁴⁴ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 405.

circunstancias económicas para modificar unilateralmente su acuerdo para crear un sub-holding; que admitiendo que las circunstancias económicas habrían justificado la decisión de M. Clarou de no constituir el sub-holding según lo disponía el “protocolo de acuerdo”, la Corde de Apelaciones aplicó la teoría de la imprevisión, violando el artículo 1134 del Código Civil”.¹⁴⁵

En cuanto a los contratos administrativos, la situación es diferente; la imprevisión ha sido aceptada por la jurisprudencia administrativa, interviniendo principalmente en materia de contratos de concesión. Asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos debe ser siempre una prioridad, incluso si ello significa revisar el contrato y definir condiciones especiales –de carácter provisorio–, puesto que según lo dijo el Consejo de Estado en el bullado caso de la *Compagnie general de electricite de Bordeaux*, su única función es “la de permitir a la contraparte hacer frente a las cargas excepcionales que acontecimientos imprevisibles han hecho recaer momentáneamente sobre sus hombros”.¹⁴⁶

Para que la imprevisión pueda ser acogida una vez invocada, es necesario, en primer lugar, que el acontecimiento que impide la ejecución de la obligación sea imprevisible, es decir, “trastornar todas las situaciones que las partes habrían podido prever al momento de la celebración del contrato”.¹⁴⁷ Ejemplo de lo que hemos afirmado es la decisión adoptada por el Consejo de Estado el 19 de febrero de 1992 en el caso *SA Dragages et travaux publics c. Escota*, donde se desechó la demanda, puesto que “la aplicación de la cláusula de variación no fue perturbada por acontecimientos imprevisibles; [en consecuencia], el grupo no tiene fundamento para solicitar una indemnización en base a la teoría de la imprevisión”.¹⁴⁸ La segunda condición necesaria para poder invocar con éxito la imprevisión es que el acontecimiento imprevisible sea al mismo tiempo *externo a la voluntad o acción de las partes*. De este modo, si dicho acontecimiento tiene lugar como consecuencia de un hecho de la Administración, la contraparte tendrá derecho a una indemnización de carácter general, fundada en la

¹⁴⁵ “Que, selon l'article 1134 du Code Civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, de sorte qu'un contractant ne peut unilatéralement modifier les conditions d'exécution du contrat conclu; qu'ainsi, M. Clarou ne pouvait se prévaloir des circonstances économiques pour remettre en cause unilatéralement son engagement de création d'une sous-holding; qu'en retenant que les circonstances économiques justifiaient la décision de M. Clarou d'ajourner la constitution de la sous-holding prévue dans le “protocole d'accord”, la cour d'appel a fait application de la théorie de l'imprévision en violation de l'article 1134 du Code Civil”, Cass. Com. 23 febrero de 1999, recurso N° 96-20138.

¹⁴⁶ “De permettre au cocontractant de faire face aux charges exceptionnelles que momentanément des circonstances imprévisibles ont fait peser sur lui”. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE & B. GENEVOIS, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 15^e édition, Dalloz, 2005, pp. 189-190.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴⁸ “L'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par des circonstances présentant un caractère imprévisible; [en conséquence], le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision”. CE 19 de febrero de 1992, N° 47265.

noción del “hecho del príncipe”; por el contrario, si ha sido provocado por la propia contraparte de la Administración (el particular), por supuesto que “no habrá derecho a indemnización alguna”.¹⁴⁹ El último elemento necesario para invocar esta teoría es la *existencia de un trastorno en la economía del contrato* como consecuencia de este acontecimiento imprevisible y ajeno a las partes, es decir, que dé lugar a “un verdadero exceso en el precio máximo que habrían podido considerar las partes según la normal evolución de los costos, [y que la ejecución del contrato signifique] un déficit realmente importante y no una simple pérdida”.¹⁵⁰

Como podemos ver, la imprevisión es una noción que en su origen es muy similar al estado de necesidad, ya que en ambos casos será un acontecimiento imprevisible el que llevará a una de las partes a incumplir con su obligación. Pero dos diferencias fundamentales pueden encontrarse; en primer lugar, el campo de aplicación de ambos conceptos es absolutamente diferente, puesto que el estado de necesidad puede encontrar aplicación tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil, y en este último, tanto en materia de responsabilidad delictual como contractual –y en esta última, sólo puede presentarse en el momento de la formación del consentimiento–. La imprevisión, por su parte, no puede sino presentarse dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y más precisamente en el período de ejecución del contrato. La segunda diferencia dice relación con el efecto producido por ambas nociones. Así, el estado de necesidad permite derechamente a una de las partes no cumplir con su obligación; la imprevisión, por su parte, sólo permite renegociar las condiciones iniciales del contrato para poder adaptarlas a las nuevas circunstancias, pero por ningún motivo permitirá a una de las partes incumplir su obligación sin más.

Sección 3: La excesiva onerosidad o *hardship*

En materia de contratos de comercio internacional, tal como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, el principio de la fuerza obligatoria de los contratos se encuentra presente con toda su fuerza. En este sentido, el artículo 1.3 de los principios de Unidroit dispone que “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”. Una de las excepciones a este principio es el *hardship*, es decir, la situación en que se encuentra una parte que, como consecuencia de acontecimientos imprevisibles que trastornan sustancialmente la economía del contrato, puede solicitar el inicio de renegociaciones destinadas a adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

¹⁴⁹ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE & B. GENEVOIS, op. cit., nota 146, p. 188.

¹⁵⁰ *Ibid.*

En cuanto a su establecimiento, ello puede hacerse por las partes de forma explícita en sus contratos –cláusulas de *hardship*–. Ello no quiere decir, en todo caso, que en ausencia de cláusula no pueda invocarse esta eximente de responsabilidad, pues el *hardship* se encuentra consagrado como un verdadero principio, tanto en los principios de Unidroit, como en los principios del Derecho Europeo de los Contratos, y de una forma algo menos evidente, en la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CVIM).

1. En los principios de Unidroit

El artículo 6.2.1 de los principios de Unidroit señala que “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)”. Esto quiere decir que “el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada”,¹⁵¹ pero en el evento de que acontecimientos imprevisibles vengan a alterar en forma sustancial el equilibrio de las prestaciones de acuerdo con las condiciones impuestas por el artículo 6.2.2 de los principios de Unidroit,¹⁵² surgirá una causal que permitirá al deudor –y de acuerdo al 6.2.3 numerando 1° del mismo cuerpo legal–¹⁵³ solicitar una renegociación de los términos del contrato.

¹⁵¹ Principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales, op. cit., nota 138 p. 189.

¹⁵² Artículo 6.2.2: “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

¹⁵³ Artículo 6.2.3: “(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

2. En los principios del Derecho Europeo de los Contratos

El mismo principio anterior se encuentra establecido en el artículo 6:111 de los principios del Derecho Europeo de los Contratos.¹⁵⁴ La Comisión del Derecho Europeo de los Contratos consideró necesario consagrar el *hardship* para que una de las partes pudiera invocarlo cuando las circunstancias se hicieren excesivamente onerosas para ella, pero sin hacer imposible la ejecución del objeto de la obligación,¹⁵⁵ vale decir, para aquellos casos en que la fuerza mayor debe ser excluida. Del estudio de esta disposición podemos extraer una diferencia importante con el artículo 6.2.2 de los principios de Unidroit, por cuanto éste simplemente se limita a permitir a las partes comenzar las negociaciones en caso de excesiva onerosidad, mientras que los principios europeos lo establecen como una obligación. “Esta obligación tiene, por supuesto, repercusiones para el caso en que las partes no llegasen a acuerdo en las negociaciones y un tribunal fuera eventualmente llamado a dirimir el asunto. Según los principios europeos, este último gozaría de un verdadero poder de sanción sobre las partes durante el período de renegociación”; un poder de sanción como ese no es susceptible de ser considerado a la luz de los principios de Unidroit.¹⁵⁶

3. En la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

El artículo 79 CVIM establece “[que] una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de

¹⁵⁴ Artículo 6:111 : “Cambio de circunstancias:

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.

¹⁵⁵ O. LANDO, *Salient features of European contract law*, en línea en el sitio

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lando1.html>.

¹⁵⁶ S. GUILLEMARD, *Comparaison des principes Unidroit et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation de contrats internationaux*, en línea en el sitio <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html>.

cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias". Ahora bien, la duda que surge es ¿qué debe entenderse por "impedimento ajeno a su voluntad"? La verdad es que no hay claridad doctrinaria ni jurisprudencial al respecto.

Ahora bien, podemos constatar que acontecimientos que no hacen imposible la ejecución de las obligaciones de la parte afectada, sino que sólo las han vuelto más onerosas, pueden servir para permitir la invocación del artículo 79 CVIM. Lamentablemente, con este solo elemento no podemos aún efectuar afirmación seria alguna; por lo tanto será necesario realizar un análisis en profundidad, para determinar si el *hardship* está o no consagrado en la disposición. En este sentido, lo primero que podemos notar es que la norma no consagra expresamente la excesiva onerosidad como una circunstancia eximente de responsabilidad, y por otra parte, que el efecto producido por un acontecimiento que permita la aplicación de este artículo es la "suspensión de la ejecución de la obligación"¹⁵⁷ y no un derecho a entablar una renegociación del contrato, principal objeto perseguido por las llamadas cláusulas de *hardship*.¹⁵⁸ No podemos entonces sino inclinarnos por la negativa, vale decir, que el *hardship* no se encuentra consagrado en la CVIM ni expresa ni tácitamente; la única posibilidad que le quedaría al deudor afectado por la excesiva onerosidad sería la de invocar la causal, basándose en su carácter de principio general de Derecho Internacional Privado.

De todo el análisis efectuado, podemos concluir que son dos los principios orientadores del *hardship*. Por una parte, la *equidad*, que permite descartar "de plano el enriquecimiento injusto que se produciría si alguna de las partes se aprovechara de las ventajas del negocio sin reconocer nada a cambio";¹⁵⁹ y por otra, el principio de buena fe, según el cual las partes tienen la íntima convicción o al menos la voluntad de obrar conforme a Derecho.¹⁶⁰ De este modo, "para Aníbal Alterini en los contratos de tracto sucesivo los contratantes tienen el deber y el derecho de renegociarlo cuando las circunstancias se alteran, [en consecuencia, aun cuando] la cláusula de *hardship* suele ser explícita, está implícita [en este tipo de contratos] por exigencias de la regla de la buena fe".¹⁶¹ En todo caso, no debe exagerarse y llevar este principio

¹⁵⁷ M. del P. PERALES, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, en línea en el sitio <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-79.html>.

¹⁵⁸ A. CASTRO & A. ZAPATA, *El hardship en los contratos internacionales*, *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 4 N° 2, 2005, p. 14, en ligne sur le site <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/indice.htm>.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶⁰ G. CORNU, *op. cit.*, nota 15, p. 109.

¹⁶¹ A. ALTERINI, "Teoría de la imprevisión y cláusula de *hardship*", *cit.* por A. CASTRO & A. ZAPATA, *art. cit.*, nota 158, p. 12.

al extremo, pues decir que una cláusula de *hardship* se encuentra siempre presente en razón de la buena fe, bien podría terminar afectando la seguridad jurídica, creando al mismo tiempo consecuencias adversas para el comercio internacional.

Así las cosas, se puede concluir que el *hardship* es en el Derecho Internacional una noción idéntica, o al menos muy similar, a lo que es la imprevisión en el derecho interno; y de este modo se diferenciarán del estado de necesidad en los mismos aspectos. Por consiguiente, la diferencia fundamental entre ambas nociones –*hardship* y estado de necesidad– reside en sus consecuencias, puesto que el primero permite suspender la ejecución de la obligación contraída con el objeto de renegociar el contrato bajo el prisma de las nuevas circunstancias, mientras que el segundo va más allá, permitiendo eximir la responsabilidad del autor del ilícito, por haber protegido un bien jurídico de mayor valor.

Sección 4: La legítima defensa

Se trata de la eximente de responsabilidad menos controvertida, puesto que nadie puede negar que será siempre justo “excluir la ilicitud o al menos condenar de forma menos severa a quien ha cometido una infracción para defenderse de una agresión ilegítima”.¹⁶² Se trata de un concepto que tuvo su origen en el seno del Derecho Penal y que luego fue adoptado por el Derecho Civil y posteriormente por el Derecho Internacional.

1. En el Derecho Interno

En Derecho Penal, la legítima defensa se encuentra reconocida en forma genérica por el artículo 122-5 del Código Penal, según el cual “está exento de responsabilidad criminal la persona que, ante una agresión ilegítima contra su persona o contra un tercero, realiza una acción comandada por la necesidad de la legítima defensa de su persona o del tercero, salvo en caso de desproporción entre los medios de defensa empleados y la gravedad de la amenaza.

Está exento de responsabilidad criminal la persona que para evitar la comisión de un crimen o de un delito contra un bien, ejecuta una acción de defensa distinta del homicidio, cuando dicha acción es estrictamente necesaria para

¹⁶² P. KOLB & L. LETURMY, op. cit., nota 2, p. 286.

lograr el fin perseguido, toda vez que los medios empleados son proporcionales a la gravedad de la amenaza".¹⁶³

Esta disposición nos permite entender cuáles son las condiciones necesarias para que la legítima defensa pueda ser invocada exitosamente. En primer lugar, se requiere que la agresión sea ilegítima, vale decir, que el autor del hecho típico no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla, por cuanto "si dicha agresión es comandada por la ley, perdería de inmediato el carácter de injusta o ilegítima".¹⁶⁴ Además, dicha agresión debe ser actual, condición que permite distinguir la resistencia de la venganza";¹⁶⁵ pero para que finalmente pueda excluir toda ilicitud, es necesario que *la reacción del agente sea proporcional a la gravedad del ataque*.

En cuanto a la responsabilidad civil, la legítima defensa tiene por objeto eximir de responsabilidad al autor del hecho ilícito, es decir, que "el autor del daño no será responsable, si vistas las circunstancias, no podía reaccionar de manera diferente para defenderse. Sin embargo, para eximir de responsabilidad [y tal como ocurre en Derecho Penal], es necesario que la agresión contra la integridad de las personas o contra los bienes sea ilegítima, y que la respuesta sea proporcional al ataque".¹⁶⁶ La Corte de Casación se pronunció en este sentido en un fallo de 2 de diciembre de 2003, donde juzgó que una persona "que realiza una agresión voluntaria no puede escapar a su responsabilidad mientras no conste que se encontraba en estado de legítima defensa...".¹⁶⁷ La legítima defensa tiene entonces la particularidad de suprimir las responsabilidades civil y criminal a la vez, ya que "elimina la infracción, no pudiendo dar lugar a una acción por daños y perjuicios a favor del agresor que hizo necesaria su invocación".¹⁶⁸

¹⁶³ Artículo 122-5 : "N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction".

¹⁶⁴ P. KOLB & L. LETURMY, op. cit., nota 2, p. 287.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 288.

¹⁶⁶ V. TOULET, op. cit., nota 36, p. 337.

¹⁶⁷ "Une personne qui exerce des violences volontaires ne saurait être exonérée de sa responsabilité civile s'il n'a pas été constaté qu'elle se trouvait en état de légitime défense...". Cass. Crim. 02 de diciembre de 2003, recurso N° 03-81273.

¹⁶⁸ P. LE TOURNEAU, op. cit., nota 7, § 1978.

2. En el Derecho Internacional

Así como en el Derecho Interno la legítima defensa es un principio general del Derecho Internacional, reconocido incluso en la Carta de Naciones Unidas, en su capítulo VII titulado “Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión”, y específicamente en su artículo 51, según el cual “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Se trata de un derecho inalienable del que dispone cada Estado para proteger sus intereses más importantes, como lo son la integridad de sus habitantes, el respeto de sus fronteras y de su organización político-jurídica, la protección de sus recursos naturales y centros estratégicos, etc. Según el artículo 21 de la CDI, “la ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Se trata entonces de una circunstancia eximente de responsabilidad que debe cumplir, según nuestro punto de vista, con los mismos elementos exigidos en el ámbito del Derecho Interno para poder producir los efectos que le son propios; vale decir, por una parte una *agresión ilegítima y actual*, y por otra parte, la *proporcionalidad en la actuación*, que debe siempre acompañar a este hecho justificativo. Sin embargo, y desde el momento en que la regla concierne a Estados soberanos, el riesgo de vulneración a las condiciones recién mencionadas es un peligro constante. La invasión militar llevada a cabo por los Estados Unidos e Inglaterra contra Irak en 2003, en nombre de la legítima defensa,¹⁶⁹ es ciertamente una clara ilustración de este riesgo. Con motivo de dicha actitud, la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra señaló que “en ausencia de una autorización del Consejo de Seguridad, ningún Estado puede recurrir a la fuerza contra otro Estado, salvo en caso de legítima

¹⁶⁹ El 12 de septiembre de 2001, el consejo de Seguridad de la ONU adoptó la resolución N° 1368, donde reconoció a los Estados Unidos un derecho de legítima defensa; en otras palabras, reconoció el derecho de los Estados Unidos a recurrir a la fuerza.

defensa, como respuesta a un ataque armado".¹⁷⁰ Ahora bien, puesto que no existió ninguna agresión militar previa por parte del gobierno iraquí y que el Derecho Internacional no concibe –afortunadamente– el concepto de “legítima defensa preventiva” invocada por los Estados Unidos, es de nuestro parecer que la invasión a Irak no puede enmarcarse dentro de la circunstancia eximente de responsabilidad en estudio; por lo demás, el ataque no tuvo lugar sino en 2003 –vale decir, 2 años después de la adopción de la resolución que autorizaba el uso de la fuerza–: en este caso, más que frente a una resistencia, nos encontramos frente a un acto de venganza.

Antes de finalizar, es preciso señalar una particularidad de vital importancia que muestra la legítima defensa en su ámbito de aplicación internacional, la cual consiste en que en algunos casos este hecho justificativo, a pesar de ver cumplidas todas las condiciones o elementos necesarios para su invocación, no producirá el efecto de excluir la ilicitud de la actuación de un Estado, encontrando una barrera infranqueable en el Derecho Humanitario y las disposiciones relativas a los Derechos del Hombre.

Para concluir, precisaremos que la legítima defensa presenta como rasgo común con el estado de necesidad la existencia de una agresión o de un peligro que no se está obligado a soportar, una amenaza que un hombre medio no puede franquear sin ejecutar un hecho ilícito. Sin embargo, ambas nociones presentan a su vez importantes diferencias; así, en primer lugar, se aprecia claramente que el estado de necesidad implica una *acción*, mientras que la legítima defensa es una *reacción*. En segundo lugar, el estado de necesidad supone un conflicto legítimo de intereses, mientras que en la legítima defensa sólo es legítimo el interés de la persona agredida y no el de su agresor.¹⁷¹ Finalmente, y en cuanto a su campo de aplicación, tanto el estado de necesidad como la legítima defensa pueden ser invocados en Derecho Interno y en Derecho Internacional; pero como la condición más importante para que esta última pueda tener aplicación es la existencia de una agresión ilegítima, la legítima defensa queda limitada exclusivamente al ámbito delictual de la responsabilidad, no pudiendo, por tanto, ser invocada en materia de responsabilidad contractual.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Tal y como lo hemos venido haciendo notar a lo largo de este artículo, el estado de necesidad es un hecho justificativo que encuentra aplicación tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual. En

¹⁷⁰ I. RAMONET, “Una agresión ilegal”, *Le Monde Diplomatique*, edición chilena, abril de 2003, en línea en el sitio <http://www.lemondediplomatique.cl/Una-agresion-ilegal.html>.

¹⁷¹ J. ZENTENO, op. cit., nota 44, p. 103.

el primer caso, la persona en situación de necesidad actúa bajo la presión de circunstancias económicas adversas, viéndose obligada a elegir el “mal menor” y por consiguiente contrae obligaciones en condiciones que no habría aceptado normalmente si acontecimientos externos no hubiesen alterado su libre voluntad; en cuanto a la responsabilidad delictual, el estado de necesidad es la situación en que se encuentra una persona que frente a la posibilidad de que ella misma o un tercero sufra un perjuicio de mayor envergadura, decide voluntariamente llevar a cabo un hecho contrario al ordenamiento jurídico, sacrificando un bien o un derecho de valor inferior.

Pero ¿qué hay de la contraparte o de la persona que ha sufrido efectivamente el perjuicio? ¿Debe aceptar esta situación o posee algún medio destinado a exigir una reparación por la pérdida sufrida como consecuencia del accionar de la persona que se encontraba en situación de necesidad? Estas preguntas dan lugar a respuestas diferentes según el estado de necesidad sea invocado en materia contractual (1) o en materia extracontractual (2).

Capítulo 1: El régimen jurídico del estado de necesidad en materia contractual

Frente a un contrato, el fin perseguido cuando se invoca el estado de necesidad, es precisamente liberar del cumplimiento de su obligación a quien lo invoca. Sin embargo, hay que ser prudentes; el estado de necesidad en Derecho Interno se invoca sobre la base de acontecimientos que tuvieron lugar en el momento de la formación del contrato y que fueron provocados, o al menos utilizados, para obtener un beneficio excesivo por la contraparte (1). En el Derecho Internacional, en cambio, aun cuando el estado de necesidad se invoque por un Estado soberano sobre la base de obligaciones contractuales, sus fundamentos son mucho más cercanos a aquellos de la responsabilidad extracontractual: la suspensión de los efectos normales de la obligación no es ya una sanción al comportamiento de la contraparte, sino que se trata de una justificación fundada sobre la base de una elección efectuada entre dos perjuicios de valor diferente que iban a producirse de todos modos durante el período de ejecución o cumplimiento de dicha obligación (2).

Sección 1: En el Derecho Interno

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos han aceptado la posibilidad de que el estado de necesidad constituya una circunstancia que permita excluir la ilicitud en caso de no cumplimiento de una obligación por parte del deudor, si la razón reside en la existencia de un vicio en el momento de la celebración del contrato. De este modo, el fin perseguido será siempre el mismo, esto es, obtener la nulidad del contrato.

En el derecho francés, como se considera que el estado de necesidad es un vicio del consentimiento, su efecto será el de anular el contrato y por consiguiente eximir de toda responsabilidad a la parte lesionada al momento de la formación de dicho consentimiento. Por ello es que en caso de haber lugar a una indemnización, ésta sería para el incumplidor, como medio de sanción al comportamiento potencialmente perjudicial de la contraparte.

La jurisprudencia acepta asimismo que la violencia económica pueda ser considerada como un vicio del consentimiento susceptible de acarrear la nulidad del acto. Así, en fallo del 05 de julio de 1965 la Corte de Casación declaró nulo un contrato de trabajo y señaló "que atendido que el fallo recurrido constató que al momento de su renuncia, M. Maly, que debía dejar París e instalarse en Grenoble con un niño enfermo, tenía graves necesidades económicas, que su empleador se negaba a dar cumplimiento a las obligaciones del contrato inicial, que se encontraba en la alternativa de iniciar un procedimiento que podría ser largo o aceptar de inmediato una suma reducida de dinero, consintiendo a continuar con sus labores bajo cláusulas draconianas, con una disminución considerable en el porcentaje de las comisiones, renuncia a las prestaciones sociales, etc. [...]; que habiendo considerado que el consentimiento de M. Maly se encontraba afectado por una fuerza moral y que el contrato de 12 de octubre de 1959 era nulo, el fallo atacado dio una base legal a su decisión".¹⁷²

Otro ejemplo de esta situación es el artículo 15 de la ley N° 67-545¹⁷³ relativa a los acontecimientos marítimos, el cual dispone que "toda convención de asistencia puede, a solicitud de una de las partes, ser anulada o modificada por el tribunal, si estima que las condiciones fijadas no son equitativas, en consideración al servicio prestado y las reglas de remuneración indicadas en el artículo 16, o que el servicio prestado no presenta las características propias de una asistencia, cualquiera que sea la calificación que las partes le hayan dado".¹⁷⁴ Como podemos apreciar, el tribunal posee la facultad de modificar la convención, situación por lo menos extraña, puesto que el

¹⁷² "Qu'attendu que l'arrêt attaqué constate que, lors de sa démission, M. Maly, qui devait quitter Paris et s'installer à Grenoble avec un enfant malade, avait de pressants besoins d'argent, que son employeur refusait d'exécuter les obligations résultant du contrat initial, qu'il s'était trouvé dans l'alternative ou d'engager un procès qui pouvait être long ou d'accepter de recevoir immédiatement une somme réduite, en consentant à poursuivre son activité sous des clauses draconiennes, avec diminution considérable du taux des commissions, renonciation aux prestations sociales, etc, clauses dont l'une était illicite et dont l'ensemble était injuste [...]; qu'en déduisant que le consentement de M. Maly avait été vicié par une violence morale et que le contrat du 12 octobre 1959 était nul, l'arrêt attaqué a donné une base légale à sa décision". Cass. Soc. 05 de julio de 1965, RTD Civ. 1966, p. 283, Obs. J. CHEVALIER.

¹⁷³ Ley N° 67-545, de 07 de julio de 1967.

¹⁷⁴ "Toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 ou que le service rendu ne présente pas les caractères d'une véritable assistance, quelque qualification que les parties lui aient donnée".

principio que rige en el Derecho Civil es que sólo las partes pueden revisar el contrato, dejando al juez exclusivamente la facultad de anularlo si se llegare a presentar un vicio.

Podemos ver entonces que el estado de necesidad se encuentra reconocido en materia contractual y la sanción que trae aparejada es la nulidad del acto; en todo caso, un análisis más exhaustivo a este respecto no nos parece necesario. La nulidad es producida por un vicio del consentimiento, y las disposiciones que rigen esta materia han sido ya ampliamente debatidas en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, por lo que su exposición no aportaría novedad alguna a nuestro estudio.

Sección 2: En el Derecho Internacional

Cuando un Estado invoca el estado de necesidad, busca –tal como lo hacen las partes de un contrato regulado por el Derecho Interno– excluir la ilicitud derivada del incumplimiento de sus obligaciones. Pero, y tal como lo adelantamos, en la medida en que el fundamento para invocar este hecho justificativo se encuentra más próximo al de la responsabilidad delictual, la interrogante más importante que debe dilucidarse es la de la indemnización de la contraparte; interrogante de carácter general que se encuentra presente tanto en el Derecho Internacional Público (1) como en Derecho de las Inversiones Internacionales (2).

1. En el Derecho Internacional Público

A) Las consecuencias del estado de necesidad en la jurisprudencia anterior a 1945

El efecto producido por la invocación del estado de necesidad en el Derecho Internacional Público no es otro que la exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado que lo invoca. En este sentido, uno de los primeros casos que confirma nuestra posición, y quizás uno de los más ilustrativos, es el llamado *diferendo angloportugués* de 1832. “El Gobierno portugués, ligado a Gran Bretaña por un tratado que lo obligaba a respetar los bienes de los nacionales británicos residentes en el país, había invocado la necesidad urgente de abastecer a las tropas encargadas de reprimir disturbios internos, para justificar la apropiación de bienes pertenecientes a nacionales británicos”.¹⁷⁵ El Gobierno

¹⁷⁵ “Le Gouvernement portugais, lié à la Grande-Bretagne par un traité qui l’engageait à respecter les biens des ressortissants britanniques résidant dans le pays, avait invoqué la nécessité de pourvoir d’urgence à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, ceci pour justifier l’appropriation par lui de biens appartenant à des ressortissants britanniques”. Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 29.

británico consultó entonces a sus asesores jurídicos, y de entre ellos M. Jenner señaló que en caso de necesidad urgente, el Gobierno portugués “se encontraría jurídicamente facultado para poner a disposición de las fuerzas armadas los víveres, etc., que podrían ser necesarios para asegurar su subsistencia, incluso contra la voluntad de los propietarios de los bienes, sean británicos o portugueses. En efecto [señaló], no creo que los tratados celebrados entre nuestro país y Portugal tengan una naturaleza tan rígida e inflexible que no sean susceptibles de modificación alguna cualquiera que sean las circunstancias, o que sus disposiciones deban ser respetadas textualmente, al punto de que el Gobierno portugués se vea privado del derecho de recurrir a los medios absolutamente indispensables para asegurar la seguridad del Estado, y aun más, para preservar su existencia”.¹⁷⁶ Lo interesante de este caso es constatar que ambas partes estuvieron de acuerdo en considerar que en caso de necesidad, existe la posibilidad de desconocer las obligaciones que emanan de un tratado, sin necesariamente ver comprometida la responsabilidad del Estado infractor.

En el mismo sentido, puede hacerse referencia al caso *de los bienes de las minorías búlgaras en Grecia*. El tratado de Sevres de 1920 entre las naciones aliadas y Turquía, disponía que las minorías establecidas en los territorios cedidos a Grecia y que hasta entonces pertenecían al Imperio Otomano, podrían elegir, si así lo estimaban conveniente, la nacionalidad búlgara, lo cual no les impediría en ningún caso conservar sus inmuebles, no obstante la obligación que pesaba sobre ellos de abandonar el territorio griego. Algunos años más tarde, una gran cantidad de refugiados griegos que se encontraban en Asia Menor llegaron a Grecia; el Gobierno helénico no tuvo entonces otra opción que instalarlos en los inmuebles de los búlgaros, actitud que dio nacimiento al diferendo con las minorías búlgaras desplazadas. La Comisión de la Sociedad de las Naciones reconoció la existencia de la fuerza mayor invocada por Grecia y decidió eximirla de su responsabilidad, por cuanto, según su percepción, el Gobierno griego se encontraba “en una situación de imposibilidad material de dar cumplimiento a la obligación relativa al respeto de las propiedades búlgaras en su territorio”.¹⁷⁷ Resulta interesante ver que la excusa retenida por la Comisión de la Sociedad de las Naciones se trataba más bien de una verdadera situación de *necesidad* que de fuerza mayor. “Era la necesidad de resguardar un interés esencial, a saber,

¹⁷⁶ “...serait en droit de mettre à la disposition de l'armée les vivres, etc., qui pourraient être nécessaires pour assurer sa subsistance, même contre la volonté des propriétaires, qu'ils fussent britanniques ou portugais. En effet, je ne pense pas que les traités conclus entre notre pays et le Portugal soient de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'Etat, et même pour préserver son existence”. *Ibid.*, p. 30. Ver en el mismo sentido C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 96.

¹⁷⁷ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 90.

ofrecer un asilo inmediato a sus nacionales que erraban sobre su territorio en búsqueda de refugio, lo que había llevado al Gobierno griego a actuar de una manera que no se condice con las obligaciones que lo ligaban a Bulgaria".¹⁷⁸

El mismo principio se acogió con posterioridad, con ocasión del llamado caso Oscar Chinn. "El Gobierno belga adoptó en 1931 medidas concernientes al transporte fluvial [...] en lo que en ese entonces era el Congo Belga.¹⁷⁹ Según el Reino Unido, país de origen de Oscar Chinn, quien fue perjudicado por las medidas en cuestión, éstas habrían creado un "monopolio de hecho" del transporte fluvial del Congo, lo que a su juicio era contrario a los principios de la "libre navegación" y de la "igualdad de tratamiento", previstos en los artículos 1 y 5 de la Convención de Saint-Germain-en-Laye, de 10 de septiembre de 1919".¹⁸⁰ El asunto fue zanjado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, que sostuvo que el monopolio de hecho no era contrario a dicha convención. Según la opinión individual del juez M. Anzilotti, si la prueba de los hechos alegados por el Gobierno británico hubiese sido expuesta de una mejor manera, el Gobierno belga no habría podido excusar su accionar sino demostrando haber actuado en estado de necesidad, pues "la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales".¹⁸¹

En todo caso, la exclusión de la ilicitud de un hecho cometido por un Estado, aun cuando sea admitida por razones de necesidad, "no importaría por sí misma más que la exención de las consecuencias que el Derecho Internacional impondría, en caso contrario, a cargo del Estado infractor. Esta exención no se extiende en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho genera a título diferente, y en especial al nacimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el hecho [necesario]".¹⁸²

¹⁷⁸ "C'était la nécessité de sauvegarder un intérêt pour lui essentiel, à savoir offrir un asile immédiat à ses ressortissants qui déferlaient sur son territoire en quête de refuge, qui avait amené le Gouvernement grec à agir d'une manière non conforme aux obligations internationales qui le liaient à la Bulgarie". Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 26.

¹⁷⁹ Territorio ubicado en África Central que fue administrado directamente por Bélgica hasta 1960. Con posterioridad a una crisis política de 5 años, el territorio fue denominado Zaire hasta 1997, para finalmente cambiar a su nombre actual, la *República Democrática del Congo*.

¹⁸⁰ "Le Gouvernement belge adopta en 1931 des mesures concernant les transports fluviaux [...] dans ce qui était alors le Congo belge. D'après le Royaume-Uni, dont le ressortissant Oscar Chinn s'était trouvé lésé par les mesures en question, celles-ci avaient créé un "monopole de fait" des transports fluviaux du Congo, ce qui, à son avis, était contraire aux principes de la "libre navigation" et de "l'égalité du traitement", prévus aux articles 1 et 5 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye, du 10 septembre 1919". *Ibid.*, p. 30.

¹⁸¹ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 83. Ver en el mismo sentido, Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 30.

¹⁸² "...ne comporterait par elle-même que l'exclusion des conséquences que le droit international

B) Las consecuencias del estado de necesidad según el artículo 27 de la CDI

La regla, titulada *consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud*, dispone que “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.

Esta norma es trascendental, ya que establece el deber de continuar respetando la obligación una vez desaparecida la circunstancia que excluye la ilicitud. Por lo demás, aborda la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva sufrida por la contraparte. Luego, el principio de la irresponsabilidad para la víctima de la necesidad que rige en Derecho Interno no existe en Derecho Internacional.

- i) El respeto de la obligación cuando la circunstancia que excluye la ilicitud ya no existe

Según el artículo 27 letra a) cabe preguntarse “qué es lo que ocurre cuando una condición o circunstancia que obstaculiza el cumplimiento de una obligación ya no existe o deja progresivamente de aplicarse”.¹⁸³ A la luz del texto citado, sólo puede concluirse que en tal situación la obligación en cuestión debe volver a respetarse. Es decir, que una vez “y en la medida que una circunstancia eximente de responsabilidad deje de existir, o deje de producir dicho efecto, cualquiera que sea el motivo, la obligación en cuestión (suponiendo que se encuentre en vigor) deberá ser nuevamente observada, y el Estado respecto del cual la anterior inobservancia había sido excusada, tendrá que obrar en consecuencia”.¹⁸⁴

trait autrement à la charge de l'Etat auteur du fait en question en raison de son illicéité. Cette exclusion ne s'étendrait donc nullement à des conséquences que le même fait engendrerait à un autre titre, et notamment à la naissance d'une obligation d'indemniser les dommages causés par l'acte [nécessaire]”. Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 21.

¹⁸³ “Pose la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une condition faisant obstacle au respect d'une obligation n'existe plus ou cesse progressivement de s'appliquer”. Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 225.

¹⁸⁴ “Dans la mesure où une circonstance excluant l'illicéité cesse d'exister, ou cesse d'avoir un effet exonérateur pour une raison quelconque, l'obligation en question (à supposer qu'elle soit toujours en vigueur) devra de nouveau être observée, et l'Etat dont l'inobservation antérieure a été excusée devra agir en conséquence”. *Ibid.*

La diferencia con los ordenamientos jurídicos internos es evidente, puesto que la invocación de una circunstancia eximente de responsabilidad no tendrá como objetivo hacer desaparecer la convención o anular la obligación, sino simplemente suspender su ejecución. En este sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁸⁵ al declarar que Hungría no podía ir tan lejos y concluir que en virtud de un estado de necesidad las obligaciones que nacieron del tratado de 1977 la habían dejado de ligar a Eslovaquia, puesto que dicha eximente de responsabilidad sólo permitiría afirmar que “de acuerdo a los acontecimientos, aquel país no habría comprometido su responsabilidad internacional de la forma en que lo hizo”.¹⁸⁶ Luego, el tribunal continuó desarrollando su planteamiento, y decidió que “no obstante establecerse la existencia de un estado de necesidad, no se puede poner fin a un tratado como consecuencia del mismo. El estado de necesidad sólo puede ser invocado para eximir de responsabilidad al Estado que no dio cumplimiento a un tratado. Aun cuando se considere justificado que la invocación de este motivo dé fin al tratado, lo cierto es que éste no se extinguirá por esta vía; puede que no produzca efectos mientras subsista el estado de necesidad; [...] pero mantendrá su vigencia, a menos que las partes le pongan fin de común acuerdo. Una vez que el estado de necesidad desaparezca, renace el deber de cumplir las obligaciones que derivan del tratado”.¹⁸⁷

Un ejemplo bastante anterior al recién analizado puede encontrarse en el caso *de los bosques del Ródope Central*, que surgió a propósito de la aplicación del artículo 181 del Tratado de Neuilly de 1919, donde se estipulaba que las transferencias de territorio efectuadas en cumplimiento de sus cláusulas no atentarían contra los derechos privados, protegidos en los tratados firmados precedentemente entre Turquía y Bulgaria por una parte, y Grecia y Serbia por otra, entre 1913 y 1914.¹⁸⁸ “El diferendo había surgido entre Bulgaria y Grecia, como consecuencia de la aplicación de dicho artículo a un cierto número de bosques situados en un territorio que Turquía había cedido a Bulgaria en 1913, [ya que] con anterioridad a dicha cesión, el Gobierno otomano había entregado la concesión de explotación de los bosques a una sociedad, cuyos propietarios

¹⁸⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra, nota 83.

¹⁸⁶ “...compte tenu des circonstances, [elle] n’aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l’a fait”. *Ibid.*

¹⁸⁷ “Même si l’existence d’un état de nécessité est établie, il ne peut pas être mis fin à un traité sur cette base. L’état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n’a pas exécuté un traité. Même si l’on considère que l’invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d’effet tant que l’état de nécessité persiste; [...] mais il reste en vigueur, à moins que les Parties n’y mettent fin d’un commun accord”. *Dès que l’état de nécessité disparaît, le devoir de s’acquitter des obligations découlant du traité renait*”.

¹⁸⁸ Naciones Unidas A/CN.4/151, Resumen de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales en relación a la sucesión de los estados: Estudio redactado por la secretaria, p. 161.

pasaron a ser nacionales griegos luego de la Primera Guerra Mundial. Por su parte, Bulgaria había decidido desconocer la concesión, otorgando una nueva a una sociedad diferente”.¹⁸⁹ Por un fallo dictado con fecha 29 de marzo de 1933, Bulgaria fue condenada al pago de una indemnización a Grecia como consecuencia de los perjuicios generados. Sin embargo, como el Estado búlgaro no cumplió con dicha obligación, Grecia llevó el asunto ante la Comisión de la Sociedad de las Naciones.

“Ante esta instancia internacional, Bulgaria invocó el estado de necesidad, fundándose en las graves consecuencias financieras que dicho pago habría ocasionado al Estado y a la economía del país”,¹⁹⁰ elaborando entonces un plan de pago diferente. “El Gobierno de Grecia, tomando en consideración las dificultades financieras de Bulgaria, dio su asentimiento a esa propuesta y estuvo (sic) dispuesto a arreglar [...] la naturaleza y la cantidad de las entregas que podría aceptar convenientemente en pago de su pretensión”.¹⁹¹ El análisis de este caso, a pesar de haber concluido por acuerdo de las partes, nos demuestra que el efecto del estado de necesidad es eximir de responsabilidad al Estado que lo invoca, y al mismo tiempo, de suspender el cumplimiento de la obligación hasta que desaparezca el acontecimiento que dio vida a la situación de necesidad. De este modo, Grecia aceptó el nuevo plan de pago propuesto por Bulgaria, destinado a dar cumplimiento a su obligación una vez concluido el estado de necesidad en que se encontraba.

ii) La indemnización de la pérdida efectiva ocasionada

El principio de la indemnización de la pérdida efectiva resultante de un comportamiento ilícito de un Estado ha sido reconocido desde los albores del Derecho Internacional moderno. Así, en 1927, en el caso de la *fábrica de Chorzów*,¹⁹² la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que “la obligación de reparar de forma adecuada la violación de una obligación constituye un principio del Derecho Internacional. La reparación es entonces el complemento indispensable

¹⁸⁹ “Le différend s’était élevé entre la Bulgarie et la Grèce au sujet de l’application de cet article à certaines forêts situées dans un territoire que la Turquie avait cédé à la Bulgarie en 1913, [car] avant le transfert du territoire, le Gouvernement ottoman avait accordé une concession d’exploitation des forêts à une certaine société, dont les propriétaires étaient devenus ressortissants helléniques après la première guerre mondiale. Toutefois, la Bulgarie avait refusé de reconnaître la concession et avait accordé une nouvelle concession à une autre société”. *Ibid.*

¹⁹⁰ “Face à cette instance internationale, la Bulgarie a évoqué l’état de nécessité, fondé sur les graves conséquences financières que ce paiement aurait occasionné à l’Etat et à l’économie du pays”, CADTM & H. DIAZ, *L’état de nécessité, La dette extérieure : Mécanismes juridiques de non-paiement, moratoire ou suspension de paiement*, en línea en el sitio <http://www.france.attac.org/spip.php?article311>.

¹⁹¹ Naciones Unidas A/CN.4/318/ADD.5, p. 20.

¹⁹² *Fábrica de Chorzów*, C.P.J.I., 1927, Serie A, N° 9, p. 21.

al incumplimiento de una convención, sin que sea necesario contemplarla de forma expresa".¹⁹³ Posteriormente, y en el mismo sentido, el tribunal arbitral encargado del análisis del caso *Rainbow Warrior*,¹⁹⁴ estimó que "toda violación de una obligación por parte de un estado, cualquiera que sea su origen, lo hace responsable y por consiguiente importa el deber de reparación".¹⁹⁵

La letra b) del artículo 27 CDI trata sobre si "un Estado que invoca una circunstancia eximente de responsabilidad tendría o no de todos modos la obligación de reparar toda pérdida efectiva sufrida por cualquier Estado directamente afectado".¹⁹⁶ Según M. Crawford, el artículo no se refiere a "la indemnización en el sentido de una reparación debida por un comportamiento ilícito, [sino] que por las pérdidas que pudieren producirse cuando una de las partes invoca una de las circunstancias contempladas en el capítulo V [del proyecto de la CDI]".¹⁹⁷ De este modo, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁹⁸ Hungría aceptó este principio, y señaló que no obstante acogerse por el tribunal el estado de necesidad en que ella se encontraba, la obligación de indemnizar a su contraparte seguía en vigor.

Si la obligación de indemnizar a la contraparte está siempre presente en caso de incumplir una obligación internacional, ¿de qué sirve entonces invocar una circunstancia eximente de responsabilidad, y específicamente, el estado de necesidad? Como lo veremos en relación al Derecho de las Inversiones Internacionales, la respuesta puede encontrarse en relación al monto de la indemnización, pues si el estado de necesidad resulta acogido por el tribunal, éste no tomará en consideración el monto correspondiente por concepto del hecho ilícito; sin embargo, en caso de desestimarse la causal, dicho monto deberá ser considerado para establecer la suma final.

2. En el Derecho de las Inversiones Internacionales

En esta rama del Derecho, la situación es bastante similar a lo que acabamos de exponer. El Estado receptor de la inversión invocará el estado de necesidad con miras a excluir la ilicitud que acarrea consigo el incumplimiento de una

¹⁹³ "It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself".

¹⁹⁴ *Rainbow Warrior*, Naciones Unidas, R.S.A., Vol. XX (1990), p. 217.

¹⁹⁵ "Toute violation par un Etat d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet Etat et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer", Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 135.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 226.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cité supra, nota 83.

obligación, argumentando la necesidad de proteger un interés esencial, de mayor valor que aquel que ha sido sacrificado. Ahora bien, a pesar de que la actitud del Estado parece absolutamente justificada, cabe preguntarse si el inversionista está o no obligado a soportar dicho incumplimiento, por responder a necesidades de carácter esencial para la supervivencia de un Estado.

La respuesta no es tan sencilla, pues a pesar de la aplicación del artículo 27 de la CDI –principio de aplicación general en el Derecho Internacional–, existe la posibilidad de que las condiciones y los efectos de un hecho justificativo se encuentren reguladas en algún instrumento específico. ¿Cuál será entonces la ley que regirá a las partes? ¿La regla de Derecho Internacional o la convención? La jurisprudencia no ha sido clara al respecto.

A) Las consecuencias del estado de necesidad según la jurisprudencia, a comienzos del siglo XX

A comienzos del siglo pasado –antes del surgimiento del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos–, en el caso de la *Compañía francesa de vías férreas venezolanas*,¹⁹⁹ la Comisión mixta para el arreglo de diferencias entre Francia y Venezuela²⁰⁰ acogió el estado de necesidad²⁰¹ a causa de una revolución surgida como consecuencia de la inestabilidad política del país sudamericano, que había conducido, entre otras nefastas consecuencias, a la destrucción de una gran parte de los puentes y vías férreas construidos por la sociedad en cuestión. En este sentido, el tribunal estimó que “los hechos descritos [...] no demuestran ninguna relación entre el Gobierno de Venezuela y la empresa demandante, que haga responsable económicamente al primero de la ruina de la segunda”.²⁰² En todo caso, hay que decirlo, el Gobierno venezolano resultó obligado a indemnizar las pérdidas sufridas por el inversionista; así, el árbitro señaló “que no hay lugar a dudas en lo concerniente a la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, por los daños y perjuicios que sufrió la propiedad del inversionista mientras que era utilizada y controlada por el Gobierno”.²⁰³

La misma Comisión, en el caso de la *Compañía General del Orinoco*,²⁰⁴ entregó una decisión casi idéntica, por cuanto el árbitro M. Plumey, y puesto que

¹⁹⁹ *French Company of Venezuelan Railroads case*, Naciones Unidas, R.S.A., Vol. X, p. 285.

²⁰⁰ Creada por el Protocolo de 19 de febrero de 1902.

²⁰¹ La expresión utilizada en este caso fue la de fuerza mayor, sin embargo, para la doctrina actual resulta una clara situación de estado de necesidad.

²⁰² “The facts brought upon the record [...], do not disclose any relation of the respondent Government to the claimant company which makes the former chargeable financially for the ruin of the latter”.

²⁰³ “There is no question as to the liability of the respondent Government for the natural and consequential damages which resulted to the railroad properties while they were in the use and control of the titular Government”.

²⁰⁴ *Affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque*.

Venezuela había intentado evitar un conflicto armado con Colombia, estimó como “internacionalmente lícita, en las circunstancias excepcionales del caso, la rescisión de las concesiones por parte del Gobierno venezolano, haciendo presente en todo caso que la sociedad demandante tendría derecho a una indemnización por las consecuencias provocadas por dicha decisión, internacionalmente lícita, pero gravemente perjudicial para sus intereses”.²⁰⁵

B) Las consecuencias del estado de necesidad según la jurisprudencia actual: la crisis argentina

Analizando ya casos más recientes, en el marco de los casos llevados ante la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI, como consecuencia de la grave crisis económica y política sufrida por Argentina, y específicamente en el caso CMS,²⁰⁶ el tribunal arbitral estimó que las condiciones necesarias para que el estado de necesidad invocado por Argentina pudiera ser acogido no se cumplían. “Sin embargo, si la respuesta del tribunal hubiese sido otra, y hubiese considerado que la situación durante los años 2000/2002 hubiese podido ser calificada como estado de necesidad, las conclusiones no habrían sido sustancialmente diferentes de aquellas expresadas en la sentencia actual, en lo tocante a la indemnización del perjuicio ocasionado a la sociedad CMS”.²⁰⁷ El tribunal analizó el artículo 27 de la CDI, y en virtud de su letra b), consideró que Argentina, a pesar de su razonamiento de que ninguna indemnización se debe en caso de necesidad, tenía sobre ella la obligación de reparar a la sociedad CMS, y que su argumento “equivalía a afirmar que una parte en este tipo de tratado, o sus sujetos, debe soportar enteramente el costo de la invocación de los intereses esenciales de la otra parte. Esto no es, sin embargo, el significado del Derecho Internacional o de los principios que rigen en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”.²⁰⁸

Podemos entonces darnos cuenta de que “el monto de la indemnización fijada por el tribunal podría no ser sustancialmente diferente”²⁰⁹ de aquel que podría haberse fijado en caso de acogerse la tesis de la necesidad. Esta decisión nos parece paradójica, pues resulta difícil comprender cómo un Estado que invoca el estado de necesidad como circunstancia eximente de su responsabilidad, y fundado en una crisis económica grave, puede resultar obligado a indemnizar al inversionista en los mismos términos que si su actuar hubiese

²⁰⁵ Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 29.

²⁰⁶ CMS, cit. supra, nota 95.

²⁰⁷ C. LEBEN, *L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement*, Gaz. Pal. N° 2005/3, p. 51.

²⁰⁸ CMS, cit. supra, nota 95 § 390.

²⁰⁹ C. LEBEN, art. cit., nota 207, p. 52.

sido antijurídico. “A final de cuentas, el tribunal podría considerar sea que no hay estado de necesidad y que por consiguiente es necesario indemnizar los perjuicios causados; sea que hay estado de necesidad y que de todas formas deben indemnizarse los perjuicios. La diferencia entre ambas hipótesis reside en la consideración de la ilicitud en el primer caso, para determinar el monto a indemnizar, a diferencia del segundo caso, en que la cantidad establecida por concepto de la ilicitud debe sustraerse”.²¹⁰

Una decisión totalmente diferente, por no decir opuesta, puede encontrarse en la decisión adoptada por el tribunal arbitral del CIADI en el caso LG&E.²¹¹ Al analizar el artículo 27 letra b) de la CDI dispuso, siguiendo la tesis de M. Crawford,²¹² que “la norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del Artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta”.²¹³ De esta forma, el tribunal arbitral concluye, sobre la base del artículo XI del TBI y no del artículo 27 de la CDI, que durante el período de necesidad “Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual las demandantes deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor”²¹⁴ de la inversión, vale decir, que “durante el tiempo estimado de crisis, esto es un período de 17 meses, Argentina no podría ser considerada como responsable de los perjuicios sufridos por los inversionistas”.²¹⁵

En el caso *ENRON*,²¹⁶ a pesar de ser la sentencia más reciente, la decisión del tribunal arbitral del CIADI se asemeja mucho más a la del caso *CMS* que a la del caso *LG&E*. Antes de cualquier análisis debemos en todo caso recordar que en el caso *ENRON*, tal como ocurrió en el caso *CMS*, el tribunal arbitral consideró que las condiciones para invocar el estado de necesidad no se encontraban presentes, lo que trajo como consecuencia que Argentina se viera condenada al pago de una indemnización en que se incluía el período en que se encontraba en crisis. Ahora bien, aun cuando el tribunal hubiese estimado que se estaba en presencia de un estado de necesidad que justificara las medidas adoptadas por Argentina, su decisión final sobre el asunto no habría variado mayormente con respecto a la que adoptó en definitiva, y

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *LG&E*, cit. supra, nota 96.

²¹² Según el autor James Crawford, el artículo 27 letra b) de la CDI “no precisa en qué condiciones una indemnización debe pagarse”. J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 229.

²¹³ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 260.

²¹⁴ *Ibíd.*, § 266.

²¹⁵ M. RAUX, *La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin: LG&E C/ Argentine*, Gaz. Pal. N° 2006/3, p. 60.

²¹⁶ *ENRON*, cit. supra, nota 97.

esto, como consecuencia de la interpretación dada al artículo 27 letra b) de la CDI. Así, a pesar de que Argentina sostenía que la indemnización podía tener lugar sólo sobre el fundamento de perjuicios causados una vez acabada la crisis, haciendo un análisis profundo de dicha norma, el tribunal señaló “que a pesar de que el artículo no especifica las circunstancias en las cuales la indemnización debe tener lugar como consecuencia de la multiplicidad de situaciones posibles, se consideró asimismo que se trata de una situación que debe ser negociada con la contraparte, sin excluir la posibilidad de una eventual compensación fundada en acontecimientos pasados. En ausencia de una negociación entre las partes, esta determinación deberá ser realizada por el tribunal”.²¹⁷ Vemos entonces claramente que la interpretación dada a la norma es bastante diferente de la que realizó en su momento el tribunal CIADI en el caso LG&E, por cuanto aquí no se excluye la posibilidad de una eventual indemnización fundada en acontecimientos anteriores al término del período de crisis.

A nuestro parecer, de entre los tres casos analizados que surgieron como consecuencia de la crisis económica argentina, donde mejor se respeta el espíritu del proyecto de artículos de la CDI es en la decisión entregada por el tribunal arbitral en el caso LG&E. Nos parece legítimo pensar que una vez acogido el estado de necesidad como una circunstancia eximente de responsabilidad, ninguna indemnización puede derivarse del período de urgencia que él comprende; ya que el inversionista al momento de elegir un país donde establecer sus operaciones, acepta implícitamente someterse al mismo tratamiento que los nacionales de dicho Estado. Es decir, acepta beneficiarse de los períodos de bonanza económica, pero al mismo tiempo acepta sufrir las pérdidas derivadas de los períodos de crisis; a pesar de que algunos autores puedan no estar de acuerdo, por cuanto no estiman aceptable “hacer soportar todas las pérdidas al inversionista”²¹⁸ y prefieren aplicar de forma más estricta el artículo 27 de la CDI, exigiendo que el Estado indemnice al menos la pérdida efectiva ocasionada en el patrimonio del inversionista.

En todo caso, nuestra posición en ningún caso implica que la contraparte deba soportar todos los perjuicios que le sean ocasionados como consecuencia de una crisis, pues aquellos que haya sufrido con anterioridad y con posterioridad a dicho período deberán, por supuesto, ser reparados según las reglas generales

²¹⁷ “Although that Article does not specify the circumstances in which compensation should be payable because of the range of possible situations, it has also been considered that this is a matter to be agreed with the affected party, thereby not excluding the possibility of an eventual compensation for past events. In the absence of a negotiated settlement between the parties, this determination is to be made by the Tribunal to which the dispute has been submitted”, *ENRON*, cit. supra, nota 97, § 345.

²¹⁸ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 269.

de la responsabilidad. En este sentido, el tribunal arbitral fue bastante claro al momento de señalar que inmediatamente después de finalizado el estado de necesidad, “las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia. Así, la parte demandada habría debido reestablecer el sistema de tarifas ofrecido a LG&E, o al menos haber compensado a las demandantes por las pérdidas sufridas como consecuencia de las medidas adoptadas antes y después del estado de necesidad”.

Capítulo 2: El régimen jurídico del estado de necesidad en materia extracontractual

En este ámbito, el estado de necesidad se considera como una circunstancia que permite excluir la ilicitud de un hecho cuando el autor del mismo no tenía ningún otro medio al cual recurrir para proteger un interés legítimo, que sacrificar otro de menor valor. Debemos en todo caso precisar que el efecto producido por el estado de necesidad será distinto, según se analice a la luz de la responsabilidad penal (1) o de la responsabilidad civil (2).

Sección 1: En el Derecho Penal

En Derecho Penal el efecto que produce el estado de necesidad es simple. Se trata de un hecho justificativo que legitimará el comportamiento del autor del hecho ilícito. Ejemplo de eso es el artículo 122-7 del nuevo Código Penal al señalar que “no es responsable penalmente...” la persona que comete una infracción en situación de necesidad. “La impunidad de la infracción necesaria es indiscutible racionalmente; ya que de nada serviría reprimirla, [puesto que] no tendría lugar ninguna de las funciones de la pena”.²¹⁹ La idea de readaptar o, peor aún, de castigar a quien comete un delito en estado de necesidad, parece contraria a toda lógica.

No debe olvidarse que al momento de cometer la llamada “infracción necesaria”, el autor está intentando proteger un interés más importante, o al menos de un valor similar al del que se sacrifica; desde este punto de vista, podemos incluso concluir que le está prestando un verdadero servicio a la sociedad. La jurisprudencia de la Corte de Casación reconoce desde hace mucho este efecto del estado de necesidad; así, en el fallo de 09 de junio de 1836²²⁰ señaló que “el hecho de que un marido sin conocimientos médicos haya ayudado a su propia

²¹⁹ J.-Y CHEVALLIER, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif)*, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, p. 125.

²²⁰ *Ibid.*

mujer a dar a luz, no constituye un caso de ejercicio ilegal de la profesión, si se encontraba justificado por una situación de urgencia y *necesidad absoluta*".²²¹ En el mismo sentido, la jurisdicción suprema declaró, en un caso de accidente automovilístico, en virtud de un fallo de 27 de enero de 1993, que "la víctima llevó a cabo un acto necesario que excluye la ilicitud de su parte".²²² Siguiendo con el análisis jurisprudencial, el estado de necesidad fue nuevamente acogido por la Corte de Casación en 1957, cuando decidió declarar inocente del delito de daños a la propiedad, como consecuencia de la situación de necesidad en que se encontraba, al imputado que destruyó la cerca construida por uno de los copropietarios con el único fin de impedirle el paso al baño común y a los medidores de gas y electricidad.²²³

La postura adoptada por la Corte de Casación no ha variado con el paso del tiempo, así en un fallo de 29 de junio de 1999, dicho tribunal señaló que "el estado de necesidad constituye un hecho justificativo; [y que] dicha circunstancia excluye totalmente la responsabilidad del imputado".²²⁴ En este mismo sentido puede citarse el fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Toulouse, que en un caso relativo a la deportación de un inmigrante ilegal, y fundándose en el artículo 122-7 del Código Penal, decidió liberar a un individuo de nacionalidad tunecina, al considerar que se había rehusado legítimamente a subirse al avión que debía trasladarlo de vuelta a su país de origen; ya que se trataba de una persona conocida por sus ideas políticas, lo que podría provocar reacciones hostiles por parte de los servicios de seguridad locales, en caso de regreso.²²⁵ Luego, el mismo tribunal añadió que la actitud del imputado "no se había acompañado de violencia alguna, y que con dicho comportamiento no había llevado a cabo otra cosa que un acto necesario para su propia protección, con el fin de evitar el peligro inminente que lo amenazaba".²²⁶

Desde el punto de vista del Derecho Penal, por tratarse de un hecho justificativo, el estado de necesidad eximirá al autor del ilícito de toda responsabilidad criminal, lo que no sólo es beneficioso para él, sino que para toda la sociedad, por cuanto el no poder realizar gestiones tendientes a perseguir su responsabilidad supone un importante ahorro de tiempo y dinero.

²²¹ "Le fait pour un mari étranger à l'art des accouchements d'accoucher sa propre femme ne constitue pas l'exercice illégal de la médecine s'il est justifié par un cas d'urgence et de *nécessité absolue*".

²²² "La victime a accompli un acte nécessaire qui exclut toute faute de sa part", Cass. Crim. 27 de enero de 1933, Gaz. Pal. 1933.I.489 tue.

²²³ Cass. Crim. 04 de enero de 1956, Bull. Crim, 1950-1959, Tomo I, p. 642.

²²⁴ "L'état de nécessité constitue un fait justificatif ; [et que] pareille circonstance exclut toute responsabilité pénale du prévenu" Cass. Crim. 29 de junio 1999, recurso N° 98-86193.

²²⁵ CA Toulouse 15 de febrero de 2001, J.C.P. 2001.IV.2948.

²²⁶ "...ne s'étant accompagné d'aucune violence, il n'avait, en se comportant ainsi, qu'accompli un acte qui était nécessaire à sa sauvegarde afin d'éviter le danger imminent qui le menaçait", CA Toulouse, cit. por J.-P. DELMAS SAINT-HONORE, *Infractions contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, Rev. Sc. Crim (1) janv.-mars 2002, p. 116.

Sección 2: En el Derecho Civil

No sería en principio²²⁷ erróneo señalar que el aspecto civil no es más que la consecuencia de la invocación del Derecho Penal. Aquí, la cuestión a dilucidar no dice relación únicamente con la exclusión de la ilicitud del hecho, sino que también con la obligación de reparar los perjuicios que se ocasionen. Para saber cuál será el efecto producido por la invocación del estado de necesidad en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, es conveniente hacer una diferenciación según las distintas hipótesis que pueden tener lugar. Para ello, nos basaremos en el catálogo realizado por M. R. Savatier en su artículo "L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle",²²⁸ donde por una parte analiza el tema en función de la naturaleza del daño causado y por otra, de la naturaleza del daño evitado.

1. Daño causado a un tercero como único medio de evitarse a sí mismo un daño más grave o equivalente

El estado de necesidad, como lo sabemos, permitirá excluir la responsabilidad penal del autor del ilícito; pero no implica necesariamente "que ello lo libere de su obligación de reparar el daño causado"²²⁹ desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

A) Daño ocasionado a la integridad física de una persona natural para proteger la integridad física del autor del ilícito

Aquí el interés protegido tiene el mismo valor que aquel que se ha decidido sacrificar; la pregunta que surge entonces es saber si accionar de este modo es o no lícito. Desde nuestro punto de vista, como todos los elementos necesarios para la invocación del estado de necesidad se encuentran presentes, la ilicitud debiera ser excluida en virtud del hecho justificativo en cuestión; pero "puesto que jamás la necesidad exigirá que el perjuicio sea soportado por un tercero inocente",²³⁰ surge necesariamente la obligación de indemnizar. Encontrar un caso en que la jurisprudencia se haya pronunciado a este respecto no es nada fácil; sin embargo podemos citar el ejemplo utilizado por M. Savatier en el

²²⁷ Decimos en principio, pues pueden también presentarse casos en que un hecho acarree sólo responsabilidad civil, mas no penal (piénsese en la situación de aquel que comete un cuasidelito de daños, situación no sancionada por el Código Penal; pero que hará surgir la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados). El autor agradece la inspiración sobre este punto del Dr. Daniel Peñailillo Arévalo.

²²⁸ R. SAVATIER, art. cit., nota 34.

²²⁹ *Ibid.*, p. 731.

²³⁰ R. SAVATIER, art. cit., nota 40, pp. 733-734.

artículo ya individualizado. En este sentido, en virtud del fallo de 07 de marzo de 1874, la Corte de Nancy condenó solidariamente a reparar el perjuicio causado a las familias de las víctimas, a varios ciudadanos franceses, los que encontrándose prisioneros del ejército alemán durante 1870, debieron designar a tres compañeros para ser fusilados.²³¹

Ahora bien, el ejemplo utilizado por M. Savatier no nos parece adecuado, y mucho menos la decisión adoptada por la Corte. En primer lugar, debe considerarse que los prisioneros obligados a tomar la decisión eran realmente víctimas de una fuerza moral que bajo cualquier punto de vista eliminaba por completo la posibilidad de que su voluntad se formase. Por otra parte, el perjuicio provocado no lo había sido por parte de los prisioneros, sino que por los soldados alemanes que ejecutaron la orden de fusilamiento. Esto nos permite concluir que no se trata realmente de un caso donde el autor del ilícito ocasiona un daño a la integridad física de un tercero para resguardar la suya, por consiguiente, los prisioneros franceses ni siquiera debieron haber sido encausados.

B) Perjuicio material ocasionado a un tercero, como único medio disponible del autor del hecho ilícito para evitarse a sí mismo un perjuicio material más grave

En esta hipótesis, el autor del ilícito provocará un daño a un bien de un tercero; ya que se trata del único modo de impedir que se produzca un daño más grave contra uno de sus propios bienes. En este caso, el estado de necesidad se aplicará plenamente, eximiendo de responsabilidad criminal al autor del ilícito, sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, surgirá la obligación de reparar el mal causado.

En este sentido, el inciso 2° del artículo 546-12 del Código Civil catalán elimina toda duda que pudiere existir en torno a la obligación de indemnizar, al disponer que "los propietarios a los que hace referencia el inciso 1° tienen derecho ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les han causado".²³² El mismo principio puede encontrarse en el artículo 52 inciso 2° del Código Suizo de las Obligaciones, según el cual "el juez determinará equitativamente el monto de la reparación debida por aquel que atenta contra los bienes de un tercero para protegerse a sí mismo o a un tercero de un perjuicio o peligro

²³¹ Nancy, 07 mars 1874, D. P. 74.2.184., cité par R. SAVATIER, *Ibid.*, p. 732.

²³² "Els propietaris a què fa referència l'apartat 1 tenen dret a ésser indemnitzats pels danys i perjudicis que se'ls ha causat".

inminente".²³³ Al igual que en el caso catalán, se establece legalmente el derecho a la indemnización.

En todo caso, y aun cuando ello parezca imposible, no debe olvidarse que en ciertos casos, en lugar que dañar al tercero se le estará realmente prestando un servicio, y en estos casos, como es evidente, no habrá lugar a indemnización alguna. Es justamente como consecuencia de esta ausencia de perjuicio que la Corte de Casación desestimó la posibilidad de condenar al pago de daños y perjuicios al arrendatario que inundado por el agua proveniente del piso superior "había hecho abrir por un cerrajero la puerta de dicho departamento, en ausencia de sus propietarios".²³⁴

C) Perjuicio causado al bien de un tercero como único medio posible de evitar un daño en la integridad física del autor del hecho ilícito

Aquí el estado de necesidad aparece de forma mucho más evidente, puesto que es de toda lógica que si se trata de proteger su integridad física, una persona jamás medirá las consecuencias de sus actos. Por lo demás, si buscando esta finalidad está permitido causar un perjuicio a la integridad física de otra persona, *a fortiori* será lícito ocasionar un daño a alguno de sus bienes. Sin embargo, no debe olvidarse que la obligación de indemnizar el perjuicio subsiste de todas formas.

De todos los casos que hemos analizado, parece desprenderse que quien debe indemnizar es el autor del hecho ilícito, vale decir, la persona que causó el perjuicio y que luego invoca el estado de necesidad. No obstante lo que pudiere pensarse, eso dista bastante de ser un razonamiento correcto, por cuanto el deber de reparar recae específicamente sobre la persona responsable del hecho que provocó la reacción del autor del ilícito, y sólo en el caso en que aquella coincida con éste, será este último el obligado al pago de la indemnización.

2. Daño causado a sí mismo como único medio disponible para evitar a un tercero un daño mayor o igual

Esta hipótesis se conoce bajo el nombre de "acto de devoción". Para que el estado de necesidad pueda tener lugar, "es necesario que el autor de dicho acto de devoción haya legítimamente podido considerarlo, al momento en que le pareció necesaria su realización, como el único medio posible para evitar un peligro que amenazaba a un tercero, [y a su vez, que este peligro] fuese lo

²³³ "Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent".

²³⁴ Cass. Req. 08 de julio de 1872, D. P. 73.I.279, cit. por R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 735.

suficientemente grave como para justificar el eventual sacrificio del autor del acto". Como podemos ver, esta situación es la otra cara de la moneda de lo que hemos analizado, pues quien ocasiona el daño lo hace con la intención de proteger los intereses de un tercero y ya no los suyos. De este modo, exigir una indemnización a su respecto parece por lo menos ridículo; luego, la pregunta debe formularse en sentido contrario, es decir, si esta persona que ha actuado desinteresadamente en pos de proteger un interés que no era el suyo, tiene o no derecho a exigir una indemnización por los perjuicios que ella misma se ha causado.

Para el caso en que el acto de devoción produzca un resultado útil, la respuesta debe ser lógicamente afirmativa, y la responsabilidad recaerá, según las reglas generales, sobre la persona que por su culpa o dolo creó la situación de necesidad. Pero ¿qué ocurre si el estado de necesidad surge como consecuencia de una fuerza mayor o si quien resulta responsable civilmente es insolvente? En este caso, la jurisprudencia ha señalado que el autor del acto de devoción posee la acción derivada de la *gestión de negocios*, contra la o las personas que han resultado beneficiadas, limitada por supuesto al monto del servicio efectivamente prestado.²³⁵

3. Daño causado a un tercero como único medio posible para evitarle a esa misma persona un perjuicio mayor o igual

Es fácil concluir que en este caso el estado de necesidad se aplica plenamente, excluyendo la ilicitud del hecho, y en la medida en que la persona a la cual se le causa el daño no haya objetivamente sufrido ningún perjuicio, la cuestión de la indemnización ni siquiera se plantea. El problema que puede presentarse a menudo es determinar sobre qué base puede una persona decidir qué interés resulta menos importante para el tercero, para sacrificarlo con el fin de proteger uno distinto; ya que en principio no será sino con su consentimiento "que uno podrá imponerle el segundo y sacrificar el primero".²³⁶ La respuesta puede quizás encontrarse en un principio según el cual la búsqueda del consentimiento de la víctima no será necesaria en todos aquellos caso en que ésta vaya a cometer un acto ilícito²³⁷ o en que no se encuentre en condiciones de efectuar la elección dada la gravedad de la situación de que se trate. En estos casos el estado de necesidad se acogerá y el autor del ilícito no será obligado al pago de indemnización alguna.²³⁸

²³⁵ T. Com. Seine, 01 de abril de 1936, Gaz. Pal., 1936.I.877, cit. por R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 741.

²³⁶ R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 742.

²³⁷ Ejemplos clásicos de esta hipótesis son los casos en que un individuo tira al piso a una persona que estaba a punto de suicidarse o de hacer uso de un arma de fuego, causándole lesiones.

²³⁸ R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 743.

4. Daño causado a un tercero como único medio posible para evitar un perjuicio mayor o de igual envergadura a otro tercero o a la sociedad

Parece evidente que no habrá ilicitud de parte de quien cause un daño a un tercero con el objetivo de evitar que se cause otro de igual o mayor envergadura; sin embargo, y como lo hemos venido repitiendo, sería extremadamente injusto hacer que la víctima tenga que soportar una pérdida en su patrimonio si no obtuvo ningún beneficio a cambio. La razón, como en todos los demás casos, es la siguiente: "el estado de necesidad no excluye la ilicitud del hecho sino en los casos en que la necesidad realmente existe. Sin embargo, y por mucho que ella justifique la comisión del ilícito, ello no autoriza a que el perjuicio deba ser exclusivamente soportado por la persona elegida por el autor del hecho".²³⁹ Así, el beneficiario del servicio, o el autor del peligro en su caso, tendrá que indemnizar a la víctima en virtud de la acción de *in rem verso* –acción que nace del enriquecimiento sin causa–, y a falta de beneficiario, dicha obligación de reparar el perjuicio deberá necesariamente recaer sobre el autor del hecho ilícito.²⁴⁰

El estado de necesidad hará entonces desaparecer la responsabilidad penal, mas no necesariamente la responsabilidad civil; solución adoptada por la jurisprudencia²⁴¹ y seguida por la doctrina, y que se explica por el hecho de que la infracción "si se debe a una amenaza externa, generalmente no afecta al autor de dicha amenaza, sino que a un tercero inocente".²⁴²

Conclusiones

Hablar de estado de necesidad significa hablar de una circunstancia eximente de responsabilidad muy particular, por cuanto a pesar de presentar una unidad en su concepto, su régimen jurídico no será siempre el mismo, dependiendo de la rama del Derecho en que se invoque.

Detrás de este fenómeno, pudimos constatar que el estado de necesidad constituye un hecho justificativo que expresa un sentimiento de justicia presente de forma implícita en toda sociedad, pudiendo entonces ser invocado aun en ausencia de disposición legal expresa.²⁴³ Este razonamiento es hoy por hoy

²³⁹ *Ibíd.*, p. 747.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Cass. Crim. 27 décembre 1884 D. 1885.I.219.

²⁴² F. DESPORTES & F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, nota 42, p. 704.

²⁴³ Situación que por ejemplo tuvo lugar en el Derecho Penal francés hasta 1994 o que aún tiene lugar en materia de responsabilidad civil extracontractual en Chile.

susceptible de extrapolarse a la actuación de los Estados soberanos, quienes también reclaman el reconocimiento del estado de necesidad a su respecto; la particularidad de estos casos es que cuando se invoque la eximente de responsabilidad, lo será con el fin de proteger intereses esenciales para la comunidad. Por consiguiente, en la casi totalidad de casos analizados a la luz del Derecho Internacional Público, pudimos constatar que el argumento invocado por el Estado era evitar una crisis económica que pudiera hundir al país, con todas las nefastas consecuencias que ello conlleva.

En este contexto, el análisis de la crisis sufrida por Argentina fue de vital importancia, pues nos permitió determinar la amplitud del campo de aplicación del estado de necesidad y al mismo tiempo observar una serie de consideraciones morales, políticas y económicas, que nos ayudan a hacernos una idea acerca de quién está ganando hoy en día la posición predominante en el concierto mundial, como resultado de la confrontación de intereses entre el poder público y los llamados “poderes privados”. En efecto, este tema es un muy buen ejemplo de cómo aquel que antes era considerado como la parte fuerte del contrato solicita hoy la protección en principio reservada a los más débiles. De la lucha librada ante los tribunales arbitrales del CIADI, se puede apreciar la existencia de razonamientos contradictorios, situación que pide a gritos una uniformización de la jurisprudencia, sin que ello signifique necesariamente –como ya muchos lo han propuesto– imponer la regla del “precedente” propia del sistema de la Common Law, pero ajena a la independencia de los tribunales que rige en el sistema jurídico continental.

En todo caso, en cuanto al efecto producido por el estado de necesidad, nuestro estudio nos ha permitido concluir que una vez que ha sido invocado y acogido por el tribunal, debe producir los efectos propios de todo hecho justificativo, es decir, eximir de responsabilidad al Estado soberano que lo ha invocado. No se trata en ningún caso de proponer que la totalidad de los perjuicios sean soportados por la contraparte, ni de negarle su legítimo derecho a una reparación justa, sino simplemente de razonar ya no económicamente, sino que jurídicamente y excluir el período de crisis del análisis en cuanto al monto a indemnizar.

En efecto, el sólo hecho de ser admitida su invocación en términos generales, y sobre todo de ser aceptado en materia convencional nacional e internacional, demuestra una evolución de la forma de concebir las relaciones entre las partes contratantes. Así, la concepción sacrosanta del contrato debe hoy en día descartarse, cuando durante el período de ejecución de un contrato surjan acontecimientos externos que impidan a una de las partes dar cumplimiento a sus obligaciones. En virtud de la evolución de la ciencia jurídica, no pode-

mos continuar soñando con que las partes que celebran un contrato lo hacen siempre en un plano de igualdad de condiciones y que por consiguiente éste no puede ser modificado.

Se trata entonces de un verdadero principio general del Derecho que podrá encontrar aplicación en todo orden jurídico: la responsabilidad debe excluirse, aun si se causa un perjuicio, si el interés protegido tiene un valor superior o al menos equivalente, no sólo porque ello sea beneficioso o indiferente para la sociedad, sino que se trata de la forma normal en la que obran los seres humanos, incluso cuando representan a un Estado.

El sistema español de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable

María Luisa Martín Hernández

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA - ESPAÑA

En este trabajo se pretende hacer un estudio interrelacionado entre, por un lado, el deber de seguridad y salud en el trabajo impuesto de forma absolutamente principal al empresario por la normativa preventiva en vigor en la actualidad, encabezada por la archiconocida Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y las distintas responsabilidades que se derivan para éste del incumplimiento de tal deber. A estos efectos, en una primera parte, se efectúa una descripción del deber del empresario de seguridad y salud en el trabajo, tal y como tal deber se encuentra configurado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y ello debido a que es precisamente la regulación jurídico-positiva de este deber la que justifica y explica las distintas responsabilidades en que puede llegar a incurrir el empresario por incumplimiento de dicho deber.* A continuación, en una segunda parte, se alude a todo el sistema español de responsabilidades empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo, distinguiendo entre aquellas que surgen por el mero incumplimiento del deber de seguridad, sin necesidad de que se llegue a producir a consecuencia de ello ningún daño efectivo sobre la vida, la integridad física y/o psíquica y la salud del trabajador, y aquellas otras que, sin embargo, para su surgimiento, sí exigen inexorablemente la producción de algún tipo de daño sobre los bienes jurídicos que se acaban de aludir de la persona del trabajador.

* **Puntualización previa:** El art. 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye la condición de "empresario", no sólo al sujeto parte de un contrato de trabajo, sino también a las Administraciones públicas respecto de todo su personal civil –sea laboral, funcionario o estatutario–, y a las sociedades cooperativas respecto a sus socios de trabajo y socios trabajadores. Aquí nos vamos a referir, única y exclusivamente, al régimen de responsabilidades aplicable a los empresarios a los que les resulta de aplicación la normativa laboral, es decir, aquellos cuyo deber de seguridad respecto a sus trabajadores surge directamente del contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

1. Los aspectos básicos de la regulación española en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto obligado.

En nuestro país, la norma que en la actualidad se encarga de establecer con carácter general el régimen de protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en adelante).¹ A través de esta ley, el Estado español cumplió finalmente con su obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, de medidas para promover la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, considerada la “Directiva Marco” sobre seguridad y salud en el trabajo en el ámbito del Derecho comunitario.

Los principales rasgos que caracterizan la regulación contenida en la LPRL son los siguientes:

– En primer lugar, en ella se parte del reconocimiento expreso a favor de los trabajadores de un derecho a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y del establecimiento de un *correlativo* deber del empresario de garantizárselo adoptando cuantas medidas sean necesarias para ello (apartados. 1 y 2 del art. 14 LPRL). Se consagra así, pues, un auténtico derecho subjetivo a favor de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo frente a su empresario. El empresario es el sujeto a quien, conforme a la regulación actualmente vigente en nuestro país, le corresponde satisfacer el derecho reconocido a favor de los trabajadores a disfrutar de unas condiciones de trabajo seguras para su salud. La consagración de este derecho-deber en materia de seguridad y salud en el trabajo se constituye en el eje principal sobre el que gira toda la normativa preventiva actualmente en vigor.

En relación a esta cuestión conviene añadir que en la LPRL se consideran “trabajadores”, y por tanto titulares del específico derecho subjetivo a disfrutar de

¹ Obviamente, la LPRL no ha sido la primera norma que en el Derecho español se ha encargado de establecer medidas dirigidas a alcanzar la protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo. Todo lo contrario: las primeras normas laborales que fueron promulgadas en nuestro país y que constituyeron el origen de lo que más adelante llegaría a ser la disciplina jurídica autónoma denominada Derecho del Trabajo se encontraban dirigidas a asegurar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores asalariados en el trabajo. La primera norma promulgada en nuestro país con este fin fue la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, y a partir de ella, sin solución de continuidad hasta hoy, el legislador siempre se ha ocupado de regular esta materia. Por otro lado, hay que decir que la LPRL ha sido objeto de un amplio desarrollo reglamentario a partir de su entrada en vigor. En su propio art. 6 se hace una referencia expresa a algunos de los principales aspectos en los que su regulación necesariamente debía ser complementada a través de normas reglamentarias más concretas y específicas.

una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, no sólo a los trabajadores asalariados *strictu sensu*, es decir, a los que son parte de una relación laboral a los efectos del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, se encuentran vinculados jurídicamente con su empresario a través de un contrato de trabajo, sino también a aquellos sujetos que realizan prestaciones personales de servicios para las Administraciones públicas en virtud de un vínculo jurídico de naturaleza pública –funcionarial o estatutaria–, y a aquellos otros que sean socios de una cooperativa y al mismo tiempo realicen en ella prestaciones de servicios de carácter personal (art. 3.1 LPRL). Siendo así, los titulares del derecho subjetivo a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo son los trabajadores asalariados frente a su empresario, el personal civil funcionario y estatutario frente a la concreta Administración pública a la que pertenezcan y los socios de trabajo o socios trabajadores de las cooperativas frente a la cooperativa de la que formen parte en cada caso. Por consiguiente, a efectos de la LPRL, “empresario” no es tampoco sólo el sujeto que recibe la prestación de servicios de un trabajador asalariado con el que se encuentre vinculado jurídicamente a través de un contrato de trabajo, es decir, el definido como tal en el art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), sino también las Administraciones públicas respecto a todo su personal civil y las sociedades cooperativas respecto a sus socios de trabajo o socios trabajadores. De este modo, la LPRL ha ampliado su ámbito subjetivo de aplicación más allá de las relaciones estrictamente laborales, extendiéndolo a relaciones jurídicas de distinta naturaleza y sometidas, en general, a una regulación diferente de la laboral.

– En segundo lugar, la LPRL ha establecido que el derecho subjetivo atribuido a los trabajadores a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo se traduce, con carácter general, en un derecho de protección de su vida, su integridad física y psíquica y su salud frente a los riesgos laborales. Ello supone que el correlativo deber del empresario consiste, en particular, en prevenir los riesgos laborales a los que en cada caso se encuentren expuestos los trabajadores a su servicio. Para satisfacer el derecho de protección reconocido a los trabajadores no es suficiente, por tanto, con que el empresario adopte medidas de protección frente a los daños derivados del trabajo, sino que se le exige jurídicamente que adopte medidas dirigidas directa e inmediatamente a prevenir los riesgos laborales que afecten a todos y cada uno de los trabajadores a su servicio, es decir, a evitar cualquier posibilidad de que los trabajadores lleguen a sufrir un daño en su salud por causa o como consecuencia de la prestación de servicios desarrollada, y sólo si la evitación o eliminación total del riesgo no resulta posible de acuerdo con el nivel de desarrollo científico-técnico del momento, a adoptar aquellas medidas que consigan reducir los riesgos laborales existentes al mínimo posible y siempre

que el riesgo residual resulte tolerable para la salud de los trabajadores.² En definitiva, los trabajadores, conforme a la LPRL, son titulares de un derecho subjetivo a disfrutar de unas condiciones de trabajo sin riesgos para su vida, su integridad física y psíquica y su salud –o con el menor nivel de riesgos posible dentro de lo técnica y organizativamente factible–, siendo el empresario el sujeto obligado en cada caso a adoptar las medidas preventivas necesarias y más adecuadas a tal fin.

– En tercer lugar, y de manera especialmente destacada, la LPRL ha configurado al empresario como auténtico “garante” de la seguridad y salud de todos y cada uno de los trabajadores a su servicio. El empresario, por exigencia expresa de la propia LPRL, es el sujeto al que corresponde asegurarse de que todos sus trabajadores trabajen en las condiciones más seguras para su salud dentro de lo técnica y organizativamente factible, y para ello se considera que ya no basta la adopción por su parte de medidas concretas de prevención de los riesgos laborales a los que aquéllos se encuentran expuestos en cada caso, sino que es necesario, además, que realice con carácter previo una serie de actuaciones que le permitan estar en condiciones de adoptar realmente en cada momento las medidas de seguridad más efectivas para prevenir todos y cada uno de los riesgos profesionales que afectan a sus trabajadores –incluso frente a los riesgos derivados de su propia imprudencia profesional–,³ dándose así un “nuevo enfoque” a la seguridad y salud en el trabajo respecto al que se le había otorgado hasta el momento en todas las normas que habían venido regulando la materia, incluida la inmediatamente anterior a la LPRL, la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por una Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 (OGSHT, en adelante). Este nuevo enfoque de la seguridad y salud en el trabajo instaurado en nuestro derecho por la LPRL no responde a una iniciativa exclusiva del legislador español, sino que deriva directamente de las exigencias establecidas en la Directiva Marco.

El nuevo enfoque de la seguridad y salud en el trabajo introducido por la LPRL ha supuesto la consagración en nuestro ordenamiento de una forma radicalmente nueva de entender esta materia. Conforme a este novedoso planteamiento, para considerar que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo resulta verdaderamente “eficaz” no basta, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la entrada en vigor de la LPRL, con que el empresario adopte específicas medidas preventivas frente a los concretos riesgos que afectan a sus trabajadores por causa o como consecuencia de la prestación de

² Así es conforme a las definiciones que los apartados 1º y 2º del art. 4 de la LPRL proporcionan, respectivamente, de “prevención” y de “riesgo laboral”.

³ Así lo prevé expresamente el art. 15.4 de la LPRL.

servicios realizada dentro de su ámbito de organización y dirección, sino que resulta absolutamente imprescindible que el empresario integre toda la actividad preventiva en el sistema de gestión global de recursos de su organización empresarial. El empresario, así pues, se encuentra jurídicamente obligado a gestionar la prevención de riesgos laborales,⁴ lo cual, a grandes rasgos, significa prever y planificar la actividad preventiva que se va a desarrollar en la empresa desde el mismo proyecto empresarial. De este modo, el empresario sólo cumplirá con su deber de garantizar a todos y cada uno de los trabajadores a su servicio una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y, por tanto, sólo se podrá considerar que la protección de éstos en materia de seguridad y salud en el trabajo es "eficaz" cuando integre la actividad preventiva en todas las decisiones que se tomen en la empresa a cualquier nivel jerárquico de la misma, de manera que se tengan en cuenta los efectos que todas y cada una de las decisiones empresariales pueden tener sobre la seguridad y la salud de los trabajadores afectados por ellas y, si son negativos, vayan acompañadas de las medidas preventivas necesarias y más adecuadas para proteger a tales trabajadores frente a los riesgos laborales derivados de las mismas. Tras la entrada en vigor de la LPRL, la actividad preventiva que se obliga a realizar al empresario para satisfacer y garantizar a sus trabajadores su derecho a disfrutar de unas condiciones de trabajo seguras y saludables para su vida, su integridad física y psíquica y su salud, ha dejado de ser considerada como una actividad externa a la organización y funcionamiento de la empresa y ha pasado a constituirse en un elemento más de esa organización y funcionamiento empresarial.

La configuración legal del empresario como garante de la seguridad y salud de sus trabajadores en el trabajo, entendida ésta como equivalente a una protección frente a los riesgos laborales, constituye, en realidad, la principal novedad introducida por la LPRL en nuestro Derecho, pues tanto el reconocimiento de un derecho subjetivo a favor de los trabajadores a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo frente a su empresario, como la obligación de éste de prevenir los riesgos laborales, ya se encontraban recogidos en la normativa anterior al respecto.⁵

⁴ Por imperativo del art. 14.2 de la LPRL y del art. 1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP, en adelante).

⁵ El art. 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, desde su versión originaria de 1980, ya reconocía a los trabajadores como derecho directamente derivado de su contrato de trabajo, el relativo a poder disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, y de él implícitamente se derivaba un correlativo deber de su empresario de satisfacerlo. Por su parte, el deber del empresario de prevenir los riesgos laborales ya se consagraba en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y desde entonces, sin solución de continuidad, en todas las normas que han estado vigentes en nuestro Derecho en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluida la inmediatamente anterior a la LPRL, la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo (art. 7º.2).

En relación a esta relevante cuestión, conviene añadir que la LPRL no se ha limitado a establecer en qué consiste con carácter general el nuevo enfoque de la seguridad y salud en el trabajo y en qué se traduce el mismo respecto al empresario, sino que, además, ha realizado una labor de especificación de las obligaciones concretas que éste debe cumplir para poder integrar de manera efectiva y adecuada la actividad preventiva en su sistema global de gestión de recursos de la empresa y, en consecuencia, para cumplir de forma adecuada con su deber de garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Se trata de obligaciones de seguridad absolutamente nuevas, que no se encontraban recogidas en la normativa de seguridad anteriormente vigente en nuestro país y que son justamente, como se ha dicho, las que han servido para instaurar un "nuevo enfoque" de la seguridad y salud en el trabajo, tal y como venía exigido por la Directiva Marco. Tales obligaciones preventivas, que el empresario ha de cumplir en todo caso, son las siguientes:

- a) La obligación de elaborar y aplicar un Plan de Prevención de Riesgos Laborales (art. 16.1 LPRL y art. 2 RSP).
- b) La obligación de identificar los riesgos laborales que afectan a los trabajadores en la empresa y de evaluar aquellos que no puedan ser evitados (art. 16.2 a) LPRL y arts. 3 a 7 del RSP).
- c) La obligación de planificar las medidas de seguridad que sea necesario adoptar en cada caso para prevenir los riesgos laborales previamente evaluados y aplicar tales medidas conforme a lo establecido en la planificación (art. 16.2 b) LPRL y arts. 8 a 10 RSP). En todo caso, deben figurar medidas de emergencia, de vigilancia periódica del estado de salud, de formación a los trabajadores en materia preventiva y de información a los mismos sobre la actividad preventiva desarrollada en la empresa. La adopción y planificación de todas y cada una de las medidas preventivas deberá hacerse respetando siempre los principios de la acción preventiva consagrados en el art. 15 LPRL, que más que principios, constituyen criterios obligados de actuación por parte del empresario a la hora de planificar y ejecutar las medidas de seguridad debidas para proteger de manera eficaz a sus trabajadores. Son auténticas obligaciones que garantizan que las medidas de seguridad adoptadas son en todo caso las que realmente van a conseguir proporcionar a todos y cada uno de los trabajadores que desarrollan su prestación de forma conjunta y coordinada en la misma organización empresarial una protección eficaz frente a todos los específicos riesgos laborales a los que se encuentren expuestos.⁶

⁶ En realidad, no todas las previsiones contenidas en los diversos apartados del art. 15 LPRL se pueden considerar realmente principios de la acción preventiva que el empresario debe aplicar y respetar en todo caso a la hora de planificar y adoptar las medidas preventivas. Los principales principios de la acción preventiva establecidos en este precepto son los siguientes: evitar los riesgos; evaluar los riesgos

d) Y la obligación de contar con una organización preventiva en la empresa –entendida como un conjunto de recursos materiales y humanos especializados en seguridad y salud en el trabajo– que permita al empresario cumplir con su deber de garantizar a sus trabajadores una protección eficaz de su salud frente a los riesgos laborales, conforme a las modalidades previstas en la propia normativa vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 30 a 32 bis LPRL y arts. 10 a 22 RSP).⁷

Se trata de obligaciones de carácter instrumental, pues, como se puede apreciar, por sí mismas no sirven para prevenir los concretos riesgos laborales a los que se encuentran expuestos los trabajadores en cada caso, pero, sin embargo, permiten asegurar que las medidas de seguridad finalmente adoptadas por el empresario para prevenir tales riesgos van a ser las más eficaces, es decir, las que van a permitir alcanzar el mayor nivel de protección de tales trabajadores frente al conjunto de los riesgos a los que de forma simultánea se encuentran expuestos por causa del trabajo desarrollado.

Aparte de estas nuevas obligaciones de carácter instrumental, que, como se ha dicho, sirven para introducir en el Derecho español un nuevo enfoque de la seguridad y salud en el trabajo y, al mismo tiempo, para conseguir que el empresario pueda garantizar efectivamente a todos y cada uno de sus trabajadores una protección eficaz de su vida, de su integridad física y psíquica y de su salud frente a los riesgos laborales, la LPRL impone al empresario otro amplio elenco de obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo dirigidas directamente a prevenir los concretos riesgos laborales que en cada caso afecten a sus trabajadores. Se trata de obligaciones que, de un modo u

que no se puedan evitar; controlar los riesgos en su origen; adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud; tener en cuenta la evolución de la técnica; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización de trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; dar las debidas instrucciones a los trabajadores; tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas; adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a zonas de riesgo grave y específico; prever las distracciones o imprudencias no profesionales que pudiera cometer el trabajador a la hora de adoptar las medidas preventivas; tener en cuenta en la adopción de cualquier medida preventiva los riesgos adicionales que pudieran implicar ellas mismas, pudiéndose adoptar tan sólo cuando la magnitud de los riesgos que crean sea inferior a aquellos que pretenden controlar y no existan alternativas más seguras.

⁷ El art. 10.1 RSP dispone que "La organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas se realizará por el empresario con arreglo a alguna de las modalidades siguientes: a) asumiendo personalmente tal actividad. b) Designando a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo. c) Constituyendo un servicio de prevención propio. d) Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

otro, han figurado en todas las normas que han estado en vigor en nuestro país en materia de seguridad y salud en el trabajo desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. El adecuado cumplimiento de esta clase de obligaciones y, por consiguiente, la eficacia de la protección de los trabajadores depende de la previa observancia de las obligaciones preventivas de carácter instrumental anteriormente aludidas. Las principales obligaciones de este tipo que la LPRL impone al empresario son las siguientes: proporcionar a los trabajadores equipos y medios de trabajo que cumplan las exigencias de seguridad en el producto consagradas en la normativa en vigor (art. 17.1); proporcionar a los trabajadores equipos de protección individual adecuados cuando resulten necesarios y velar por que los trabajadores los usen efectivamente (art. 17.2); informar a los trabajadores sobre los riesgos laborales existentes y sobre las medidas de seguridad adoptadas para prevenirlos (art. 18.1); dar una formación adecuada a los trabajadores, adaptada a las necesidades preventivas del concreto puesto de trabajo que ocupen (art. 19); adoptar medidas de emergencia (art. 20); vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores (art. 22); obligaciones específicas con el fin de proteger a los trabajadores que se encuentran en determinadas situaciones que se consideran dignas de especial protección: supuesto de los trabajadores expuestos a un tipo de riesgo especialmente peligroso, el denominado riesgo laboral "grave e inminente"⁸ (art. 21), trabajadores que desarrollan su prestación de servicios en un centro de trabajo en concurrencia con trabajadores de otros empresarios distintos y/o con otros trabajadores autónomos (art. 24), trabajadores que por su estado de salud resultan especialmente susceptibles a determinados riesgos o que se encuentren expuestos a riesgos que afecten a su fertilidad o capacidad de procreación (art. 25), trabajadoras embarazadas, puérperas o en período de lactancia (art. 26), trabajadores menores de edad (art. 27), y trabajadores con contratos de duración determinada o contratados a través de empresas de trabajo temporal (art. 28). Además, en muchas de las normas de desarrollo reglamentario de la LPRL se recogen otras muchas obligaciones de seguridad referidas a la adopción de concretas medidas de seguridad para prevenir riesgos laborales específicos (ruido, vibraciones, riesgos cancerígenos, físicos, químicos, biológicos, eléctricos, dorsolumbares, de incendio, etc.), que deberán ser adoptadas cuando tal clase de riesgo en particular haya sido detectado en la empresa donde desarrollan su prestación de servicios los trabajadores respecto a lo cuales el empresario en cuestión se encuentra obligado a garantizarles una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.⁹

⁸ Este específico y cualificado tipo de riesgo laboral se define de forma expresa en el art. 4. 4º LPRL, considerándose como tal "aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores".

⁹ En otros casos, las normas de seguridad y salud en el trabajo que desarrollan reglamentariamente la LPRL establecen obligaciones relativas a la adopción de medidas preventivas concretas y específicas en relación

De todo lo expuesto hasta el momento se pueden obtener las siguientes conclusiones:

El eje principal sobre el que gira toda la regulación actualmente vigente en España en materia de seguridad y salud en el trabajo, con la LPRL a la cabeza, es el reconocimiento de un derecho subjetivo de todos y cada uno de los sujetos considerados trabajadores por la propia LPRL a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y la imposición a su respectivo empresario de un correlativo deber de garantizarles tal protección eficaz de su vida, su integridad física y psíquica y su salud a través de la prevención de los riesgos laborales a los que estén expuestos. El empresario es el obligado absolutamente principal a proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores en el trabajo. Y ello debido a que es el sujeto que con el desarrollo de su actividad crea los riesgos y el que se encuentra en la posición, tanto jurídica¹⁰ como económica, más idónea para controlarlos.

El deber impuesto legalmente al empresario de garantizar a todos los trabajadores a su servicio una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo se traduce, porque así lo ha establecido también de forma expresa la propia normativa preventiva vigente, en un deber de prevenir los riesgos laborales a los que se encuentren expuestos en cada caso. Pero el legislador no deja al empresario que prevenga los riesgos laborales como quiera, sino que le impone una forma determinada de hacerlo: integrando la actividad preventiva dentro de su sistema global de gestión de recursos empresariales, lo cual ha implicado una ampliación del contenido del deber empresarial respecto a la normativa anterior. La LPRL ha incorporado una serie de nuevas obligaciones al contenido del deber del empresario de prevenir los riesgos laborales a los que se encuentren expuestos sus trabajadores. Estas nuevas obligaciones tienen un carácter instrumental, ya que por sí mismas no sirven para prevenir los riesgos laborales, pero su cumplimiento resulta imprescindible para que el empresario pueda adoptar en cada momento las medidas de seguridad que permitan conseguir el mayor nivel de seguridad y de protección de la salud de los trabajadores. Una vez que el empresario ha cumplido tales obligaciones

no ya a riesgos específicos, sino a sectores de actividad concretos (construcción, transporte, minería, etc.); y en otras se establecen las medidas de seguridad que el empresario debe adoptar para prevenir los riesgos laborales derivados en particular de determinadas condiciones de trabajo (de los equipos de trabajo en general, de la maquinaria, del uso y manejo de pantallas de visualización, del manejo y manipulación de cargas, de los lugares de trabajo, etc.).

¹⁰ El empresario es titular del derecho a la libertad de empresa, reconocido en el art. 38 CE, y en virtud del mismo tiene el poder de crear organizaciones productivas con el fin de producir bienes y servicios y colocarlos en los mercados con el fin de obtener un beneficio económico. Dentro de su libertad de empresa se incluye el poder de organizar, dirigir y controlar todos los recursos productivos de la empresa, incluidos los recursos humanos. Así se establece expresamente en el ordenamiento jurídico laboral (art. 20 ET).

instrumentales, ya estará en condiciones de adoptar aquellas medidas de seguridad más adecuadas para proporcionar a todos y cada uno de sus trabajadores el mayor nivel de protección posible frente a los riesgos laborales, es decir, la protección más eficaz posible. Sólo si el empresario cumple todas y cada una de las obligaciones que según la LPRL integran el contenido de su deber de proteger de manera eficaz a sus trabajadores frente a los riesgos laborales, podrá estimarse que ha cumplido adecuadamente con tal deber y, por tanto, sólo en tal caso quedará eximido de cualquier tipo de responsabilidad por incumplimiento del mismo.

Para finalizar, y con el fin de cerrar la exposición sobre el régimen actualmente en vigor en nuestro país en materia de seguridad y salud en el trabajo, conviene añadir lo siguiente:

En primer lugar, que, aunque efectivamente el empresario es el sujeto al que legalmente le corresponde de manera absolutamente principal proteger a sus trabajadores mediante la realización de la actividad preventiva conforme a lo especificado en la propia LPRL, cierto es que esta norma también impone obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo a otros sujetos distintos del empresario: fundamentalmente a los poderes públicos (arts. 5 a 13), a los fabricantes, importadores y suministradores de medios y equipos de trabajo (art. 41) y a los propios trabajadores destinatarios de la protección (art. 29). Se trata de obligaciones que también ostentan un carácter instrumental, pues, en todo caso, están directamente orientadas a que el empresario esté en condiciones efectivamente de garantizar a todos y cada uno de los trabajadores a su servicio una auténtica protección eficaz de su seguridad y salud en el trabajo. Así se pone claramente de manifiesto cuando la propia LPRL, en su art. 14.4, establece de manera expresa que la imposición de obligaciones de seguridad a estos sujetos distintos del empresario no exime a éste del cumplimiento de todas y cada una de las que en la actualidad conforman su deber de prevención de los riesgos laborales, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir esos otros sujetos por sus propios incumplimientos. Los trabajadores no podrán ejercer su derecho subjetivo de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo frente a ninguno de estos sujetos distintos del empresario, es decir, que a diferencia de lo que sucede respecto a su propio empresario, no están legitimados para exigir directamente a tales sujetos el cumplimiento de las obligaciones o funciones que la LPRL les atribuye.

Y en segundo lugar, que la LPRL no ha considerado a los trabajadores como meros sujetos pasivos de la actividad preventiva desarrollada por el empresario con el fin de cumplir con su deber de garantizarles una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Al contrario, en ella se ha promovido en una significativa medida la participación activa de los propios

trabajadores en la actividad preventiva llevada a cabo en la empresa por el empresario. Se ha reconocido expresamente el derecho de los trabajadores a participar en la actividad preventiva que, por imperativo legal, corresponde principalmente desarrollar a su empresario (art. 34.1). Se trata de una participación colectiva, y para fomentarla, la propia LPRL ha creado unos nuevos representantes de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo especializados en prevención de riesgos laborales, los denominados Delegados de Prevención (art. 35). Será a estos representantes a los que corresponderá ejercer las facultades participativas que la LPRL atribuye a los trabajadores, y sólo cuando no estén constituidos en la empresa o centro de trabajo, entonces esas facultades podrán ser ejercidas directamente por los propios trabajadores de forma colectiva. Las facultades participativas que han sido atribuidas a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo son las siguientes:¹¹ colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; recibir información sobre los riesgos laborales presentes y sobre las medidas de seguridad adoptadas para prevenirlos; ser consultados previamente sobre cualquier decisión que tome el empresario y que tenga repercusiones significativas sobre la seguridad y la salud en el trabajo, con la posibilidad de debatir al respecto, pero sin que en ningún caso la opinión mostrada resulte vinculante para el empresario; formular propuestas al empresario con el fin de mejorar los niveles de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales; y vigilar y controlar el adecuado cumplimiento por parte del empresario de todas y cada una de las obligaciones que forman parte de su deber de garantizar a sus trabajadores una protección eficaz frente a los riesgos laborales a los que se encuentran expuestos. Como se puede apreciar, todas estas facultades –excepto la de vigilancia y control–, tienen un carácter básicamente colaborativo, y están orientadas directamente a lograr que los propios trabajadores se impliquen en la actividad preventiva desarrollada en la empresa de manera que la misma resulte verdaderamente eficaz. Además, se trata de facultades que, en realidad, no permiten una auténtica participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya que, en todo caso, la decisión sobre las medidas preventivas que se deben adoptar corresponde en último término al empresario, sin que los trabajadores tengan reconocido ningún derecho de veto al respecto ni se exija que la decisión sobre dichas medidas sea el resultado de un acuerdo entre ellos y su empresario. No obstante, hay que tener en cuenta que, además de estas facultades participativas reconocidas a favor de los trabajadores específicamente en materia de seguridad y salud en el trabajo y que, como se ha dicho, corresponde ser ejercidas por los Delegados de Prevención y, en su defecto,

¹¹ Recogidas fundamentalmente en el art. 36.1 LPRL.

por los propios trabajadores directamente, la LPRL establece expresamente en su art. 34.2 que los trabajadores podrán seguir ejerciendo a través de sus representantes genéricos en la empresa o en el centro de trabajo –unitarios y sindicales–, aquellas facultades que las normas reguladoras de estos órganos de representación les atribuyan en materia de seguridad y salud en el trabajo,¹² entre las que destacan las relativas a la negociación colectiva¹³ y al planteamiento de acciones administrativas y judiciales ante los órganos competentes reclamando contra los incumplimientos de los empresarios de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.¹⁴ Estas dos facultades sólo pueden ser ejercidas a través de tal clase de representantes genéricos, de manera que si no están constituidos, no podrán serlo ni por los Delegados de Prevención ni por los propios trabajadores directamente.

Siendo como es el empresario, según ha establecido la LPRL, el sujeto principalmente obligado a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en el trabajo,¹⁵ hay que precisar frente a quién se le ha impuesto tal deber y, en consecuencia, frente a quién debe responder cuando lo incumpla.

¹² Las competencias atribuidas a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa o el centro de trabajo –Delegados de Personal y Comité de Empresa– se encuentran establecidas fundamentalmente en el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores; por su parte, las competencias que corresponde ejercer a los representantes unitarios del personal que preste sus servicios en las Administraciones públicas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario –Delegados de Personal y Juntas de Personal– están recogidas en el art. 9 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas; finalmente, las funciones asignadas a los representantes sindicales –Secciones Sindicales y Delegados Sindicales– se regulan en los arts. 8 y 10.3 de la Ley Orgánica 2/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

¹³ Esta facultad de poder negociar y, en su caso, llegar a firmar convenios colectivos tiene una gran importancia en materia de seguridad y salud en el trabajo. En efecto, a través de la negociación colectiva se podrán mejorar las prescripciones de la LPRL y de sus normas de desarrollo reglamentario, consideradas expresamente como mínimos derechos necesario indisponible en el art. 2.2 de la propia LPRL, y también se podrá especificar y adaptar a las características y circunstancias específicas de las empresas y de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo la regulación general de la legislación vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo cual contribuirá a una mayor efectividad de la misma.

¹⁴ Hay que tener en cuenta que la propia LPRL en su art. 21.3 ha atribuido también a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo la facultad de poder acordar por mayoría de sus miembros la paralización de la actividad profesional de aquellos trabajadores afectados en la empresa por un riesgo laboral calificable de grave e inminente, de acuerdo a la definición que del mismo da el art. 4 LPRL. Sólo si por la urgencia de la situación no es posible reunir a tal clase de representantes para tomar el acuerdo de paralización, el mismo podrá ser tomado subsidiariamente por la mayoría de los Delegados de Prevención. Salvo este supuesto excepcional, los Delegados de Prevención no tienen reconocida la competencia de tomar el acuerdo de paralización en caso de riesgo grave e inminente y tan sólo pueden proponer al órgano de representación unitaria su adopción, propuesta que no tiene nunca un carácter vinculante (art. 36.2 g) LPRL).

¹⁵ Vid. MONTOYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 53, octubre de 2004, pág. 3, donde declara que "Del mismo modo que el empresario es el sujeto central de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, es el sujeto fundamental de las responsabilidades en tal materia".

Inicialmente, la respuesta a este interrogante, es inmediata. A tenor de lo dispuesto en el art. 14.1 LPRL, el deber del empresario de protección frente a los riesgos laborales es “*correlativo*” del derecho atribuido expresamente a los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por consiguiente, es un deber que el empresario tiene ante todos y cada uno de sus trabajadores considerados individualmente, dirigido a preservar el interés estrictamente privado que cada uno de ellos tiene en disfrutar de unas condiciones de trabajo seguras –sin riesgo– para su vida, su integridad física y psíquica y su salud, que le permitan tanto seguir desempeñando adecuadamente su prestación de servicios y, de este modo, satisfacer a través del trabajo sus necesidades vitales y alcanzar mediante el trabajo una mejor calidad de vida, así como también poder ejercer plenamente el resto de sus derechos que como ser humano y ciudadano le corresponden, lo cual exige como presupuesto indiscutible ostentar un adecuado estado de salud. Se trata, por tanto, de un deber privado, surgido directamente del contrato de trabajo individual que vincula al empresario con cada uno de sus trabajadores y que origina la relación laboral entre ambos. Siendo así, el cumplimiento de este deber resulta directamente exigible por cada uno de los trabajadores a su servicio, sin perjuicio de que en determinados supuestos los trabajadores puedan –o deban– ejercer algunas de las facultades que se integran en el contenido del derecho de protección del que son titulares de manera colectiva –a través de sus representantes en la empresa o centro de trabajo cuando éstos estén constituidos, o, si no, ellos mismos directamente de forma conjunta.

Sin embargo, hay que tener presente también que la seguridad y salud en el trabajo ostenta una dimensión pública importante. Así se pone claramente de manifiesto en el ordenamiento español desde el instante en el que el art. 40.2 de la Constitución de 1978 impone expresamente a los poderes públicos el deber de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, lo cual significa que en ningún caso los poderes públicos pueden dejar de adoptar medidas directamente encaminadas a conseguir que las condiciones de trabajo sean seguras y saludables para los trabajadores. Y ello debido a varias razones: en primer lugar, porque existe un obvio interés público en que no se lleguen a producir daños profesionales, los cuales, al final, por el sistema de aseguramiento obligatorio que existe en nuestro país, terminan constituyendo un coste del que deben hacerse cargo las arcas públicas, financiado por la sociedad en su conjunto; en segundo lugar, porque la producción de daños profesionales y el desarrollo de las prestaciones laborales en condiciones inseguras e insalubres para los trabajadores inevitablemente provocará una disminución de su rendimiento y, en consecuencia, una paralela disminución de la productividad empresarial y de la riqueza y competitividad nacionales en los mercados internacionales; y en tercer lugar, porque los bienes jurídicos de la persona del trabajador que se pretenden proteger en todo caso mediante el logro de unas condiciones

de trabajo seguras y sanas para ellos son la vida, la integridad física y psíquica y la salud (arts. 15 y 43 CE), los cuales son objeto de sendos derechos constitucionales, derechos de todas las personas que, en todo caso, conforme al mandato constitucional que al respecto se ha establecido en el art. 9.2 CE, deben ser promovidos y garantizados por los poderes públicos en cualquier ámbito, tanto público como privado, y entre ellos, y de manera especialmente incisiva, en el específico ámbito privado del trabajo asalariado, ya que, dada la desigualdad intrínseca del trabajador respecto de su empresario en la relación laboral que les vincula,¹⁶ éste constituye un campo especialmente proclive a que estos derechos constitucionales de los trabajadores resulten lesionados por parte del empresario mediante un ejercicio abusivo –irregular– de su poder de dirección. El deber de seguridad del empresario, al encontrarse orientado también a satisfacer intereses generales y públicos, ostenta una naturaleza jurídica pública, lo cual se traduce en que resulta exigible directamente por los poderes públicos.

2. Clases de responsabilidades en que puede incurrir el empresario por incumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo

Precisamente el hecho de que en el ordenamiento jurídico español el deber de seguridad y salud del empresario haya sido configurado como un deber existente tanto frente a todos y cada uno de los trabajadores a su servicio (deber de naturaleza privada) como frente a los poderes públicos (deber de naturaleza pública) es el que justifica inicialmente las numerosas y heterogéneas clases de responsabilidad en que puede llegar a incurrir el empresario cuando incumple tal deber de seguridad y salud en el trabajo, o más exactamente, cuando incumple todas o algunas de las obligaciones que, de acuerdo con la configuración que del mismo ha realizado la actual LPRL, forman parte de su contenido.

Desde este punto de vista, en caso de incumplimiento, el empresario, por un lado, incurriría en una serie de responsabilidades de carácter privado ante aquellos de sus trabajadores afectados por tal incumplimiento en particular;

¹⁶ Desigualdad entendida, lógicamente, como posición de desventaja o inferioridad, que no es sólo económica, sino también jurídica, puesto que, conforme a lo establecido en el art. 1.1 ET, para que una prestación de servicios pueda ser considerada jurídicamente como "laboral", y, en consecuencia, se le apliquen las normas que conforman la rama del ordenamiento denominada "Derecho del Trabajo", debe realizarse, entre otros requisitos, "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". Esta forma de ejecución de la prestación laboral constituye la nota de laboralidad conocida tradicionalmente como "subordinación" o "dependencia".

y, por otro, en una serie de responsabilidades de naturaleza pública ante los poderes públicos. Mientras que el surgimiento de las primeras exige necesariamente que los trabajadores directamente afectados por el incumplimiento o sus causahabientes actúen por los medios correspondientes puestos a su disposición por el ordenamiento, las del segundo tipo, en cambio, son exigibles de oficio por los organismos públicos competentes según el tipo particular de responsabilidad de que se trate, al margen por completo de la voluntad de los concretos trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones de seguridad.

Además de este primer criterio clasificatorio de las posibles responsabilidades que, a tenor de la regulación jurídico-positiva vigente en nuestro país, se pueden derivar para el empresario del incumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo, se puede acudir también a otro, igualmente esclarecedor, y diferenciar tales responsabilidades distinguiendo entre aquellas que surgen del mero incumplimiento por parte del empresario de su deber de seguridad, de aquellas otras que, en cambio, para surgir, requieren que el incumplimiento del empresario sea la causa de la producción de un daño efectivo sobre la persona del trabajador –sobre su vida, su integridad física o psíquica o su salud.

Nosotros aquí vamos a utilizar este segundo criterio clasificatorio de las responsabilidades, sobre todo con el fin de realizar un planteamiento sobre el tema de las responsabilidades en que puede incurrir el empresario como consecuencia del incumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo algo diferente de aquellos que en el ámbito de la doctrina iuslaboralista española se han venido realizando al respecto y que, en su inmensa mayoría, se han basado en el primero de los criterios de clasificación apuntados.¹⁷

En todo caso, la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de diferentes tipos de responsabilidad surgidas del incumplimiento, en el caso que nos ocupa, exclusivamente por parte del empresario, de sus obligaciones en materia de

¹⁷ Además, para la justificar el análisis preciso y detallado de las responsabilidades derivadas del incumplimiento por parte del empresario de alguna de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que, además, haya dado lugar a la producción de un daño sobre la vida, la integridad física o psíquica y/o la salud de uno o varios trabajadores a su servicio, nos remitimos a las palabras de Nuria PUMAR BELTRÁN en el Prólogo del libro AAVV (PUMAR BELTRÁN, N. Coord.), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 7: "...nadie duda de que dos siglos más tarde la siniestralidad laboral todavía sigue siendo la "cuestión social" no resuelta pese a las garantías normativas y judiciales presentes en la actualidad. A ello debemos añadir que el bien jurídico a proteger, la vida y la salud del trabajador, supera a cualquier otro bien protegible por el ordenamiento. En este sentido, la determinación y el alcance de la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento de las obligaciones previstas en materia de prevención ocupa un lugar central en las normas del Derecho del Trabajo en cuanto garante de los intereses de la parte más débil, pues va a determinar la eficacia del cumplimiento de tales normas".

seguridad y salud en el trabajo, se justifica porque cada una de ellas responde a un objetivo diferente estimado como legítimo y digno de tutela jurídica, lo cual, a su vez, es lo que explica que cada una de tales clases de responsabilidad se encuentre sometida a una regulación también diversa (diferentes son en cada caso los presupuestos para su surgimiento, y distintas son también las consecuencias jurídicas que llevan anudadas).¹⁸

2.1. Responsabilidades surgidas del mero incumplimiento de sus obligaciones

Las posibles responsabilidades que se pueden derivar para el empresario de la simple inobservancia de su deber de seguridad y salud en el trabajo sin necesidad de que, a consecuencia de tal incumplimiento, el trabajador o trabajadores afectados lleguen a sufrir un daño profesional, son de tres tipos:

Por un lado, dos tipos de responsabilidad de naturaleza pública: la responsabilidad administrativa, que surgirá cuando el empresario incurra en alguna de las conductas consideradas como infracción en los arts. 11, 12 y 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS); y la responsabilidad penal, en la que incurrirá cuando la vulneración del deber de seguridad se produzca a través de la realización de una conducta tipificada como delito en los arts. 316 a 318 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP).

Y, por otro, una responsabilidad de naturaleza privada ante aquellos de sus trabajadores –uno o varios, según los supuestos– que se vean directamente afectados por el incumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo. Dado que el deber empresarial de seguridad respecto a sus trabajadores surge directamente del contrato de trabajo, los trabajadores afectados por el incumplimiento del mismo, al constituir un incumplimiento del propio contrato de trabajo, podrán acudir a los distintos medios de tutela y de exigencia de responsabilidad que con carácter general pueden emplear con el fin de hacer efectivo cualquiera de los demás derechos laborales que les corresponden y que surgen igualmente de la relación jurídico-laboral que les vincula con su empresario.

¹⁸ Así también lo pone de relieve, entre otros, MONTOYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", op. cit., pág. 3.

2.1.1. Responsabilidad administrativa

De la responsabilidad administrativa se puede afirmar, sin ninguna duda, que es la clase de responsabilidad más importante que, a lo largo de las diversas normas que han estado vigentes en el Derecho español en materia de seguridad y salud en el trabajo desde aquella primera y significativa Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, se ha anudado a las contravenciones por parte del empresario de su deber de seguridad.¹⁹

Como se ha dicho, surge del mero incumplimiento por el empresario de su deber de seguridad, sin que se exija como requisito para su surgimiento que tal incumplimiento ocasione un daño efectivo sobre la vida, la integridad o la salud del trabajador o de los trabajadores afectados por el concreto incumplimiento. No obstante, si tal daño se llega a producir, además de que pueda dar lugar al surgimiento para el empresario de otras nuevas y distintas clases de responsabilidad, tal hecho actúa como criterio agravante de la propia responsabilidad empresarial de carácter administrativo.²⁰

La exigencia de responsabilidad administrativa al empresario constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, o lo que es lo mismo, la responsabilidad empresarial de tipo administrativo tiene una naturaleza pública, en este caso por el incumplimiento de todas o de alguna de las obligaciones que conforman el contenido de su deber de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo con el Derecho en vigor, siempre que, además, esas conductas estén tipificadas como infracciones en una norma con rango de ley,²¹ que en España es la LISOS.²² La tipificación de las posibles conductas empresariales que legal-

¹⁹ En el Derecho español el empresario (persona física, jurídica o comunidad de bienes) es el principal sujeto que puede incurrir en responsabilidad administrativa por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, aunque no el único. De acuerdo a lo dispuesto en los números 8 y 9 del art. 2 de la LISOS, además del empresario parte del contrato de trabajo, pueden incurrir en responsabilidad administrativa por incumplimiento de las obligaciones que en materia de seguridad y salud les corresponden los siguientes sujetos: por una parte, los empresarios titulares del centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se derivan de la normativa de prevención de riesgos laborales; y por otra, las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia.

²⁰ Así se establece en el art. 39.3 c) de la LISOS.

²¹ La responsabilidad administrativa en general se integra dentro del Derecho Administrativo Sancionador, por lo cual su exigencia, en aras de la seguridad jurídica, se encuentra sometida, en términos similares a lo que sucede con la responsabilidad penal, a los principios de "legalidad" y "tipicidad".

²² Con carácter general, el art. 5.2 LISOS define las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales como "las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley".

mente se consideran incumplimientos de su deber de seguridad y salud en el trabajo y que originan una responsabilidad administrativa para el empresario incumplidor, a su vez, se clasifican en leves,²³ graves²⁴ o muy graves,²⁵ en función de la importancia del incumplimiento y de la magnitud de los posibles resultados dañosos que cada incumplimiento puede llegar a ocasionar a los trabajadores afectados.

La consecuencia jurídica que lleva aparejada la comisión por el empresario de una infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales es la imposición al mismo de una sanción, que estará en función de la gravedad de la infracción.²⁶ Normalmente la sanción más habitual es una multa,²⁷ la cual se debe ingresar en las arcas públicas. Pero además, en aquellos supuestos de incumplimientos más graves, la multa puede llevar aparejadas sanciones administrativas accesorias, en muchos casos de mayor importancia que la propia sanción pecuniaria (por ejemplo, la suspensión o cierre del centro de trabajo o la limitación en la facultad empresarial de celebrar contratos con las Administraciones públicas).

La declaración acerca de que el empresario efectivamente ha incurrido en una infracción administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo y la imposición de la sanción correspondiente se hace por la Autoridad laboral tras la tramitación de correspondiente expediente sancionador, conforme a lo previsto en los arts. 51 a 54 de la LISOS.²⁸ En todo caso ese expediente sancionador se inicia por al Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, cuando en el ejercicio de su función principal de vigilar y controlar el cumplimiento por los distintos sujetos de las relaciones laborales de las obligaciones que en

²³ Las conductas consideradas como infracciones administrativas leves se encuentran tipificadas en el art. 11 LISOS.

²⁴ Las conductas consideradas como infracciones administrativas graves se encuentran tipificadas en el art. 12 LISOS.

²⁵ Las conductas consideradas como infracciones administrativas muy graves se encuentran tipificadas en el art. 13 LISOS.

²⁶ En aplicación de otro de los principios más característicos del Derecho Administrativo Sancionador en general, como es el "principio de proporcionalidad" entre la gravedad de la infracción y la magnitud de la sanción aparejada. Vid. el art. 39 LISOS relativo a los "*Criterios de graduación de las sanciones*".

²⁷ La cuantía de las sanciones pecuniarias correspondientes a las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentran recogidas en el art. 40.2 LISOS, y con carácter general se puede destacar que son mucho más elevadas que las que se imponen por otro tipo de infracciones en materia laboral y de Seguridad Social. Mientras que con carácter general las infracciones laborales leves se sancionarán con una multa que oscilará entre 30 y 300 euros, las graves con entre 301 y 3000 euros y las muy graves con un mínimo de 3001 euros y un máximo de 90000 euros, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se sancionaran, respectivamente, con entre 30 a 1500 euros, entre 1501 y 30000 euros y con entre 30001 y 600000 euros.

²⁸ Desarrollados por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social

ese ámbito les incumben, aprecien la inobservancia empresarial de alguna de sus obligaciones preventivas.²⁹ En tal caso, el Inspector actuante levantará un acta de infracción e iniciará el procedimiento sancionador, que tras la oportuna tramitación conforme a lo establecido en los preceptos anteriormente citados de la LISOS,³⁰ culminará con una resolución de la Autoridad laboral competente en cada caso en la que se declarará si ha existido o no infracción por parte del empresario. Si en ella se establece que el empresario ha realizado una conducta tipificada en la LISOS como infracción administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, se señalará también cuál es la sanción correspondiente.

Este régimen general de exigencia de responsabilidad administrativa, sin embargo, no resulta de aplicación cuando sea una Administración pública la que incumpla sus obligaciones preventivas respecto a su personal civil, tanto laboral como funcionario o estatutario.³¹ Las Administraciones públicas incumplidoras, además de someterse a un procedimiento sancionador distinto, nunca podrán ser sancionadas económicamente mediante una multa, sino que únicamente se les podrán imponer "*medidas correctoras*" de los incumplimientos concretos en los que en cada caso hayan incurrido.³² La subsanación se deberá efectuar en el plazo que el órgano competente les dé en cada caso para ello. Lo que no se establece es qué sucede cuando, pasado ese plazo, la Administración pública incumplidora continúe sin subsanar tales deficiencias.

²⁹ Así lo prescribe de forma expresa el art. 1.2 LISOS.

³⁰ Vid. art. 48 LISOS, que es el que establece, en función de la cuantía de la sanción a imponer, a qué órgano, estatal o autonómico, corresponde resolver el procedimiento sancionador iniciado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

³¹ El art. 45 LPRL dedicado inicialmente a regular las infracciones administrativas, y derogado y sustituido posteriormente de forma parcial por el art. 5.2 LISOS, en el N° 1, a partir del párrafo tercero, indicaba expresamente: "No obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras, de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca (...) En el ámbito de la Administración General del Estado, corresponderá al Gobierno la regulación de dicho principio, que se ajustará a los siguientes principios: a) El procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal. b) Tras su actuación, la Inspección efectuará un requerimiento sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución de las mismas, del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones. c) En el caso de discrepancia entre los Ministros competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento, se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su decisión final". Esta previsión en la actualidad se recoge parcialmente –tan sólo en su primera parte– en el art. 42.5 LISOS.

³² La regulación de las particularidades de la responsabilidad administrativa en que incurrirán las Administraciones públicas cuando incumplan alguna de las obligaciones preventivas que legalmente les corresponden se ha establecido en una norma reglamentaria específica y monográfica al respecto, el RD 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, modificado posteriormente de forma parcial por el RD 464/2003, de 25 de abril.

Finalmente hay que indicar que el empresario no se exime ni del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que conforme a la normativa preventiva vigente integran el contenido de su deber de seguridad y salud en el trabajo ni, en lógica consecuencia, de su responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento, por el hecho de que sus trabajadores o los sujetos a los que en cada caso, y conforme a las exigencias legales, haya acudido para llevar a cabo la actividad preventiva que le corresponde llevar a cabo en su empresa (trabajadores designados, servicios de prevención propios o servicios de prevención ajenos) incumplan las funciones que tienen asignadas por esa misma normativa preventiva. Así se deduce de lo establecido en el art. 14.4 de la propia LPRL. El empresario ha sido configurado por la LPRL expresamente como "garante" de la protección eficaz de sus trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.2) y, por ello, jurídicamente, se encuentra obligado también a adoptar todos los medios que sean necesarios³³ para que esos demás sujetos cumplan adecuadamente las obligaciones y funciones que les han sido normativamente atribuidas como medios instrumentales y coadyuvantes para que él, en cuanto obligado absolutamente principal, pueda cumplir con su deber de garantizar una protección auténticamente eficaz a sus trabajadores frente a los riesgos laborales. Si estos sujetos no cumplen, se presume que el empresario también ha incumplido con su deber de garantía y, por ello, es al propio empresario al que se le hace responsable administrativo, no por un incumplimiento ajeno, sino por un incumplimiento propio. Ello, obviamente, sin perjuicio de las acciones que posteriormente el empresario pueda ejercitar contra esos otros sujetos a su servicio por el incumplimiento de las obligaciones o funciones que tengan encomendadas (en este sentido, podrá adoptar medidas disciplinarias, exigir responsabilidades civiles por los daños y perjuicios causados, etc.). Sólo en aquellos supuestos en que no quepa apreciar ningún tipo de negligencia por parte del empresario en el incumplimiento de sus propias obligaciones de seguridad en relación a los incumplimientos de las obligaciones de alguno de esos otros sujetos con alguna obligación o función al respecto, podrá quedar eximido de responsabilidad administrativa.

2.1.2. Responsabilidad penal por delito de riesgo.

La exigencia de responsabilidad penal constituye la manifestación más extrema del poder sancionador del Estado, ya que implica la privación de libertad del sujeto infractor –además de la posible privación también, en determinados supuestos, de otros derechos–, por eso, en general, se reserva para sancionar aquellas conductas humanas que, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Estado español en la actualidad conforme a lo

³³ Incluido el ejercicio del poder disciplinario.

establecido expresamente en el art. 1.1 de la Constitución Española (CE, en adelante), se consideren más reprobables por atentar contra los principales valores y derechos que, según este modelo de Estado, rigen nuestra convivencia.³⁴

Para que la responsabilidad penal pueda surgir, se exige que la conducta realizada se encuentre expresamente tipificada como delito o falta en una norma con rango de ley orgánica –el CP– (principios de “legalidad” y de “tipicidad”, que en el ámbito penal no admiten ningún tipo de matización), y también que tal conducta resulte imputable al sujeto que la llevó a cabo (principio de “culpabilidad”). La responsabilidad penal es, además, absolutamente “personalísima”, lo que quiere decir que solamente resulta exigible al sujeto que actuó el comportamiento tipificado como ilícito penal, sin que esa responsabilidad se pueda transmitir ni compartir con ningún otro sujeto, o dicho de otro modo, cada sujeto responde penalmente tan sólo y en exclusiva por sus propios actos delictivos.

Centrándonos ya en el específico ámbito que nos ocupa, se puede decir que en el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, como, por ejemplo, el italiano, la responsabilidad penal derivada del incumplimiento por los sujetos obligados de los deberes que en cada caso les correspondan en materia de seguridad y salud en el trabajo, se ha establecido claramente como *ultima ratio*, quedando reservada para aquellos incumplimientos considerados más graves y que, además, hayan provocado daños de gran entidad sobre la vida, la integridad física y/o psíquica o la salud del o de los trabajadores afectados por el mismo.³⁵ Sin embargo, también se encuentra tipificado un delito específico de riesgo en materia de seguridad y salud en el trabajo. La conducta típica básica es la que se encuentra prevista en el art.

³⁴ Tal y como declara ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981, pág. 50, la responsabilidad penal se prevé para aquellas conductas de especial gravedad o de singular reprobación desde el punto de vista social, pues en ésta y en otras materias tiene como objetivo inmediato y primordial la protección de bienes de interés colectivo o social, en este caso la vida y la integridad de las personas; en el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., “La figura del empresario (II): responsabilidades y sanciones”, en AAVV (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N., Dirs.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, pág. 326.

³⁵ Con el objetivo inmediato de conseguir una mayor efectividad de la normativa penal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo en España y así conseguir reducir el alto índice de accidentes de trabajo, en fecha reciente (19 de septiembre de 2007) ha sido firmado el “Protocolo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias”. Un análisis de los antecedentes, objetivo y contenido de este Protocolo Marco puede verse en MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. “Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto”, en *Revista de Derecho Social*, N° 40, 2007, págs. 179 a 204.

316 CP, en el cual se sanciona con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes, con infracción "*de las normas de prevención de riesgos laborales*" y estando legalmente obligados a ello, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores realicen sus tareas "*con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*"; por su parte, el artículo siguiente, el 317, sanciona esta misma conducta con la pena inferior en grado si se comete mediando imprudencia grave.

Cuando los hechos descritos sean atribuidos a personas jurídicas, "*se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*". Así se establece expresamente en el art. 318 CP, el cual viene a ser una manifestación concreta de lo establecido con carácter más general en el art. 31 CP. Esta regla no es más que una explícita manifestación del ya aludido carácter esencialmente personalísimo de la responsabilidad penal.

Hay que destacar que a través de una reforma posterior del art. 318 CP se estableció que en los casos en que la responsabilidad penal del delito de riesgo contra la seguridad y la salud de los trabajadores sea atribuida a una persona física que represente a una persona jurídica, además de la pena privativa de libertad que la autoridad judicial imponga a aquélla, podrá imponer a la propia persona jurídica representada las penas de: clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, bien con carácter temporal o con carácter definitivo; su disolución en los supuestos de que se trate de una sociedad, asociación, o fundación; la suspensión de sus actividades durante un período que no podrá exceder de los cinco años; la prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro operaciones, actividades o negocios en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y/o la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, la cual no podrá sobrepasar tampoco los cinco años de duración. Estas penas que de forma añadida se pueden imponer ahora a la entidad empresarial en la que se cometió el delito de riesgo contra la seguridad y la salud en el trabajo, dada su gravedad desde el punto de vista de los intereses económicos del empresario, no cabe duda de que constituye un avance muy importante, sobre todo a los efectos de prevenir y/o de disuadir de futuros incumplimientos graves en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Según lo previsto en el art. 316 CP, para que la conducta de un determinado sujeto pueda ser constitutiva del específico delito tipificado en este precepto, debe reunir simultáneamente los siguientes tres requisitos:

En primer lugar, debe suponer una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Es decir, debe constituir una vulneración de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. Se produce por tanto una remisión de la norma penal a la normativa de seguridad y salud en el trabajo (según lo previsto en el art. 1.1 LPRL).

En segundo lugar, la conducta debe consistir, en concreto, en no facilitar, por el sujeto que en cada caso se encuentre jurídicamente obligado a ello, los medios necesarios para que los trabajadores realicen sus tareas con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Por tanto, no cualquier incumplimiento puede dar origen a la responsabilidad penal derivada específicamente de esta figura delictiva, sino, única y exclusivamente, aquel que consista en “no proporcionar” a los trabajadores los medios necesarios para que puedan disfrutar de unas condiciones de trabajo seguras para su vida, su integridad física y psíquica y su salud.

En relación a esto conviene realizar tres especificaciones: la primera es que, dado el concepto de seguridad asumido por la normativa preventiva actual, equivalente a la prevención de los riesgos laborales que en cada caso afecten a los trabajadores (art. 14 LPRL), la referencia legal a los “medios necesarios para que los trabajadores puedan realizar sus tareas en unas adecuadas condiciones de seguridad e higiene” debe entenderse que alude a todas aquellas medidas que en cada supuesto sean necesarias para que los trabajadores puedan desarrollar su prestación en unas condiciones de trabajo sin riesgo para su vida, su integridad psicofísica y su salud o, subsidiariamente, con el menor nivel de riesgo posible dentro de lo técnica y organizativamente factible; la segunda sería que los “medios” a que se refiere el art. 316 CP no deben entenderse referidos únicamente a medios materiales –medidas de seguridad concretas como, por ejemplo, los equipos de protección individual o colectiva–, sino también a medidas de seguridad instrumentales, como el suministro de información y formación adecuadas, vigilancia de la salud, etc.; y la tercera se refiere a que la conducta infractora, para poder ser considerada como delito, puede consistir tanto en una omisión –no facilitar, estando obligado a ello, ningún medio de protección–, como en una acción –proporcionar medios de seguridad, pero no los necesarios y más adecuados en el supuesto particular, por existir otros que podrían alcanzar un mayor nivel de protección de los trabajadores.

El sujeto responsable será aquél que “*estando obligado legalmente a ello*” realice la conducta de no suministrar los medios necesarios para que puedan trabajar en unas condiciones de trabajo seguras en los términos que se acaban de explicar más arriba. Puesto que la responsabilidad penal es siempre personalísima, habrá que precisar en cada caso quién es el sujeto al que le correspondía llevar a cabo esa tarea, pues sólo a él podrá exigírsele la responsabilidad penal

derivada de tal conducta tipificada como delito en el CP, siempre que además se cumplan los demás requisitos exigidos en el art. 316 CP. Obviamente, el empresario es uno de los sujetos que podrían incurrir en esta conducta si, en el supuesto concreto enjuiciado, es a él al que le correspondía suministrar a los trabajadores tales medios necesarios de protección.³⁶

En tercer y último lugar, la conducta señalada en el apartado anterior, además de constituir una vulneración de la normativa preventiva en vigor, para hacer surgir la responsabilidad penal por el delito contemplado en el art. 316 CP, debe provocar de manera directa e inmediata la exposición del trabajador o trabajadores afectados por la misma a un “*peligro grave*” para su vida, su salud o su integridad física.

Al exigirse expresamente no la producción de un daño sobre los trabajadores afectados, sino un “*peligro grave*”, está claro que estamos ante un “delito de riesgo”, pero de riesgo concreto y no abstracto, ya que debe venir referido a uno o varios trabajadores perfectamente identificados –aquellos a los que sí se les hubieran proporcionado los medios necesarios para prevenir los riesgos laborales no se hubieran llegado a encontrar expuestos a un *peligro grave* para su vida, su integridad y/o su salud–. En todo caso, debe quedar claro que resulta absolutamente esencial en la descripción del tipo penal establecido en el art. 316 CP que exista una relación de causalidad entre el no suministro a unos determinados trabajadores de los medios necesarios para prevenir los riesgos a los que se encuentren expuestos y la exposición de éstos a un *peligro grave*. Para que la conducta realizada encaje en la previsión del art. 316 CP, no basta con que, dándose todos los demás elementos del tipo penal que ya se han puesto de relieve, los trabajadores se encuentren expuestos a cualquier tipo de riesgo peligroso para su vida, su integridad o su salud en el trabajo, sino que expresamente se exige que la exposición lo sea a un riesgo calificable como “*grave*”. La estimación de cuándo el peligro al que se encuentran expuestos los trabajadores puede ser considerado efectivamente como “*grave*” se debe hacer de manera casuística en función de las circunstancias concurrentes. No obstante, parece obligado acudir de nuevo a la LPRL, ya que en ella, concretamente en su art. 4.2º, se aportan los criterios para calificar la magnitud de los riesgos. De acuerdo con lo que se declara en este precepto, para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente

³⁶ Como dice RUBIO RUÍZ, A., *Manual de derechos, obligaciones y responsabilidades en la prevención de riesgos laborales*, FC Editorial, Madrid, 2002, pág. 616, “...todos los sujetos obligados por el incumplimiento de sus obligaciones pueden incurrir en responsabilidad, en el caso de que tales incumplimientos conlleven incurrir en algún ilícito penal. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza y al carácter de sus obligaciones, de nuevo es el empresario, por ser el sujeto sobre el que recae el deber general de prevención o de seguridad y la gran mayoría de las obligaciones en esta materia, el sujeto más susceptible de incurrir en esta responsabilidad, lo que además se recoge expresamente en la LPRL (art. 42.1)”.

la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Siendo así, se deberá considerar que el riesgo o peligro al que se encuentran expuestos los trabajadores es grave cuando exista una alta probabilidad de que ese peligro se llegue a materializar en un daño para la vida, la integridad o la salud de los trabajadores afectados por el mismo, y además se prevea que ese daño pueda producir consecuencias muy perjudiciales para tales bienes jurídicos de la persona de los trabajadores afectados.

2.1.3. Responsabilidad contractual frente a sus trabajadores

Dado que la LPRL, concretamente en su art. 14.1,³⁷ ha consagrado expresamente el carácter contractual del deber de prevención de riesgos laborales del empresario al establecer que dicho deber es *correlativo* del derecho de sus trabajadores a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, está claro que cuando el empresario incumple tal deber “de prevención”, aquel o aquellos de sus trabajadores afectados por tal incumplimiento podrán reclamarle el adecuado cumplimiento del mismo.

Puesto que la LPRL ha configurado expresamente el deber del empresario frente a sus trabajadores como un deber de prevenir los riesgos laborales en todos los aspectos relacionados con el trabajo y adoptando cuantas medidas sean necesarias y tecnológicamente factibles para ello, el empresario incurrirá en responsabilidad frente a tales trabajadores desde el mismo momento en que incumpla alguna de las obligaciones preventivas que integran el contenido de su deber –responsabilidad empresarial, obviamente, no frente a todos sus trabajadores, sino únicamente frente a aquel o aquellos directamente afectados por el incumplimiento concreto–, sin que sea necesario que a consecuencia de tal incumplimiento se haya materializado un daño efectivo sobre los bienes jurídicos protegidos de la persona de los trabajadores: su vida, su integridad física y psíquica y su salud. Se trata, por tanto, de una responsabilidad estrictamente privada, que surge porque el mero incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario ya supone una lesión del derecho subjetivo atribuido legalmente a los trabajadores a estar protegidos frente a los riesgos laborales y no tan sólo frente a los daños derivados del trabajo. Precisamente, el hecho de que para surgir no exija la producción de un daño efectivo sobre la salud de los trabajadores afectados por el incumplimiento es lo que la diferencia de la responsabilidad civil, que se estudiará más adelante.

³⁷ Y ya con anterioridad, el art. 19.1 ET desde su versión inicial de 1980, ubicado en la sección 2ª (“Derechos y deberes derivados del contrato”) del Capítulo II (“contenido del contrato”) del ET, establecía que “El trabajador, en la prestación de servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

Al tratarse de una responsabilidad de naturaleza estrictamente privada, sólo surgirá si el trabajador o trabajadores cuyo derecho subjetivo a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo ha resultado lesionado a consecuencia del incumplimiento empresarial de su deber de protección activan los medios de tutela puestos a su disposición por el ordenamiento para exigir la correspondiente responsabilidad a su empresario, sin que, por tanto, la misma pueda ser exigida de oficio por ningún otro sujeto. No obstante, los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo –Delegados de Personal o Comité de Empresa–, tendrían legitimación³⁸ para, en determinados supuestos, acudir a estos medios de tutela en defensa del derecho subjetivo de cada trabajador a disfrutar de una protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos laborales.³⁹

Conviene destacar el dato de que ni la LPRL ni ninguna otra norma laboral se refiere expresamente a estos medios de tutela de los trabajadores frente a los incumplimientos de su empresario de sus obligaciones de seguridad, lo cual resulta especialmente sorprendente si se tiene en cuenta que el régimen jurídico actualmente en vigor en materia de seguridad y salud en el trabajo se basa precisamente en la imposición al empresario de un deber frente a todos y cada uno de sus trabajadores de prevenir los riesgos laborales a los que cada uno de ellos se encuentre expuesto. Se trata de medios de tutela general que el ordenamiento laboral ha puesto a disposición de los trabajadores con el fin de que puedan defender en general cualquiera de sus derechos laborales frente al empresario, y como, sin lugar a dudas, el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo es un derecho laboral del trabajador ante su empresario –por cuanto surge directamente del contrato de trabajo–, tales medios de tutela resultan perfectamente utilizables por el trabajador para exigir al empresario que observe las obligaciones de seguridad que, conforme a lo dispuesto en la actual normativa preventiva, sean necesarias para hacer efectivo su derecho subjetivo de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Las posibilidades que tendrían los trabajadores de exigir judicialmente este

³⁸ Vid. art. 64.9º a) ET, en el cual se señala que los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa tendrán con carácter general, entre otras competencias o funciones, la de ejercer una labor de “Vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos y tribunales competentes”.

³⁹ En cambio, los representantes especializados de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo creados ex novo por la LPRL, los llamados Delegados de Prevención, regulados en el art. 35 de dicha Ley, no tienen atribuida tal competencia, ya que aunque los mismos sí pueden vigilar y controlar el cumplimiento en la empresa de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 36.1 d) LPRL), no tienen legitimación para ejercer acciones judiciales.

tipo de responsabilidad al empresario por incumplimientos de sus obligaciones preventivas serían principalmente las siguientes:

En primer lugar, los trabajadores de manera individual tienen la posibilidad de solicitar unilateralmente la extinción de su contrato de trabajo con fundamento en el art. 50.1 c) ET, alegando un incumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo por parte del empresario, siempre que consiga demostrar que tal incumplimiento constituye una infracción grave y culpable y que, además, tal incumplimiento es la causa de su desprotección frente a los riesgos en el trabajo. En caso de que el trabajador logre acreditar durante el acto de juicio el incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas y la gravedad del mismo, el órgano jurisdiccional autorizará esa extinción del contrato de trabajo con derecho, además, a recibir una indemnización equivalente a la que le correspondería en caso de despido improcedente (art. 50.2 ET).

El segundo mecanismo de tutela a disposición de cada trabajador individual ejercitable, igual que el anterior, ante los órganos jurisdiccionales, consiste en la presentación de una demanda judicial solicitando, en primer término, que se declare que el empresario ha incumplido unas determinadas obligaciones de seguridad frente al trabajador que la presenta, así como también, en segundo término, que se le condene al cumplimiento de las mismas. Ello resulta perfectamente posible teniendo en cuenta que nos encontramos ante un derecho-obligación del trabajador y del empresario surgido directamente del contrato de trabajo, por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2a) de la Ley de Procedimiento Laboral, constituye un conflicto de naturaleza laboral que puede ser objeto de reclamación judicial ante los jueces y tribunales del orden social.

Finalmente, los trabajadores colectivamente pueden también acudir, cuando en el específico ámbito de la empresa o en uno inferior a ésta⁴⁰ exista un interés de todos o de un grupo unitario y homogéneo de trabajadores en que el empresario cumpla con las obligaciones de seguridad que en el caso concreto resulten necesarias y adecuadas para satisfacer el derecho individual de cada uno de ellos a disfrutar de una protección eficaz frente a todos los riesgos

⁴⁰ Aquí se defiende que sólo servirán como instrumento de tutela efectiva del derecho subjetivo de protección de los trabajadores frente a su empresario, es decir, que consigan forzar a éste a que cumpla con sus específicas obligaciones de seguridad en los términos legalmente establecidos tanto respecto a cada uno de ellos como respecto a todos ellos conjuntamente, cuando tales medios sean ejercidos en el específico ámbito de la empresa o inferior. En ámbitos supraempresariales no parece factible ni posible que los distintos empresarios afectados por el ámbito del conflicto puedan verse compelidos a cumplir todas y cada una de sus específicas obligaciones preventivas respecto a los trabajadores con los que cada uno de ellos se encuentra vinculado y que cumplen su prestación dentro de su ámbito de organización y control, dadas las diferentes circunstancias y condiciones de trabajo concurrentes en cada empresa afectada por el conflicto.

derivados del trabajo que realizan, a los medios previstos por el ordenamiento para la solución de los conflictos colectivos, ya sean extrajudiciales o ya sea acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes del orden social por la vía de la modalidad procesal de los conflictos colectivos, prevista en los arts. 151 y ss. LPL. La sentencia que en tal clase de procedimientos se pronuncie, a pesar de las controversias interpretativas que han existido y aún existen al respecto, consideramos que cuando verse sobre aspectos relativos a la seguridad y salud en el trabajo y, como se ha dicho, el ámbito del conflicto colectivo haya quedado restringido a la empresa o a uno inferior a la misma, contendrá o deberá contener pronunciamientos no sólo declarativos del derecho de los trabajadores a su seguridad y salud en el trabajo, sino también condenatorios del empresario demandado al cumplimiento de las concretas obligaciones preventivas que le incumban con el fin de garantizar la eficaz protección a todos y cada uno de los trabajadores a su servicio que realicen su prestación de servicios dentro de su organización frente a los concretos riesgos que les afecten o sobre los que haya versado en particular el litigio.

2.2. Responsabilidades por la causación de daños profesionales a sus trabajadores.

Una vez que se han analizado los principales tipos de responsabilidad en que puede incurrir el empresario por el mero incumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo y sin que sea necesario que tal incumplimiento llegue a ocasionar ningún tipo de daño sobre la vida, la integridad o la salud de los trabajadores, vamos a continuación a analizar aquel otro grupo de responsabilidades que tienen como denominador común el que para su surgimiento sí se exige como requisito absolutamente imprescindible la producción de un daño profesional sobre la vida, la integridad física y/o psíquica o la salud de los trabajadores.

2.2.1. Responsabilidades de Seguridad Social.

En nuestro ordenamiento en materia de Seguridad Social el empresario se encuentra legalmente obligado a asegurar (afiliación, alta y cotización) las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que puedan llegar a sufrir los trabajadores a su servicio. De este modo, si los trabajadores a su servicio sufren un daño derivado del trabajo jurídicamente calificable como accidente de trabajo o enfermedad profesional conforme a las definiciones que estas concretas clases de daños profesionales establecen, respectivamente, los arts. 115⁴¹ y 116⁴² del Real Decreto Legislativo 1/1994,

⁴¹ El art. 115 del TRLGSS, con el título de *Concepto del accidente de trabajo*, dispone que "1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia

de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), en todo caso tendrán –ellos, o en caso de fallecimiento, sus causahabientes– derecho a percibir las prestaciones de Seguridad Social –con cargo al propio sistema de Seguridad Social– correspondientes al grado de incapacidad para trabajar que tales daños les hayan provocado (incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad absoluta o gran invalidez, o muerte y supervivencia), sin que sea un requisito para ello el haber cumplido previamente un determinado período previo de cotización (art. 124.4 TRLGSS). El trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho en todo caso, exista incumplimiento o no por parte del empresario de sus obligaciones preventivas, a percibir estas prestaciones de Seguridad

del trabajo que ejecute por cuenta ajena (...) 2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. f) Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se haya situado el paciente para su curación (...) 3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo (...) 4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. b) Los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado (...) 5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira. b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”.

⁴² El art. 116 TRLGSS, relativo al *Concepto de la enfermedad profesional*, establece que “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional (...) En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad y Consumo”. Este precepto se encuentra desarrollado reglamentariamente en la actualidad por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, que, por fin, sustituyó al anterior y ya muy desfasado RD 1995/1978, de 12 de mayo.

Social (responsabilidad objetiva),⁴³ las cuales en todo caso tienen un carácter tasado, ya que su fin principal no es reparar en su totalidad el daño sufrido por el trabajador a consecuencia del trabajo realizado, sino tratar de compensar la pérdida de salario que experimenta al trabajador como consecuencia del accidente o la enfermedad profesional.

En realidad, cuando los trabajadores sufren un daño profesional calificable legalmente como accidente de trabajo o enfermedad profesional, no se puede decir que sea el empresario el que incurre en una responsabilidad de Seguridad Social, ya que quien responde verdaderamente –pagando al trabajador accidentado o enfermo la prestación que en cada caso le corresponda según lo establecido expresamente para cada supuesto en el TRLGSS– es el propio sistema de Seguridad Social, con lo cual, como desde hace tiempo ha puesto de manifiesto la doctrina más destacada de nuestro país, esa responsabilidad por daños profesionales ya no corresponde al empresario, sino que se traslada al sistema de Seguridad Social a través del mecanismo del aseguramiento obligatorio por parte de aquél de tales daños profesionales, es decir, se transmite al conjunto de la sociedad.⁴⁴

Siendo esta la regla general, existen determinados supuestos en los que la obligación de pagar las prestaciones de Seguridad Social que en cada caso correspondan por el accidente de trabajo o enfermedad profesional acaecidos revierte en el propio empresario, siendo éstos los únicos supuestos en que en sentido estricto se puede afirmar que el empresario es responsable en materia de Seguridad Social por los daños profesionales sufridos por los trabajadores a su servicio. Los supuestos se pueden dividir en dos grandes grupos claramente diferenciados:

El primero de ellos se refiere a cuando el empresario no ha cumplido con su obligación de aseguramiento obligatorio de sus trabajadores con el sistema de

⁴³ Como declara MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, op. cit., pág. 5: “En definitiva, la prestación de la Seguridad Social por accidentes de trabajo cubre éstos de modo objetivo, sin necesidad de que concorra culpabilidad del empresario. El “aseguramiento social” es, pues, del accidente mismo y de sus consecuencias dañosas, no de la responsabilidad del empresario, como ocurrió en los orígenes del seguro de accidentes de trabajo (responsabilidad esta que puede cubrirse mediante el seguro privado)”.

⁴⁴ Como dice ALFONSO MELLADO, C. L., “Manifestaciones de responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y de Seguridad Social”, AAVV (PUMER BELTRÁN, N. Coord.), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 19: “Aunque en los orígenes de la seguridad social estuviese la responsabilidad por el accidente de trabajo y el aseguramiento frente al mismo, es evidente que hoy la seguridad social constituye en general un sistema de prestaciones públicas ante situaciones de necesidad protegidas que escapa a su consideración como un supuesto de responsabilidad empresarial”; Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo*, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2003, págs. 24 y 27.

Seguridad Social, es decir, cuando ha incumplido sus obligaciones de afiliación, alta o cotización de los trabajadores a su servicio conforme a las exigencias legalmente establecidas. Por tanto, en este primer supuesto, la responsabilidad empresarial del abono de las prestaciones de Seguridad Social –de todo el montante de tales prestaciones o tan sólo de una parte, dependiendo del tipo de incumplimiento empresarial– a aquellos de sus trabajadores que sufran una contingencia profesional, deriva no de haber incumplido alguna de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino del incumplimiento de alguna de sus principales obligaciones de Seguridad Social. En este supuesto, lógicamente, el empresario no sólo será el responsable directo del pago de las prestaciones de Seguridad Social que correspondan a sus trabajadores o sus causahabientes por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sufridos, sino también, lógicamente, de la responsabilidad correspondiente ante los poderes públicos (será objeto de una sanción administrativa por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social, además, claro está, de tener que cumplir con las obligaciones de afiliación y alta de los trabajadores desde la fecha del inicio de su relación laboral y/o con la de ingresar las cantidades correspondientes a las cotizaciones dejadas de abonar por tales trabajadores).

El segundo grupo de supuestos se refiere, en cambio, a cuando el empresario ha incumplido dos concretas obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que se consideran especialmente importantes en atención a que su inobservancia es muy probable que llegue a provocar la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional a los trabajadores afectados por dicho incumplimiento. Los incumplimientos empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo que, si dan lugar a las contingencias profesionales, hacen surgir, además de otras posibles clases de responsabilidad (administrativa, penal, civil, etc.), la responsabilidad directa del propio empresario incumplidor del pago de las prestaciones de Seguridad Social que, conforme a lo establecido en el TRLGSS, tengan derecho a percibir los trabajadores que han sufrido el daño profesional, son dos:

a) El incumplimiento de la obligación de la orden de paralización colectiva en el supuesto de riesgo grave e inminente (art. 195 TRLGSS) dada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social según lo previsto en los arts. 9.1 f) y 44 LPRL. Este incumplimiento se equipara expresamente en el TRLGSS al incumplimiento empresarial de aseguramiento con el sistema de Seguridad Social de las contingencias profesionales y, por ello, se le anuda la misma consecuencia jurídica. Se considerará que existe incumplimiento, tanto cuando el empresario no observe inicialmente la orden de paralización colectiva, como cuando lo que sucede es que, habiendo acatado tal orden en un principio, reanuda al actividad laboral de los trabajadores afectados por la misma antes

de haber adoptado las medidas necesarias para prevenir esa cualificada clase de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.

b) El incumplimiento empresarial de su obligación de realizar los reconocimientos médicos previos o periódicos de sus trabajadores cuando éstos ocupen puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional (art. 197.2 TRLGSS).

Finalmente, también cabe que, en caso de que el empresario en la producción del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional haya incurrido en responsabilidad civil o penal, los organismos sanitarios competentes del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente que hayan prestado la asistencia sanitaria necesaria a los trabajadores afectados por tales contingencias profesionales puedan exigir al empresario el importe del coste de dicha asistencia (art. 127.3 LGSS).

2.2.2. El recargo de prestaciones de Seguridad Social

Dentro de las responsabilidades empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra la que consiste en pago del “recargo de prestaciones de Seguridad Social”, que en la actualidad se encuentra regulada en el art. 123 TRLGSS, pero que goza de una larga tradición en nuestro ordenamiento.

Se prevé única y exclusivamente para el supuesto en que el trabajador o trabajadores sufran un accidente de trabajo o una enfermedad profesional de acuerdo con la definición que de estas dos clases de daño profesional ofrecen, respectivamente, los ya reseñados arts. 115 y 116 TRLGSS, cuando tales daños se produzcan *“por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las características y la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”*. Dada la definición normativa del supuesto de hecho que desencadena este tipo de responsabilidad empresarial –cuya redacción es anterior a la de la LPRL–, se puede concluir que, con carácter general, la misma surgirá cuando el empresario haya incumplido, teniendo en cuenta el tipo de riesgos laborales existentes y su magnitud y las características concretas de los trabajadores afectados por tales riesgos, las obligaciones de seguridad necesarias para prevenir tales riesgos y, en consecuencia, proteger de manera eficaz a sus trabajadores frente a los mismos, tal y como le exige la normativa preventiva en vigor y, además, ese incumplimiento sea la causa de que el trabajador sufra un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Así, pues, se exige una relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas y daño

profesional sufrido por el trabajador, de manera que si a pesar de concurrir un incumplimiento empresarial de alguna de sus obligaciones de seguridad y un resultado dañoso sobre la vida, la integridad física o psíquica o la salud de alguno de sus trabajadores, tal relación de causa-efecto entre uno y otro hecho no existe (por ejemplo, porque la producción del accidente o la enfermedad de carácter profesionales se deba a la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito, o a la conducta imprudente del propio trabajador accidentado o de un tercero distinto del empresario), esta clase de responsabilidad empresarial no surgirá.

La específica clase de responsabilidad establecida en el art. 123 TRLGSS se traduce en la obligación del empresario incumplidor de las obligaciones de seguridad que le corresponden y causante del daño profesional de pagar a su cargo al trabajador accidentado una cantidad económica por un importe que oscilará entre un 30 y el 50 por ciento –en función de la gravedad del incumplimiento empresarial–, de las prestaciones económicas de Seguridad Social que en cada caso le corresponda percibir a aquél o a sus causahabientes. Es decir, se obliga al empresario infractor y causante del daño profesional a pagar directamente a los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social a que los daños profesionales den origen un recargo sobre tales prestaciones. En principio, se trata de una indemnización destinada a ser percibida por los propios perjudicados por el daño profesional. Pero si el trabajador afectado por el accidente o la enfermedad profesionales fallece y no existe ningún beneficiario que pueda percibir la prestación correspondiente de Seguridad Social, el empresario infractor no se exime del pago de este recargo, ya que, en tal supuesto, deberá ingresar el importe correspondiente en la Tesorería General de Seguridad Social.

Según dispone expresamente el número 2 del art. 123 del TRLGSS, la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones de Seguridad Social recaerá directamente sobre el “*empresario infractor*” y no podrá ser objeto de ninguna clase de aseguramiento por su parte, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

A tenor de esta regulación, en primer término, hay que precisar qué debe entenderse concretamente a estos efectos por “*empresario infractor*”. Tradicionalmente se ha entendido por tal, única y exclusivamente, aquel que ha realizado el incumplimiento de las obligaciones preventivas a consecuencia del cual se ha producido el resultado luctuoso para la vida, la integridad personal o la salud de los trabajadores afectados. Siendo así, no cabría que, en caso de concurrencia empresarial, se impusiera el pago del recargo de prestaciones de Seguridad Social a otro empresario distinto de aquel que con su comportamiento incumplidor provocó el daño profesional, tanto si el daño se ha producido a un trabajador propio como ajeno. Sin embargo, en estos supuestos

la jurisprudencia a veces ha estimado la existencia de responsabilidad solidaria entre los distintos empresarios involucrados.

En segundo lugar, se establece la prohibición expresa de que el empresario pueda asegurar esta clase de responsabilidad de cualquier forma transmitiéndola a un tercero. Tan es así, que gran parte de la doctrina ha estimado que en caso de insolvencia empresarial ni siquiera resultaría de aplicación el principio general de nuestro sistema de Seguridad Social de "*automaticidad*" en el pago de las prestaciones,⁴⁵ ya que, conforme al tenor literal del art. 123.2 TRLGSS, en todo caso, el único responsable del abono del recargo de prestaciones es el empresario incumplidor de sus obligaciones preventivas. Sin embargo, los Tribunales en muchas ocasiones, con fundamento en el fin protector del sistema de Seguridad Social, han estimado lo contrario.

En relación a esta cuestión de la prohibición total al empresario de asegurar esta clase de responsabilidad, la promulgación y entrada en vigor de la LPRL abrió un debate derivado de la previsión contenida en su art. 15.5 y que de manera general prevé que el empresario pueda concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. Se planteó en el seno de la doctrina si esta previsión del art. 15.5 LPRL introducía con carácter general en nuestro Derecho la posibilidad de asegurar cualquier responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo de carácter indemnizatorio, incluido el recargo de prestaciones y, por tanto, en cuanto ley posterior, derogaba de forma implícita la prohibición expresa de aseguramiento de este recargo establecida en el TRLGSS de 1995. Aunque no existe unanimidad al respecto, la postura mayoritaria, asumida también por la jurisprudencia, es que el recargo de prestaciones continúa siendo inasegurable de cualquier modo, ya que para que la previsión expresa del art. 123.2 TRLGSS se pueda entender modificada, no basta con una referencia tan abstracta como la del art. 15.5 LPRL, sino que se necesita una más explícita y contundente.

Esta responsabilidad se impone de oficio al empresario infractor mediante resolución administrativa expresa del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) a instancia del Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante. La resolución administrativa a través de la cual se impone el recargo, y en la cual se fijará la cuantía específica del mismo (el porcentaje aplicable entre el mínimo y el máximo legalmente fijado) es impugnabile ante la jurisdicción del orden social (art. 2 a) y 2 b) LPL).

⁴⁵ En virtud del cual, cuando es el empresario el obligado jurídicamente a pagar las prestaciones de Seguridad Social devengadas por el trabajador, pero si tal empresario resulta insolvente, las mismas deben ser anticipadas por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS).

El recargo de prestaciones ha sido quizás el tipo de responsabilidad empresarial por daños profesionales más estudiado por la doctrina. Ello se debe principalmente a que, a tenor de su régimen jurídico positivo actual, no está clara cuál es su verdadera naturaleza jurídica, debatiéndose si se corresponde con la de una indemnización, con la de una sanción, o bien ostenta una naturaleza mixta. Este debate, más allá de constituir una simple discusión de carácter dogmático, tiene importantes repercusiones de índole práctica, sobre todo a la hora de determinar su compatibilidad con otras posibles responsabilidades en las que simultáneamente pueda incurrir el empresario como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones preventivas. Aunque, ciertamente, existen argumentos jurídicos para defender cualquiera de las tres posturas apuntadas, la postura mayoritaria ha defendido su carácter de sanción administrativa, basándose, sobre todo, en que no resulta asegurable, y en que, aunque inicialmente dicho recargo va a parar a los sujetos beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social perjudicados por el daño profesional acaecido, si tales beneficiarios no existiesen, el empresario igualmente se encuentra obligado a ingresar el capital coste del mismo en la Tesorería General de la Seguridad Social. El principal obstáculo a esta posición defensora de la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones se encuentra en que ya el propio apartado tercero del art. 123 TRLGSS dispone que este tipo específico de responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción a la normativa preventiva cometida por el empresario (lo cual se reitera en la propia LPRL al disponer en su art. 42.3 que dicho recargo resulta compatible con la responsabilidad administrativa en que pueda incurrir el empresario), ya que, en principio, la imposición de más de una sanción al mismo sujeto, por los mismos hechos y con idéntico fundamento, resultaría contraria al principio constitucional de "*non bis in idem*".

Sea como sea, lo que está perfectamente claro en nuestro ordenamiento en la actualidad es que la responsabilidad empresarial consistente en el pago del recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social en los términos concretamente establecidos en el art. 123 TRLGSS, resulta compatible con cualquier otro tipo de responsabilidad en la que simultáneamente pueda incurrir el empresario en materia de prevención de riesgos laborales (administrativa, penal o civil), y que –aunque esto ya no resulta tan obvio– dicha responsabilidad no resulta asegurable.

2.2.3. Responsabilidad penal por delitos de lesiones u homicidio

El incumplimiento –doloso o culposo– por parte del empresario –o de otro sujeto, dado que, como ya se señaló en otro apartado de este trabajo, la responsabilidad penal en todo caso es personal e intransferible– de las obligaciones preventivas que le corresponden, que sea la causa de la producción de

un efectivo resultado dañoso sobre la vida, la integridad personal o la salud de los trabajadores o de un tercero, puede dar lugar a los delitos comunes de resultado por homicidio (art. 142 CP) o lesiones (arts. 147, 149, 150 y 152 CP), o también, en su caso, a las faltas de homicidio (621CP) y de lesiones (arts. 617 y 621 CP). Cuando es el empresario el que incurre en estos tipos delictivos lo más habitual es que lo haga a través de la realización de una conducta imprudente de carácter profesional, la cual, tanto en el delito de homicidio como en el de lesiones, lleva aparejada, además de la pena privativa de libertad correspondiente en cada caso, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo (por un período de 3 a 6 años en el supuesto de homicidio y de 1 a 4 años en el de lesiones).

A la responsabilidad penal derivada de estos tipos delictivos comunes le resulta de aplicación el mismo régimen jurídico que con carácter general se expuso al analizar la responsabilidad empresarial penal en que podría incurrir en aquellos supuestos en que el tipo no exigía la producción de un efectivo resultado dañoso sobre la persona del trabajador o de un tercero como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2.2.4. Responsabilidad civil

En todos aquellos supuestos en que el empresario haya incumplido alguna de sus obligaciones de seguridad y a consecuencia de ello se produzca algún tipo de daño sobre la vida, la integridad física o psíquica del trabajador, dicho trabajador accidentado o, si él ha fallecido, sus causahabientes, podrán exigir al empresario una indemnización civil por los daños y perjuicios causados. A ella se hace referencia, de manera más o menos explícita, en los arts. 42.1 de la LPRL y en el art. 127 del TRLGSS. No obstante, su régimen jurídico no se encuentra establecido en tales disposiciones de carácter estrictamente laboral, sino que se rige por lo dispuesto en el Código Civil (en adelante, Cc).

Lo primero que hay que señalar es que se trata de una responsabilidad privada, por lo que para que surja resulta absolutamente imprescindible que los propios trabajadores o, como se ha dicho, sus causahabientes si ellos han fallecido por causa del accidente de trabajo o la enfermedad profesional sufrida, reclamen al empresario la indemnización pecuniaria en que este tipo de responsabilidad se traduce.

En segundo término, conviene poner de relieve que los tres elementos requisitos imprescindibles para que el empresario incurra en este concreto tipo de responsabilidad son los siguientes:

– Que el empresario haya incumplido alguna de sus obligaciones preventivas, si bien, como se verá a continuación, también es posible que surja esta responsabilidad aunque no sea el propio empresario el que haya incumplido sus obligaciones, sino que el incumplimiento sea de algún otro trabajador a su servicio.

– Que el trabajador sufra un daño efectivo en su vida, su integridad física o psíquica o en su salud, pueda calificarse este daño o no específicamente como accidente de trabajo o enfermedad profesional a los efectos de la aplicación del TRLGSS.

– Que exista una relación de causalidad inmediata entre el incumplimiento empresarial y el daño producido sobre la persona del trabajador. Ciertamente es, sin embargo, que puede suceder que el resultado dañoso sea consecuencia no sólo del incumplimiento empresarial, sino también, de forma conjunta, en un grado mayor o menor, del propio trabajador accidentado. En este último caso, se estimará una concurrencia de culpas entre el empresario y el propio trabajador, lo cual, si bien no exime al empresario de su propia responsabilidad, sí provocará una disminución en la cuantía indemnizatoria que deberá abonar al trabajador, ya que esa indemnización deberá ser estrictamente proporcional a su grado de participación en la producción del resultado dañoso.

La responsabilidad civil del empresario se traduce en la obligación de abonar una indemnización económica a los trabajadores que hayan sufrido el daño derivado del trabajo como consecuencia de algún incumplimiento por su parte que compense de forma plena todos los daños y perjuicios efectivamente sufridos (el daño emergente y el lucro cesante), tanto materiales como morales. Los órganos jurisdiccionales normalmente aplican para valorar los daños sufridos el mismo baremo que el utilizado para valorar y determinar las indemnizaciones por accidentes de tráfico.⁴⁶

Aunque tradicionalmente ha sido una cuestión muy discutida, en la actualidad, sobre todo después de la LPRL y la consagración del deber de seguridad y salud del empresario como un deber frente a sus trabajadores surgido directamente del contrato de trabajo y además como un deber de prevenir los riesgos que

⁴⁶ La cuantificación de estos daños no es nada sencilla, siendo el demandante quien debe determinar la cuantía económica en que cifra los daños sufridos, así como delimitar los criterios para su cálculo. En este ámbito el juzgador dispone de un amplio arbitrio, puesto que nada le compele a seguir los baremos existentes, en especial los previstos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que, no obstante, puede servir de referencia y de hecho es utilizada frecuentemente por los jueces y tribunales para fijar la cuantía indemnizatoria.

en cada caso afecten a estos “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” y “la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de sus trabajadores”, no parece poder albergarse ninguna duda sobre que cuando el empresario incumplidor de tal deber sea el empresario con el que el trabajador accidentado ha celebrado el contrato de trabajo, la responsabilidad civil en que tal empresario incurre tiene una naturaleza jurídica claramente “contractual” (art. 1101 Cc), puesto que ninguna de sus conductas causantes del daño (tanto activas como omisivas) podrá dejar de ser considerada como integrante de aquel deber.⁴⁷ Siendo así, consecuentemente, tampoco parece que debiera existir ninguna duda acerca de que la exigencia de este tipo de responsabilidad civil al empresario por el sujeto en cada caso legitimado debería hacerse en el orden social de la jurisdicción y no acudiendo al orden jurisdiccional civil, puesto que el art. 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral establece expresamente que “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal”. Así lo han puesto de manifiesto casi unánimemente tanto la jurisprudencia del orden social⁴⁸ como numerosos Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo,⁴⁹ extendiéndola incluso a aquellos supuestos en los que la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional deriva de un ilícito penal y no se reclama ante el orden penal de la jurisdicción, sino que se reserva con el objeto de ser reclamada

⁴⁷ Mayoritariamente se entiende que el deber que la LPRL impone al empresario de garantizar la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, surgido directamente del contrato de trabajo, se extiende a la aplicación de todas las medidas que sean necesarias y más adecuadas en cada momento para prevenir los riesgos laborales en cada caso existentes, se encuentren o no expresamente previstas en una concreta norma preventiva, lo cual además constituye una manifestación específica de lo establecido en el art. 1104 Cc. Así se señala expresamente en la relevante STS (Sala Cuarta) de 10 de diciembre de 1998. Esta es la postura que también defiende en la actualidad la inmensa mayoría de la doctrina iuslaboralista. A título de ejemplo podemos citar a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo”, RL, N° 2, 2003, pág. 7; a SEMPERE NAVARRO, A.V., “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada del accidente de trabajo?” (Comentario a las SSTS de 24 octubre de 1998, 21 de noviembre 1998 y 30 de noviembre 1998), *Aranzadi Social*, Vol. IV, 1998, pág. 2616; y a CALVO GALLEGO, F. J., “Responsabilidad civil y orden jurisdiccional competentes: ¿el final de una prolongada discusión?”, *Aranzadi Social*, N° 13, 2000, pág. 38.

⁴⁸ Sobre todo, a partir de la STS de 6 de octubre de 1989 y en unificación de doctrina a partir de la STS de 24 de mayo de 1994. Vid. destacadamente las SSTS 15 de noviembre de 1990, 20 de junio de 1992, 27 de junio de 1994, 3 de mayo de 1995, 30 de septiembre de 1997, 2 de febrero, 23 de junio y 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero y 6 de mayo de 1999, 14 de febrero de 2001 y 7 de febrero de 2003. Un análisis más detallado sobre esta cuestión puede verse en SEMPERE NAVARRO, A. V., “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?”, op. cit., págs. 2613-2614.

⁴⁹ Entre ellos, y adoptados por unanimidad, los Autos de 23 de diciembre de 1993, de 4 de abril de 1994 y de 10 de junio de 1996, de 27 de junio de 1994, de 10 de octubre de 1994, de 4 de abril de 1995, de 10 de junio de 1996, de 30 de septiembre de 1997, de 24 de diciembre de 1997, de 10 de diciembre de 1998 y de 21 de diciembre de 2000.

posteriormente en un procedimiento específico,⁵⁰ y también a aquellos otros en que la responsabilidad civil se imputa no al empresario laboral del trabajador accidentado, sino al empresario principal de una contrata o subcontrata o a la empresa usuaria, sea de forma exclusiva o conjunta con el empresario titular de la empresa contratista o subcontratista o con la ETT con quienes el trabajador hubiera celebrado su contrato de trabajo.⁵¹ No obstante, todavía hoy en la práctica los órganos judiciales del orden civil reclaman en muchos casos su competencia para dirimir este tipo de responsabilidad –aunque existen relevantes excepciones–, ⁵² apoyándose principalmente en su carácter expansivo y residual y en que se trata de una responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. del Cc), es decir, surgida por la vulneración del principio general del Derecho “*alterum non laedere*” o, como mucho, contractual y extracontractual al mismo tiempo.⁵³

La cuestión acerca de a qué orden jurisdiccional corresponde la competencia para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo no es en absoluto trivial, ya que los dos órdenes que se disputan la asunción de tal competencia mantienen criterios sustancialmente distintos en relación a algunos de los aspectos más relevantes para su determinación (de forma destacada, sobre la valoración de la culpa y sobre la evaluación económica del daño).⁵⁴

⁵⁰ Así, por ejemplo, en las SSTS de 7 de marzo de 1994, de 31 de mayo de 1995, de 22 de enero de 1996, de 29 de julio de 1996, de 10 de septiembre de 1998, de 18 de octubre de 1999. Siendo así, la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional tan sólo escaparía de la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social cuando la misma se reclama conjuntamente con la responsabilidad penal, en cuyo caso el orden competente única y exclusivamente será el penal, tanto en la instancia como en posteriores fases de recurso.

⁵¹ Así lo han admitido, entre otras, las SSTS (social) de 2 de febrero de 1998 y de 1 de diciembre de 2003.

⁵² Ejemplos de sentencias del orden civil que estiman la incompetencia de este orden para conocer de la responsabilidad civil derivada de daños profesionales son las de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, de 10 de febrero de 1998, de 20 de marzo de 1998, de 24 de octubre de 1998, de 21 de noviembre de 1998, de 30 de noviembre de 1998, de 11 de febrero, de 6 de mayo y de 26 de mayo de 2000 y de 31 de diciembre de 2003. Sobre la evolución de la jurisprudencia civil al respecto (hasta el año 1998), vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada del accidente de trabajo? (Comentario a las SSTS de 24 octubre de 1998, 21 de noviembre de 1998 y 30 de noviembre de 1998)”, *op. cit.*, pág. 2614, el cual concluye que “Al cabo, lo que encontramos –en corto período de tiempo– es una pluralidad de criterios, algunos de ellos verdaderamente contradictorios entre sí, a cuyo través se nos muestra el auténtico debate a que se asiste sobre el tema en el propio seno de la jurisdicción civil. De este modo pueden detectarse hasta tres posiciones distintas: la afirmación de la propia competencia, la admisión de la propia competencia sólo si se reclama por responsabilidad extracontractual frente a quien no era empresario y la remisión del tema a la jurisdicción social por apreciar la incompetencia de la civil”.

⁵³ *Vid.*, además de otras muchas anteriores, las SSTS (Sala Primera) de 4 de junio de 1993, de 9 de mayo de 1995, de 15 de julio de 1995, de 21 de marzo de 1997, de 12 de mayo de 1997, de 11 de diciembre de 1997, de 30 de octubre de 1998, de 18 de noviembre de 1998, de 17 de febrero y 10 de abril de 1999, de 19 de marzo de 1999, de 13 de julio de 1999, de 21 de diciembre de 1999, de 28 de noviembre y 13 de diciembre de 2001, de 24 de septiembre de 2002, de 29 de mayo, 4 de julio y 1 de octubre de 2003.

⁵⁴ Hay que tener en cuenta, además, que también es diferente la posición del trabajador en uno y

Así, respecto a la valoración de la culpa, el orden jurisdiccional civil, partiendo de la consideración de la responsabilidad como extracontractual o aquiliana, viene sosteniendo que, aunque no resulta aceptable una responsabilidad totalmente objetiva, sí es aplicable una responsabilidad cuasiobjetiva, lo cual comporta que la carga de la prueba sobre su diligencia y adecuado cumplimiento de todas sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo –la cual se debe estimar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto: personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que actúa– corresponde al propio empresario y no al trabajador accidentado (es decir, se aplica la inversión de la carga de la prueba). En cambio, en el orden social se ha venido entendiendo que para la declaración de la responsabilidad civil del empresario por los daños profesionales sufridos por algún trabajador a su servicio, dado que en materia de accidentes de trabajo ya se ha establecido la responsabilidad objetiva de Seguridad Social, debe excluirse la idea de mero riesgo de la actividad productiva y, en consecuencia, se exige la prueba fehaciente del incumplimiento culpable del empresario por parte de los que lo aleguen, es decir, se exige un mayor nivel de culpabilidad (que no se presume) y, por tanto, tampoco se aplica la regla de la inversión de la carga de la prueba. Siendo así, el empresario quedará excluido de responsabilidad tan sólo en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor –según lo previsto en el art. 1105 Cc– o cuando el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento imprudente de la víctima.

Y en cuanto a la valoración económica del daño y a la cuantificación de la indemnización reparadora, tampoco son coincidentes las posturas de los órdenes jurisdiccionales civil y social, al menos hasta fechas recientes. En todo caso, la indemnización civil se fijará atendiendo a la entidad de los daños y perjuicios concretamente producidos.⁵⁵ Aunque sobre esta cuestión profundizaremos más adelante, lo más habitual viene siendo que los órganos judiciales civiles entiendan que la cantidad que corresponde al trabajador accidentado por la responsabilidad civil derivada de ese daño profesional sufrido a consecuencia de un incumplimiento imprudente de su empresario es totalmente independiente de las prestaciones que haya recibido conforme a la legislación vigente en materia de Seguridad Social y del recargo de prestaciones regulado en el art. 123 TRLGSS, es decir, que las cantidades recibidas por uno y/u otro con-

otro orden jurisdiccional en lo referente al beneficio de justicia gratuita: en el orden social goza de tal beneficio "*ipso iure*", mientras que en el orden civil para gozar del mismo es preciso que lo solicite y que le sea expresamente reconocido, lo cual se haya condicionado a que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Como se sabe, el tratamiento de la condena en costas es diferente dependiendo de si se goza o no de la prerrogativa de justicia gratuita.

⁵⁵ Conforme al art. 1106 Cc, la indemnización debe comprender no sólo el valor de la pérdida que se haya producido, sino también la ganancia dejada de obtener por el acreedor, gozando el juez de una importante facultad de moderación (art. 1103 Cc).

cepto, no se deben tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, si bien es cierto que cada vez son más abundantes las resoluciones en las que las que el importe de las prestaciones de Seguridad Social percibido por los trabajadores es detráido del monto de la indemnización civil concedida al trabajador; en cambio, la posición predominante en el ámbito social de la jurisdicción es diversa: por una parte, se estima con carácter general que las cantidades percibidas por el trabajador o sus causahabientes en concepto de prestaciones de Seguridad Social sí se deben tener en cuenta a la hora de calcular la indemnización civil, ya que tales prestaciones ya contribuyen también a resarcir a aquellos por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente o de la enfermedad profesional; y, por otra, coincidiendo en ello con el orden civil, sobre todo a partir de la STS de 2 de octubre de 2000, estiman que las cantidades que, en su caso, se hayan percibido por el accidentado o sus familiares en concepto de recargo de prestaciones de Seguridad Social son independientes y no se deben computar a efectos del cálculo de la indemnización civil debido a que el recargo no tiene una finalidad indemnizatoria, sino sancionadora y preventiva de futuros incumplimientos empresariales de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo.

El hecho de que, como se acaba de señalar, los órganos jurisdiccionales civiles apliquen un criterio de culpa cuasiobjetivo y suelen conceder indemnizaciones más elevadas al no tener en cuenta el resto de cantidades percibidas por los trabajadores, ha provocado que los trabajadores acudan mayoritariamente al orden jurisdiccional civil y no al social para reclamar las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas del accidente de trabajo o la enfermedad profesional sufridos. No obstante, hay que reseñar que la tramitación de los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales del orden civil resulta bastante más lenta que ante los del orden jurisdiccional social, lo cual también debe ser tenido en cuenta por los trabajadores antes de tomar la decisión sobre a cuál de los dos órdenes acudir.

Cuando el sujeto directamente causante del daño profesional haya sido otro trabajador de la empresa en y durante el ejercicio de sus funciones laborales en ella, el empresario, conforme a lo establecido en el art. 1903 Cc, será responsable directo y solidario con aquél frente al trabajador o trabajadores accidentados o a sus causahabientes, salvo que consiga probar que actuó con toda la diligencia posible para prevenir el daño, es decir, cuando ni siquiera se le pueda imputar una culpa "in vigilando" ni "in eligendo", lo cual es muy difícil que suceda en la práctica. Para que resulte de aplicación el art. 1903 Cc se requiere no sólo que exista una relación jerárquica entre el empresario y el trabajador, sino también la acreditación de la culpa o negligencia en el trabajador dependiente. En virtud de lo dispuesto en el art. 1903 Cc, el trabajador accidentado o sus causahabientes se podrán dirigir inicialmente tanto al trabajador o a los

trabajadores incumplidores que le causaron el daño como directamente a su empresario. Si la reclamación de la indemnización civil se efectúa al empresario y el juez la concede, éste deberá pagarles la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que después pueda repercutir el importe de dicha indemnización a aquellos trabajadores a su servicio directamente causantes del daño (así se prevé en el art. 1904 Cc).

Como se acaba de poner de relieve, a tenor de la regulación establecida en el art. 1903 Cc, el empresario será responsable directo e inmediato de las indemnizaciones civiles por los daños causados por los trabajadores a su servicio cuando los actos causantes del daño vengan referidos al ejercicio de las funciones que les corresponden en la empresa o que le hayan sido encomendadas directamente por el empresario, por lo cual no existe ninguna duda de que tal extensión de responsabilidad se producirá cuando los incumplidores de tales obligaciones sean los trabajadores designados para realizar labores preventivas en la empresa o bien los trabajadores integrados en un servicio de prevención propio de la empresa, ya que en ambos casos los sujetos infractores son trabajadores a todos los efectos del empresario, por encontrarse vinculados con él directamente por la relación jurídico-laboral. En cambio, en el caso de que el incumplimiento inmediato de la obligación causante del daño a los trabajadores sea imputable a un servicio de prevención ajeno, no se puede entender aplicable el art. 1903 Cc, ya que se trata de una entidad ajena a la empresa no vinculada con ella a través de una relación jurídica de naturaleza laboral sino mercantil llamada “concierto” (art. 20.1 RSP). Siendo así, el empresario podrá responder civilmente por sus propios incumplimientos, pero no por los cometidos por el servicio de prevención ajeno o externo con el que, en su caso, haya concertado su actividad preventiva –toda o parte de la misma–. Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos, así, pues, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el inadecuado cumplimiento de las funciones de prevención de riesgos laborales que, a tenor del concierto suscrito con el empresario, deban realizar en la empresa con el fin de que el empresario pueda cumplir con su deber de garantizar la eficaz protección de sus trabajadores frente a los riesgos laborales.⁵⁶

La responsabilidad civil, al no tener una naturaleza sancionatoria sino eminentemente reparadora, no es una responsabilidad personalísima ni intransferible

⁵⁶ No se olvide que según dispone el art. 17 b) RSP, las entidades especializadas que pretendan actuar como servicio de prevención ajeno deberán cumplir, entre otra serie de requisitos, el de “Constituir una garantía que cubra su eventual responsabilidad”, garantía que, conforme a lo establecido en el art. 23 d), se traduce en la obligación de suscribir una póliza de seguro por una cuantía mínima de 200 millones de pesetas (1.202.024, 21 euros), la cual se debe actualizar anualmente en función del índice de precios al consumo (IPC), pero sin que dicha cuantía constituya un límite a la responsabilidad civil en que pueda incurrir el servicio de prevención ajeno.

en absolutamente ningún supuesto, por lo cual resulta puede ser asegurada por el empresario con un tercero (art. 15.5 LPRL).

Para finalizar hay que tener en cuenta que toda responsabilidad penal siempre lleva aparejada una responsabilidad civil. Este tipo de responsabilidad civil por los daños causados por el sujeto que cometió el ilícito penal se regula en los arts. 109 a 126 CP⁵⁷ y se puede dirimir en el propio proceso judicial penal o bien en un juicio posterior ante los órganos judiciales civiles (art. 109.2 CP) –obviamente, se entiende que en uno u otro tipo de proceso judicial de manera alternativa, pero no en ambos conjunta o sucesivamente–.

La responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como ilícito penal responde también a la regla general ya aludida con anterioridad de no tener un carácter personalísimo e intransferible, y precisamente debido a ello, puede inicialmente recaer sobre un sujeto distinto del sancionado penalmente. Siendo así, el empresario, en primer lugar, será responsable civil directo por los daños causados a sus trabajadores –o a trabajadores de otras empresas o a terceros no trabajadores, por ejemplo, a trabajadores autónomos– por las acciones u omisiones propias en materia de prevención de riesgos laborales que sean constitutivas de delito o falta; y en segundo lugar, según lo dispuesto en los números 3 y 4 del art. 120 CP, será responsable civil subsidiario, en defecto de los que lo sean criminalmente, por los delitos o faltas que, por un lado, hayan cometido sus directivos, administradores, dependientes o empleados cuando éstos además hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones relacionadas con el hecho punible (en este caso, disposiciones de la normativa preventiva) de manera que el daño no se hubiera producido sin dicha infracción, y, por otro, también por los cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Es decir, al igual que sucede en la responsabilidad civil por daños regulada en el Cc, el empresario deberá responder civilmente sólo por aquellos actos delictivos cometidos por sus trabajadores o sus representantes cuando los mismos los hayan realizado en cumplimiento de las funciones que en cada caso les correspondan como tales representantes o trabajadores de la empresa, pero, a diferencia de aquélla, la responsabilidad civil empresarial derivada de un ilícito penal cometida por un sujeto dependiente de él ha sido jurídicamente configurada como una responsabilidad subsidiaria, de modo que al empresario única y exclusivamente se le podrá exigir cuando los trabajadores a su servicio declarados judicialmente como responsables penales no puedan por sí mismos hacer frente al pago del importe de la indemnización civil aparejada al ilícito penal por el que han resultado condenados.

⁵⁷ En particular, el art. 116 CP prescribe que “toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios”.

2.2.5. Responsabilidad por lesión del derecho constitucional (fundamental) del trabajador a su vida y a su integridad física y moral.

Cuando el trabajador sufre algún tipo de daño derivado del trabajo a consecuencia del incumplimiento empresarial de alguna de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, o incluso cuando no se llega a producir tal clase de daño de manera efectiva pero, sin embargo, se encuentra expuesto a causa de tal incumplimiento empresarial a un riesgo calificable de “grave e inminente” de acuerdo a la definición que de tal clase de riesgo proporciona el art. 4.4° de la propia LPRL, dicho trabajador ya no solamente está siendo objeto de una lesión a su derecho subjetivo a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo –que, según la LPRL (números 1 y 2 del art. 14) se traduce en un derecho de protección en particular frente a los riesgos a los que en cada caso se encuentre expuesto en el cumplimiento de su prestación laboral de servicios, por lo que su lesión se produce como consecuencia inmediata del incumplimiento por parte de su empresario de cualquiera de sus obligaciones preventivas–, sino que, además, está experimentando la lesión efectiva de su derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, consagrado con carácter general a favor de todas las personas, independientemente de cualquier otro requisito o condición, en el art. 15 de nuestra Constitución de 1978.

Hay que tener en cuenta que el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el derecho a la vida y a la integridad física y moral no son el mismo derecho, sino que, a pesar de encontrarse íntimamente relacionados, son dos derechos distintos y perfectamente diferenciados:⁵⁸ el primero es un derecho específicamente laboral –exclusivamente de los trabajadores en el trabajo– y de creación y configuración legal, y en la actualidad se traduce en una protección de la vida, la integridad y la salud de los trabajadores frente a los riesgos laborales y no sólo frente a los daños; el segundo, en cambio, es un derecho general de naturaleza constitucional⁵⁹ atribuido a todas las personas en todos los ámbitos –incluido el específico ámbito laboral–, que se traduce en una protección frente a los

⁵⁸ Así lo puso claramente de manifiesto la STC 129/1989, de 17 de julio, al decir que el derecho constitucional a la vida e integridad física, que es un derecho absoluto y no relativo y que “la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador”, es distinto del derecho de crédito que, en el marco del contrato de trabajo, se ha atribuido al trabajador a una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo, del que se deriva la consideración del empresario como “deudor de seguridad”.

⁵⁹ Y además, dada su ubicación en nuestra Norma Fundamental (en la sección primera del capítulo II de su Título I) es un derecho de carácter “fundamental”, por lo que vincula de manera directa inmediatamente a todos los poderes públicos y a todos los sujetos privados sin necesidad de que haya una norma legal que lo desarrolle y, además, goza del máximo nivel de garantía y tutela previstas en nuestro ordenamiento jurídico para los derechos, establecidas en el art. 53.1 CE.

daños efectivos sobre los bienes jurídicos de la persona relativos a la vida y a la integridad física y moral, y también, según doctrina del Tribunal Constitucional, a que tales bienes de la personalidad ni siquiera se lleguen a encontrar expuestos a un riesgo grave e inminente,⁶⁰ por lo cual, para estimar su lesión no basta la exposición de tales bienes jurídicos a un riesgo laboral, sino que es requisito imprescindible la producción de un daño efectivo sobre los mismos o, como se acaba de señalar, al menos su exposición a un riesgo grave e inminente. Siendo así, cuando el trabajador no sólo se encuentre expuesto a riesgos laborales, sino que sufra algún tipo de daño derivado de tales riesgos laborales –o al menos se encuentre expuesto a un riesgos calificable de grave e inminente– y ello se deba a un incumplimiento por parte del empresario de su deber de seguridad, podrá acudir a los órganos jurisdiccionales⁶¹ competentes

⁶⁰ Vid. las SSTC 120/1990, de 20 de junio; 215/1994, de 14 de julio; 35/1996, de 11 de marzo; 207/1996, de 15 de diciembre; 119/2001, de 24 de mayo, y 5/2002, de 14 de enero, en las que se dispone que el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la integridad física y moral viene referido a la protección de la "inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular". Además, concretamente en la STC 119/2001, de 24 de mayo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powel y Raymer contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra el Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia) se establece que "habida cuenta que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (...). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado por el art. 15 CE". Por su parte, la última sentencia reseñada, la STC 5/2002, de 14 de enero, citando a todas las anteriores, expresa que "el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado (...) que el derecho a la salud, o mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genera un peligro grave y cierto para la misma".

⁶¹ La jurisprudencia sobre el ejercicio de derechos fundamentales en las empresas y centros de trabajo es muy abundante, y ello, seguramente, debido a dos motivos principales: porque el trabajo constituye uno de los aspectos esenciales de la existencia humana, y porque las ocasiones de lesión de tales derechos son frecuentes en la vida profesional. Así, entre muchas otras, las SSTC 120/1983, 18/1984, 88/1985, 6/1988, 177/1988 o 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998, 197/1998, vienen a sentar la doctrina de que los ciudadanos no son sólo titulares de los derechos fundamentales en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de Derecho como el que se consagra en el art. 1.1 CE, no puede entenderse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social. Los derechos fundamentales obligan, sin distinción, a todos los ciudadanos y, por consiguiente, también en el marco de las relaciones constituidas en los distintos órdenes de la vida social, entre ellos, por supuesto y de manera destacada, en las relaciones laborales. Los argumentos que justifican la eficacia de los derechos fundamentales tanto frente a los poderes públicos como en las relaciones sociales privadas se encuentran en la necesidad de limitar ya no sólo el enorme poder del Estado, sino también, el de otros poderes sociales de influencia creciente

del orden social contra el empresario exigiéndole la responsabilidad derivada de la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral. El trabajador, si decide utilizar esta vía, deberá tramitar su reclamación judicial a través de una modalidad procesal específica, de carácter preferente y sumario, denominada "De tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales" (arts. 175 y siguientes de la LPL). La sentencia que resuelva tal clase de procedimiento judicial por lesión del derecho fundamental del trabajador a la vida y a su integridad física y psíquica declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso de que estime la lesión, declarará, en primer lugar, la nulidad radical de la conducta del empleador; a continuación ordenará el cese inmediato del comportamiento lesivo y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo; finalmente, la resolución judicial establecerá la indemnización que en el caso concreto sirva para reparar al trabajador –o a sus derechohabientes– de las consecuencias derivadas del acto empresarial que le causó el daño profesional (art. 180.1 LPL).

En el supuesto de que en las diversas instancias los órganos jurisdiccionales no hayan resarcido esa lesión a su derecho fundamental, el trabajador podrá hacer uso, agotada la vía judicial ordinaria, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.3 CE).

3. El régimen de compatibilidad entre las distintas responsabilidades empresariales

A nivel jurídico positivo existen varias referencias al régimen de compatibilidades e incompatibilidades entre las diferentes responsabilidades en las que puede incurrir de manera simultánea el empresario como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones preventivas que tiene atribuidas como parte del contenido de su deber de garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Destacadamente las alusiones al respecto se encuentran recogidas en los siguientes preceptos: en el art. 42.3 LPRL, que se refiere a la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con la responsabilidad civil por daños y con la correspondiente al recargo de prestaciones de Seguridad Social; en el art. 3 de la LISOS, que se refiere a la concurrencia

en las sociedades avanzadas. Y ello debido a que junto a la tradicional e histórica amenaza potencial contra las libertades que son y han sido los poderes públicos, surgen en la actualidad poderes económicos y sociales fácticos que pueden ser más peligrosos y atentatorios contra tales derechos que el propio Estado, con lo cual a estos efectos se puede afirmar que las diferencias entre poderes públicos y poderes privados, a este respecto, se han desvanecido. Siendo esto así, la protección de los derechos fundamentales quedaría muy incompleta si la misma se efectuara únicamente hoy, dada la realidad socio-económica, frente a los poderes de naturaleza pública.

de las responsabilidades de tipo administrativo y penal en el ámbito laboral con carácter general; en el art. 43.1 también de la LISOS, que establece la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con las demás que puedan ser exigibles al sujeto en cuestión, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo; y en el art. 123.3 TRLGSS, que alude, en particular, a la compatibilidad entre el recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social con los demás tipos de responsabilidad que puedan derivar en caso de acaecimiento de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Del conjunto de los preceptos antes aludidos que en nuestro Derecho se refieren de manera expresa a la compatibilidad entre las distintas responsabilidades en las que, en lo que a nosotros nos interesa, puede llegar a incurrir el empresario por causa de la inobservancia de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales tal y como las mismas se encuentran reguladas en la normativa preventiva vigente, podemos señalar que la regla general es que todas las posibles responsabilidades que pueden llegar a surgir resultan compatibles entre sí. Es decir, el empresario, si se dan los presupuestos exigidos por el régimen jurídico de cada uno de ellas, deberá responder por todas ellas, salvo una excepción: no resultan compatibles la responsabilidad administrativa y la penal en los casos en que se aprecie "*identidad de sujeto, hecho y fundamento*" (art. 3.1 LISOS). Esta excepción a la regla general de compatibilidad entre las distintas responsabilidades surgidas de los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo responde plenamente al principio de relevancia constitucional denominado "*non bis in idem*".⁶²

Así, pues, según establece el art. 3.1 LISOS, para que las responsabilidades administrativa y penal en las que pueda incurrir el empresario resulten incompatibles entre sí, tiene que producirse una triple identidad:

En primer lugar, una identidad de sujetos. Es decir, que ambas clases de responsabilidad resulten, de acuerdo a su régimen jurídico, imputables al mismo

⁶² Vid. STC 159/1985 de 27 de noviembre, que en su FJ 3º declara que "El principio "*non bis in idem*" no aparece consagrado constitucionalmente de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión (...) está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la Norma Fundamental. Es cierto que la norma "*non bis in idem*" no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden, y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes, pero no lo es menos que sí impide que por autoridades de distinto orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "*ius puniendi*" del Estado (...) Está claro que, por su misma naturaleza, el principio "*non bis in idem*" sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior".

sujeto, en este caso al empresario. Si bien es cierto que la responsabilidad administrativa será casi siempre imputable al empresario, aunque, en virtud de la previsión del art. 14.4 LPRL, el incumplimiento se deba a conductas ejecutadas materialmente por otros sujetos a su servicio, en cambio, la responsabilidad penal, al ser personalísima, sólo podrá imputarse a aquel sujeto que de forma negligente o dolosa realizara de manera efectiva el comportamiento tipificado como ilícito penal. Siendo así, en el caso de empresarios personas jurídicas, será bastante infrecuente que esta primera identidad pueda darse en la práctica, de modo que en tal caso, por un lado, el empresario persona jurídica será el responsable administrativo del incumplimiento de las obligaciones de seguridad tipificadas como infracciones en la LISOS, y, por otro, el concreto sujeto de la empresa que realice la conducta constitutiva de delito o falta según lo previsto en el CP, el que de forma personal y exclusiva incurrirá en la responsabilidad de naturaleza penal correspondiente.

En segundo lugar, además de una identidad de sujetos, debe producirse una identidad de hechos, es decir, que uno y otro tipo de responsabilidad se imputen al empresario por la misma conducta infractora, lo cual no será inhabitual que suceda, sobre todo en los delitos de resultado.

Y en tercer y último lugar, debe concurrir una identidad de fundamento, la cual sólo existe si con ambos tipos de responsabilidad se intenta cumplir la misma función social. La identidad de fundamento, en general, se da entre la responsabilidad administrativa y la penal, dado que ambas constituyen responsabilidades de naturaleza pública que con carácter general pretenden garantizar el “orden público laboral”: por un lado, castigando la conducta infractora cometida por el daño al interés general que supone, (función punitiva del Derecho público sancionador en general), y por otro, disuadiendo la realización –inicial o futura– de tal tipo de acciones (función preventiva). Esa identidad de fundamento concurre igualmente en relación a los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo.⁶³

En la práctica, no resulta fácil que esta triple coincidencia se produzca, por lo cual la regla de la incompatibilidad entre la responsabilidad penal y la administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo constituye, en realidad, una excepción.

⁶³ Como afirma ALFONSO MELLADO, C. L., “Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, *op. cit.*, pág. 16: “En un marco con derivaciones jurídico-públicas como el laboral y en el que existe una posición de desigualdad entre empresario y trabajador que lleva a un fuerte incumplimiento de las normas laborales, el compromiso de los poderes públicos con la eficacia del ordenamiento jurídico exige unas respuestas en el orden público frente a posibles incumplimientos empresariales y ciertamente las normas penales y administrativo-sancionadoras contemplan esa responsabilidad”.

Cuando la Administración laboral que estuviera tramitando un expediente sancionador contra un determinado empresario por un presunto incumplimiento por su parte de alguna norma de seguridad y salud en el trabajo tipificada como infracción administrativa en la LISOS, entendiera que esa misma conducta puede constituir al tiempo un ilícito penal, deberá pasar el tanto de culpa al orden jurisdiccional penal o al Ministerio Fiscal, paralizando la tramitación del procedimiento sancionador. Esta paralización será definitiva cuando el órgano jurisdiccional penal aprecie responsabilidad penal del empresario por los mismos hechos y, en consecuencia, dicte una sentencia condenatoria al respecto. En cambio, ese procedimiento sancionador continuará una vez que, o bien el órgano jurisdiccional del orden penal sobresea al empresario de los delitos imputados por tal conducta tipificada al tiempo como infracción administrativa, o bien absuelva al empresario de los delitos imputados mediante el pronunciamiento de una sentencia absolutoria (apdos. 2, 3 y 4 del art. 3 LISOS).

También se ha planteado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si la compatibilidad expresamente admitida por la normativa en vigor entre el recargo de prestaciones y la responsabilidad administrativa (arts. 42.3 LPRL y 123.3 TRLGSS y 43.1 LISOS) y aplicada de manera generalizada por todos los operadores jurídicos, no resulta, en realidad, vulneradora del principio constitucional "*non bis in idem*", dado que, según se interpreta mayoritariamente, el recargo de prestaciones regulado en el art. 123 TRLGSS ostenta una naturaleza jurídica sancionadora. El argumento que se trae a colación para justificar esta compatibilidad entre estas dos sanciones públicas es que, si bien existe identidad de sujeto y de hechos por los que se imputan ambas clases de responsabilidad, sin embargo, no existe identidad de fundamento: mientras que la sanción administrativa intenta ante todo proteger el interés social en que no se lleguen a producir incumplimientos de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, de modo que así se logre reducir la siniestralidad laboral y, paralelamente, alcanzar un mayor nivel de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, a través del recargo se pretende principalmente proteger el interés del trabajador accidentado o de sus causahabientes agravando la responsabilidad empresarial en el caso de que el daño profesional se deba, precisamente, a un incumplimiento empresarial, es decir, constituye un "plus" respecto a la sanción administrativa cuando el resultado luctuoso llega a producirse.⁶⁴

⁶⁴ Sobre esta cuestión, vid. nuevamente la STS de 2 de octubre de 2000 (en unificación de doctrina), que sienta la siguiente doctrina: "La finalidad del recargo en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al "empresario infractor", el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo (...) Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar

Además del problema de "compatibilidad" en sentido estricto entre los distintos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el empresario por el incumplimiento de sus obligaciones preventivas, adicionalmente se plantea un problema de "independencia" entre aquellas clases de responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo para cuyo surgimiento se exige que se haya producido un daño profesional efectivo y que se materializan en la percepción por parte del trabajador o de sus derechohabientes de una cantidad económica. Esta cuestión de la "independencia" se suscita, en concreto, entre las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional –que siempre tienen un carácter tasado–, el recargo de prestaciones y las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil que recibiera el trabajador accidentado o sus causahabientes previa reclamación jurisdiccional de las mismas. Se trataría de determinar, en particular, si a la hora de fijar el *quantum* de la indemnización civil que debe recibir el trabajador –o sus causahabientes– por los daños profesionales sufridos a causa de un incumplimiento por parte del empresario de alguna de sus obligaciones preventivas, se deben tomar o no en consideración las cantidades previamente cobradas por aquél en concepto de prestaciones de Seguridad Social y, en su caso, de recargo de prestaciones.⁶⁵ La solución dada por los órganos jurisdiccionales no es unánime.

al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidentes. Para justificar la infracción del principio constitucional del "*non bis in idem*" el TS sigue argumentando que "La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio "*non bis in idem*", pues conforme a la jurisprudencia constitucional "la regla "*non bis in idem*", no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)", y que por su naturaleza "sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener una sanción posterior" en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria destacándose doctrinalmente que es indudable que el recargo de prestaciones y sanciones administrativas no contemplan el hecho desde la misma perspectiva social, pues mientras el recargo de prestaciones crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección de los trabajadores". En suma, finaliza esta resolución judicial, "mientras el ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurre tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurren infracciones declaradas trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales". Esta misma orientación ha sido seguida por las SSTS de 14 de febrero de 2001 y de 9 de octubre de 2001. Así lo ha declarado también el TC en su sentencia 158/1985, de 26 de noviembre. Vid. también el análisis de PÉREZ CAPITANO, L., "El "*non bis in idem*" en el Derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década", *Aranzadi Social*, Volumen II, 1994, págs. 2273 a 2317.

⁶⁵ La STS (Social) de 7 de febrero de 2003, reiterando la jurisprudencia anterior, entiende que las consecuencias dañosas del accidente de trabajo no afectan sólo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que puede repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social y de las personas que del mismo dependen.

Los órganos judiciales del orden civil de la jurisdicción, que, como se señaló antes, en numerosos supuestos siguen asumiendo la competencia para resolver sobre la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con carácter general han venido considerando que el hecho de que el trabajador accidentado –o sus causahabientes si éste hubiera fallecido– hubiera percibido las prestaciones de Seguridad Social a que tuviera derecho o el recargo de prestaciones de Seguridad Social no impedía la concesión de la indemnización civil adicional,⁶⁶ cuyo importe debía ser fijado sin tomar en consideración las cantidades que en su caso hubiera podido percibir el trabajador o sus derechohabientes por causa del daño profesional sufrido a través de otras vías jurídicas. En la actualidad, sin embargo, se ha consolidado una posición diferente que estima que en la fijación de la indemnización civil no se deben tener en cuenta las cantidades percibidas en concepto de recargo de prestaciones debido a que éste responde a una finalidad sancionadora de los incumplimientos empresariales de sus obligaciones de seguridad y no reparadora de los daños sufridos por el trabajador,⁶⁷ pero sí, en cambio, aquellas cantidades que el trabajador o sus familiares hayan recibido en concepto de prestaciones de Seguridad Social. Esta última es también la postura asumida tradicionalmente por los órganos jurisdiccionales del orden social: considerar la indemnización en que se traduce la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional es, respecto de las cantidades en su caso percibidas por los trabajadores en concepto de recargo de prestaciones,⁶⁸ no sólo compatible, sino también independiente, mientras que respecto de las prestaciones de Seguridad Social resulta también compatible, pero no independiente (conocida como tesis de la “compatibilidad limitada”).⁶⁹ Se trata así

⁶⁶ Vid. SSTs de 2 de enero de 1991, de 27 de noviembre de 1993, de 7 de marzo de 1994, de 5 de diciembre de 1995, de 6 de febrero de 1996, de 27 de febrero de 1996, de 11 de febrero y de 15 de mayo de 1997 y de 19 de febrero y de 18 de noviembre de 1998 y de 1 de febrero de 1999.

⁶⁷ Vid. SSTs de 2 de enero de 1991, de 27 de noviembre de 1993, de 7 de marzo de 1994, de 6 y 27 de febrero de 1996, de 15 de mayo de 1997 y de 19 de febrero de 1998. En cambio, la STS de 31 de diciembre de 2003 mantiene la posición contraria y considera que del cómputo de la indemnización civil por daños y perjuicios no solamente han de ser deducidas las cantidades previamente percibidas en concepto de prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo o la enfermedad profesional padecidos, sino también las percibidas en concepto de recargo de prestaciones.

⁶⁸ Entre las más significativas resoluciones que han admitido la posibilidad de ejercitar pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil, con la finalidad de lograr el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo se encuentran las SSTs de 2 de febrero de 1998, 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero de 1999, 20 de julio y 2 de octubre de 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001, y 22 de enero, 21 de febrero, 13 de marzo, 23 de abril y 22 de octubre de 2002. Sobre los problemas técnico-jurídicos que plantea esta interpretación jurisprudencial vid. IGARTÚA MIRÓ, M. T., “Reflexiones sobre la actual problemática derivada de la concurrencia de responsabilidades en materia preventiva”, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales* (Alcordemgo), N° 1, julio de 2004, Monográfico sobre Responsabilidades y sanciones por incumplimiento de las obligaciones preventivas, pág. 85. En contra de esta posición pueden verse, por ejemplo, las sentencias del TSJ de Extremadura de 14 de octubre de 1996 y del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 1998.

⁶⁹ Así, por ejemplo, las SSTs de 2 de febrero de 1998 –que no constituyó doctrina unificada–, y las de 10 de diciembre de 1998, de 17 de febrero de 1999, de 20 de julio de 2000, de 23 de abril de

de conseguir que las cantidades indemnizatorias que reciba el trabajador o sus causahabientes por las diversas vías establecidas y permitidas por el derecho en vigor reparen totalmente los daños y perjuicios sufridos, pero sin que ello pueda traducirse en indemnizaciones que superen esa reparación íntegra y, en consecuencia, se dé lugar a un enriquecimiento injusto de aquél.⁷⁰

No obstante, también han existido algunos pronunciamientos del orden social de la jurisdicción que entienden que todas las percepciones económicas recibidas por el trabajador que tengan su causa en la producción de los accidentes de trabajo o de las enfermedades profesionales, incluido el recargo de prestaciones, contribuyen a la reparación del trabajador de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de tales contingencias profesionales, por lo cual a la hora de fijar la indemnización civil por los daños y perjuicios se deben detraer todas aquéllas que ya hayan sido percibidas por el trabajador o sus causahabientes por los mismos conceptos.⁷¹

La cuestión relativa a si a la hora de establecer la indemnización civil que corresponde a un trabajador por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sufridos se tiene que tener o no en cuenta la cantidad que le haya correspondido en concepto de recargo de prestaciones de conformidad con lo establecido en el art. 123 TRLGSS, tras vaivenes contradictorios anteriores, parece haber sido definitivamente resuelta a través de la emblemática STS de 2 de octubre de 2000 sobre el recargo de prestaciones ya reseñada con anterior-

2002, de 18 de febrero de 2002, de 8 de abril de 2002. Sobre los criterios y límites de la restitución por daños en el ámbito laboral que eviten duplicidades indemnizatorias vid., entre otras, las SSTS (Sala Cuarta) de 30 de septiembre de 1997, de 2 de febrero de 1998 y, fundamentalmente, la de 10 de diciembre de 1998, a la que alude expresamente la STS de 2 de octubre de 2000.

⁷⁰ Vid., por ejemplo, las SSTS de 30 de septiembre de 1997, de 2 de febrero de 1998, de 10 de diciembre de 1998, de 17 de febrero de 1999, de 18 de febrero de 2002, de 8 de abril de 2002 y de 9 de febrero de 2005. En ellas se estima que el "quantum" indemnizatorio debe ser único, concluyendo, en palabras de la STS de 10 de diciembre de 1998, que "no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de estimarse formando parte de un total indemnizatorio". Críticos con esta posición se muestran en la doctrina científica, entre otros autores, RIOS MESTRE, J. M., "Daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo: compensación o compatibilidad entre prestaciones, recargo, mejoras voluntarias e indemnización por culpa. Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000", *Información Laboral*, N° 11, 2001, págs. 15 y 16.

⁷¹ Así las SSTS de 30 de septiembre de 1997, de 2 de febrero de 1998, de 10 de diciembre de 1998, de 17 de febrero de 1999 y de 8 de abril de 2002. Como señala GARCÍA MURCIA, J., "La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo", *Temas Laborales*, N° 50, 1999, pág. 236, "La indemnización derivada de responsabilidad civil tan sólo puede cubrir los daños y perjuicios "residuales", los que aún quedan descubiertos tras percibir otras prestaciones o compensaciones".

ridad y dictada en unificación de doctrina.⁷² En ella se confirma tanto su plena compatibilidad como su absoluta independencia al declarar que *“Al resolver esta Sala la cuestión ahora directamente planteada sobre si para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben o no detraerse o computarse las cantidades que deba abonar la empresa infractora en concepto de “recargo de las prestaciones económicas”, ex art. 123 LGSS, se adopta la solución de declarar que dicho recargo es independiente de aquella indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas”*.⁷³ Esta solución es la consecuencia lógica de haber atribuido al recargo una naturaleza esencialmente sancionatoria, lo que le separa en todo punto de la responsabilidad civil, cuya naturaleza es puramente resarcitoria. Este criterio ha sido seguido posteriormente por el TS, por ejemplo, en sus sentencias de 14 de febrero de 2001, 22 de octubre de 2002, 3 de junio de 2003 y de 9 de febrero de 2005.

⁷² No obstante, en esta sentencia existe un voto particular secundado por los Magistrados Excmos. Sres. DESDENTADO BONETE, MARTÍN VALVERDE, SAMPEDRO CORRAL, MOLINER TAMBORERO, GULLÓN RODRÍGUEZ, FERNÁNDEZ LÓPEZ y GONZÁLEZ PEÑA, en que se opta por una interpretación distinta que, con fundamento en la atribución al recargo de prestaciones de una naturaleza jurídica indemnizatoria, defiende la no independencia del mismo respecto a la indemnización civil por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, estimando que ambas, junto con las prestaciones de Seguridad Social, conforman el montante indemnizatorio total que tiene derecho a recibir el trabajador para ser compensado por todos los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del daño profesional cuya producción ha sido consecuencia de un incumplimiento empresarial de alguna sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo.

Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas

Rafael Gómez Pinto

Profesor de Derecho Comercial
DEL DESARROLLO, DE CHILE,
CENTRAL Y FINIS TERRAE

1. Planteamiento del problema de la crisis financiera

El actual contexto económico-financiero en que se desarrolla la actividad de las empresas se caracteriza por la existencia de unos tipos de interés elevados, la dificultad para la obtención de financiamiento externo e inestabilidad comercial provocada por un endeudamiento generalizado. Esta realidad constituye una constante en lo que se refiere a estructuras financieras de las empresas, lo que conlleva a dificultades que ponen en riesgo su viabilidad dentro de un mercado extremadamente competitivo.

No es extraño que frente a esta delicada crisis sean cada vez más frecuentes los intentos, por parte de los responsables financieros de las empresas, de modificar, y en la mayor parte de las veces, de reducir los actuales niveles de inversión para atenuar el endeudamiento.

Sin embargo, estas decisiones comerciales llevan implícitos problemas de naturaleza diversa, cuyo común denominador es la incertidumbre acerca de la información relativa al comportamiento del mercado a futuro. Tampoco se pretende descubrir una receta, y menos exacta, para solucionar los problemas financieros de una empresa derivados de una crisis del mercado, puesto que cada empresa es distinta a otra y en consecuencia cada empresario es el que conoce mejor su realidad.

En este sentido, dirigimos nuestro esmero para sostener posibles caminos que se pueden seguir para alcanzar el objetivo fijado, que consiste en comprender las alternativas legales relativas a que el deudor presente un convenio que sea aceptado por la mayoría de sus acreedores, lo que exige estudiar la actual legislación de quiebras regida por la Ley N° 18.175 y sus modificaciones pertinentes, a fin de que el deudor pueda continuar administrando su empresa con el compromiso de sacar adelante un proyecto de pago a corto o largo plazo, para lo cual deberá necesariamente soportar una espinosa negocia-

ción, que, si fuere desfavorable, es declarado en quiebra, lo que supone un procedimiento de liquidación forzado de sus bienes para proveer al pago de los créditos respetando las reglas de prelación de créditos, que, como se sabe, con los repartos de fondos no alcanza a pagarse a todos, y en el caso de un convenio solución, también llamado simplemente judicial, si no fuese acordado y aprobado, se sigue adelante la quiebra, ya que el objetivo es precisamente proponer un plan de pago que sea mejor que la quiebra para los acreedores, y si estos lo aceptan, el efecto es lógico, debiendo el tribunal dejar sin efecto la declaratoria y ordenar su alzamiento.

Pues bien, frente a un grave problema financiero por el que atraviesa un deudor, como puede ser el no pago de sus obligaciones, nuestra legislación faculta a los acreedores para ejercer varias acciones, como son iniciar acciones individuales declarativas o ejecutivas tendientes a perseguir el reconocimiento judicial de un derecho personal que tenga la virtud de forzar mediante una demanda ejecutiva a que el deudor cumpla su obligación bajo la sanción de realizar sus bienes y pagarse su acreencia. También los acreedores, bajo ciertos supuestos, pueden ejercer una acción que mira el interés público, como es la declaración de quiebra de su deudor, cuyo riesgo será que no a todos pueda pagarse. Otra alternativa nueva que la ley contempla es forzar al deudor judicialmente a presentar un convenio a sus acreedores, bajo sanción de ser declarado en quiebra, como lo contempla el artículo 172 de la Ley N° 18.175, la que reviste natural importancia, ya que históricamente el convenio ha sido contemplado como una acción voluntaria del deudor de carácter preventiva para evitar su quiebra o bien de naturaleza diversa, como es el judicial, que se presenta ante el tribunal de la quiebra por el deudor para alzar su quiebra ya declarada.

Independiente de cuál sea la realidad del deudor o fallido, la ley atiende exclusivamente a un hecho material, como es que el deudor no cumpla sus obligaciones, no considerando el estado real del patrimonio del deudor, ya que puede ocurrir que un deudor insolvente no pueda ser declarado en quiebra ya sea porque obtiene préstamos que le permiten pagar las obligaciones a medida que se vayan venciendo o bien sus acreedores tienen la confianza que su situación se regularizará, por lo que otorgan esperas.

La realidad del mundo en general es la independencia del punto de vista comercial y que tiene como antecedente la autonomía de la voluntad, de lo que se infiere que la circulación de la riqueza no deba tener mayores límites que los que el propio mercado va imponiendo como regla para su funcionamiento. Pero el gran problema de fondo es la protección del crédito en el mundo de los negocios, ya que la gran mayoría de los deudores no pagan y al no cumplir ya sea por problemas financieros u otros anexos, para salvarse de su agonía adoptan decisiones pensando en que les va a ir bien y terminan asumiendo riesgos altos de pérdidas que los llevan a un estado de insolvencia.

Muchos empresarios insolventes logran mantenerse a flote por mucho tiempo y pasan momentos difíciles y luego se recuperan, pero la gran mayoría no enfrenta judicialmente su realidad pagando voluntariamente a sus acreedores en forma universal, cuya ventaja es no atentar contra la *par conditio creditorum*, que supone una igualdad jurídica de los acreedores para perseguir sus créditos contra un deudor que debe a más de un acreedor.

El convenio tiene la ventaja con respecto a la quiebra que no constituye por esencia un procedimiento de liquidación, sino más bien de repactación de las deudas mediante una proposición que hace el deudor y que debe contener un informe completo de la situación legal, económica y financiera del deudor, a objeto que todos los acreedores tomen conocimiento de sus bienes, deudas, negocios, proyectos y las causas del mal estado de sus negocios. El objeto es sin duda el pago, pero no mediante la realización de los bienes, sino mediante plan de pago, que puede ser a corto o largo plazo, lo que supone que el deudor continúa administrando sus negocios y que permite en definitiva mantener la empresa como unidad productiva que forma parte de la economía por sobre los intereses de la fatídica lucha entre deudor y acreedores entre sí.

En efecto, la empresa cumple un rol importante en la economía y el derecho debe protegerla en un estado de crisis, porque frente a este serio problema que radica en las decisiones comerciales del empresario ante las exigencias del mercado, que es competitivo, no todos logran superar preventivamente una dificultad financiera, hecho que no ocurre tratándose de las compañías de seguros, que atendida la información que deben dar al ente fiscalizador se ha establecido un criterio de fiscalización contable y financiera que permite al Estado a través de la Superintendencia de Valores y Seguros adoptar las medidas de control de gestión operativa evitando de esta manera que la fe pública se vea comprometida frente a una futura dificultad para el mercado.

La legislación belga establece un sistema proteccionista de la empresa, al estatuir una causal específica de quiebra que opera cuando: “el deudor no puede pagar temporalmente sus deudas o cuando la continuidad de la empresa está amenazada por dificultades que pueden conducir, con mayor o menor dilación, a una cesación de pagos”.

En cambio, en nuestro país, la tendencia ha sido privilegiar cada vez más el convenio por sobre la quiebra, ya que la continuidad del giro y la venta como unidad económica en el caso de las quiebras no constituyen una garantía suficiente para proteger la empresa y consiguientemente el mercado, por la simple razón que para que se adopten dichos acuerdos se requiere el voto de la mayoría de los acreedores, hecho que en casi todos los casos no ocurre, ya que una vez declarado en quiebra al deudor se persigue sacarlo de la adminis-

tración y el síndico persigue la realización de los bienes y repartir los fondos cuanto antes. Lo anterior es sin perjuicio de que existan algunos acreedores que como no se alcanzan a pagar pretendan convencer a los otros para proteger la empresa.

Un estudio efectuado por la Superintendencia de Quiebras –Ex Fiscalía Nacional de Quiebras– en uno de sus boletines informativos señala que durante el actual sistema de administración de síndicos privados el porcentaje de recuperación o pago de los créditos ascendía sólo a un 3% en el caso de los créditos comunes, normalmente proveedores de servicios o suministros y un 43% para aquellos dotados de garantías reales, mientras que el Fisco recupera cerca del 58% de sus créditos.

Según un estudio efectuado por los tribunales de todo el país, entre los años 1983 y 2002 se tramitaron 468 convenios judiciales preventivos, de los cuales 77 de los proponentes aparecen luego declarados en quiebra, lo que equivale que el 16% no cumplió el convenio llegando al fracaso como empresa.

Sin embargo, estas cifras no son dramáticas, ya que en Chile, según información del Servicio de Impuestos Internos, existen más de 570.544 microempresas, 105.524 pequeñas empresas y 6.858 grandes empresas.

Pues bien, el problema de la insolvencia desde el punto de vista financiero es de mucho interés cuando se trata de empresas, su viabilidad pone en riesgo la circulación de la riqueza en que se inspira el mercado en general y será analizado en este trabajo desde una perspectiva estrictamente jurídica por la vía de solución de los convenios concursales.

Sin perjuicio de lo anterior, en una aventurada aproximación y muy somera, desde el punto de vista financiero, enunciaremos algunos aspectos que hay que tener en consideración para dar algunas alternativas de recomendación de naturaleza interna –concretas– para una empresa que atraviesa por una crisis, tales como:

a) Uno de los métodos más utilizados –por los economistas– para superar una crisis financiera ha sido el análisis de la “estructura financiera” de una empresa, mediante la comparación de los balances e informes de inspectores de cuentas o auditores externos, que nos va a indicar el nivel de endeudamiento a corto y largo plazo, para lo cual hay que determinar si el camino es pretender confirmar, o bien rectificar la política de financiamiento, lo que se logra mediante la combinación de dos factores, como son: los fondos propios y las deudas, a objeto de estudiar las estrategias que la empresa pretende adoptar con la finalidad de situarla en una posición de estabilidad financiera y con ello salir de un estado de insolvencia.

b) También la atención se centra en un exhaustivo análisis del funcionamiento del sistema de precios siguiendo la antigua –pero aún vigente– teoría de Adam Smith, que se explica bajo el supuesto de la venta de especies finas aunque escasas, cuya ventaja es el alto margen de utilidad, y aquellas que son más abundantes con venta más masiva, que se compensa con el bajo margen de utilidad. Método que implica apostar a la innovación u oportunidad en una economía de mercado libre hacia la producción y distribución de aquello que la gente está dispuesta a comprar o adquirir según sus necesidades y disponibilidades financieras.

c) Otra alternativa es bajar –ya sea en forma gradual o profunda– el nivel de endeudamiento, lo que implica una serie de medidas que deben ser evaluadas en un proceso de corto o mediano plazo, cuya definición depende netamente de la actual estructura financiera de la empresa, es decir, si es recomendable o no disminuir el nivel de endeudamiento. Y en caso afirmativo, esta tesis se destaca, porque considera que el riesgo comercial de una empresa es más alto cuando existe una disminución profunda –corto plazo– del nivel de endeudamiento, ya que es más probable que vea afectada la estructura financiera, lo que puede llevar a incrementar la crisis financiera de una empresa. Y a la inversa, el método de la disminución gradual del nivel de endeudamiento supone un mayor tiempo –mediano plazo– de planificación de costos y precios, cuyo riesgo comercial es menor, pero ambos son recomendables.

También, existen otras alternativas de carácter general, que permiten dar una respuesta frente a un problema de carácter financiero de una empresa, entre las cuales se destacan las siguientes: i) Aumentar la red de distribución comercial; ii) Mejorar el servicio de control de calidad; iii) Aumentar la inversión en publicidad; iv) Mejorar el sistema de aprovisionamiento; v) Adquisición de equipos de producción a objeto de disminuir la mano de obra; vi) Mejorar la situación de liquidez, vii) Disminuir los costos fijos mediante una economía interna en base a incentivos por cumplimiento de metas; viii) Aumento de capital por la vía de nuevos aportes de accionistas; ix) Aumento del margen entre precios de venta y costo de producción, variable según especie; x) Emisión de bonos convertibles en acciones; xi) Aumento de plazos en el pago a proveedores; xii) Apertura de créditos a corto o largo plazo, según actual nivel de estructura financiera.

2. Antecedentes de la legislación concursal

Al dictarse en Chile la Ley N° 4.558, del año 1929, se consagró en un solo texto legal, refundiéndose, como se sabe, el libro IV del Código de Comercio, que regulaba la quiebra para los comerciantes y el concurso civil, que se contemplaba en el Código de Procedimiento Civil para los que no eran comerciantes

y deliberadamente se excluyó de sus normas el convenio judicial preventivo, previsto anteriormente para el concurso civil, por considerarse, como lo expresó, a la sazón, el mensaje del Ejecutivo, que: "La quiebra –decía– ha constituido en la práctica una amenaza del deudor en contra de los acreedores, quienes acuden al convenio para evitar el desastre de la liquidación judicial, viéndose obligados a aceptar cualquier forma de pago". De ahí que: "En el proyecto se adoptan medidas para corregir estos abusos" y una de ellas fue no regularlo.

Sin embargo, mediante el Decreto Ley 1.297, del 23 de junio de 1931, se modificó la Ley N° 4.558, para estatuir la existencia del convenio preventivo, aplicándosele las mismas normas ya establecidas para el convenio simplemente judicial, con lo que la práctica comercial sobrepasó al espíritu de la ley, al consagrar el artículo 145 del citado Decreto Ley, que siguió la misma regla del artículo 144, que establecía: "la tramitación de las proposiciones de cualquier convenio no embaraza el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del deudor, no suspende los procedimientos de la quiebra o juicios pendientes, ni obsta a la realización de los bienes", y que la Ley 18.175 lo mantuvo en el artículo 145, para luego venir la Ley 18.598, de fecha 5 de febrero del año 1987, que agregó el artículo 177 bis, que introdujo un sistema especial de suspensiones, que se justifica si se advierte que habiéndose formulado la proposición con el apoyo de una mayoría importante de acreedores tiene la virtud de resaltar la viabilidad del convenio propuesto respecto de aquel que no cuenta con ningún apoyo al momento de ser presentado.

La Ley N° 18.598, publicada en el Diario Oficial de 5 de febrero de 1987, con el afán de facilitar la celebración de convenios preventivos, entre otras innovaciones que introdujo figuran; a) La de suspender por 90 días las eventuales declaraciones de quiebra contra el deudor y la realización de sus bienes, si la proposición de convenio preventivo que hubiere presentado el deudor contare con el apoyo de la mayoría de los acreedores que representen el 51% del total del pasivo, como lo ilustra el artículo 177 bis; b) La de que los acreedores que estuvieren por la aprobación del convenio puedan excluir a los disidentes, pagándoles la cuota que les corresponda, atendido el monto del crédito y el importe de la masa de bienes concursables, o asegurarles el pago, como resulta del inciso 2° del artículo 180, en relación con los incisos 3° y 4° del artículo 112, relativo a la continuación efectiva del giro, que también se modificó, y c) La de ampliar el contenido sobre que pueden versar las proposiciones de convenios, incluyendo en ellas además, la continuación de la actividad del deudor y la enajenación de sus bienes como unidad económica, así como sobre cualquier otro objeto lícito.

No obstante la finalidad que la ley tuvo en vista al sancionar estas tres innovaciones y la claridad que de ellas se desprende según su tenor literal, han surgido

dudas sobre su aplicación, que fundamentalmente han versado, en lo que a cada una de estas materias respecta, en cuanto a) al quórum para calcular el apoyo a la proposición del convenio por los acreedores; b) a la exclusión de otros acreedores distintos de los disidentes, y por último c) en cuanto a la procedencia de la novación, en la proposición de un convenio.

Seguidamente, la Ley N° 20.073, de fecha 29 de noviembre del año 2005 y con vigencia a partir del 29 de enero del año 2006, viene a modificar la Legislación Concursal contemplada en la Ley de Quiebras N° 18.175, de 1982, cuyo objetivo fundamental ha sido fortalecer los convenios entre el deudor y los acreedores, la que hay que relacionarla con la Ley 20.080, que vino a reincorporar la actual Ley de Quiebras 18.175 al antiguo Libro IV del Código de Comercio, las materias de quiebra, convenios y cesiones de bienes, salvo lo relativo a la Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras, que mantiene en el apéndice del Código.

La Ley N° 20.073, junto con fomentar los convenios preventivos judiciales y simplemente judiciales o solución, habla de los acuerdos extrajudiciales en vez de los convenios extrajudiciales, como los trataba la antigua ley. Las principales modificaciones son las siguientes:

- Elimina toda limitación a los acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores.
- Se sustituye el título XII, para regular separadamente los acuerdos extrajudiciales de los convenios judiciales preventivos y los simplemente judiciales.
- Reconoce a los acreedores el derecho de exigir al deudor, cuando haya cesado en el pago de una obligación, la presentación de un convenio judicial preventivo. Actualmente los acreedores sólo podían solicitar la quiebra.
- Establece normas más flexibles para los efectos de que los convenios contemplen variadas posibilidades de arreglo entre deudor y acreedores, abriendo paso a mecanismos de soluciones alternativas de conflicto, al punto que se amplía también el objeto de los convenios
- Da un especial tratamiento a la suspensión de las ejecuciones tanto colectivas como individuales, a efecto de permitir generar los espacios necesarios para poder acordar una norma eficaz y eficiente del pago de las acreencias.
- Junto a la figura del árbitro, que conoce los convenios judiciales preventivos, se crea la del experto facilitador, que tendrá por función evaluar la situación contable, legal, económica y financiera del deudor que ha pedido su propia quiebra, según resulte más ventajoso.
- Establece que, para modificar los convenios, deberán concurrir las mismas mayorías requeridas para su aprobación, con la inclusión de aquellos créditos cuyos títulos sean posteriores a las proposiciones del convenio que se modifica.

- Se agilizan los convenios a través del arbitraje, anticipando la vigencia de los mismos, para evitar que se abuse de las impugnaciones con el propósito de retardar su aplicación.
- Se elimina la causal de indignidad del deudor para proponer convenios, aunque haya sido condenado por un delito de quiebra, y también se elimina la causal de nulidad de un convenio fundada en la causal de quiebra fraudulenta o por alguno de los delitos del artículo 466 del Código Penal.
- Se confieren mayores derechos a los acreedores en el nombramiento del síndico, como informante e interventor del convenio antes de su aprobación, o bien como interventor cuando este ha sido aprobado o como síndico en el caso de la quiebra.

Según –mi padre– el profesor Sr. Rafael Gómez Balmaceda: “Si bien es cierto que se ha hecho costumbre en nuestro medio zanjar las dudas y dificultades que ocurran en la inteligencia y aplicación de las leyes o llenar los vacíos que se notan en ella mediante la dictación de leyes específicas, como lo da a entender el artículo 5° del Código Civil, en relación con el inciso 2° del artículo 9°, no es menos efectivo que el devenir de los dictados de las leyes siempre estará expuesto a soportar la acción inexorable de los años, quedando sus normas prisioneras en la letra fría de la ley. Mientras tanto, la vida social evoluciona y con ello brotan nuevas exigencias que sanciona la realidad y que requerirán otras soluciones jurídicas”; y agrega “Con este criterio, se han dictado numerosas leyes modificatorias de otras leyes y quizás sigan dictándose otras y muchas más, si se considera que el derecho es estático y que la vida social es dinámica. La codificación de las reglas jurídicas marca el rumbo que sigue el derecho y en la época en que vivimos, cada vez son más inagotables e inaccesibles las vicisitudes humanas, siempre variables y dinámicas, para confinarlas en el claustro de la ley. Frente a este dilema, ha de ser la jurisprudencia la que debe ir en auxilio del legislador, para interpretar la ley conforme a las nuevas exigencias sociales y permitir, así, el avance y modernización del derecho, para adaptarlo a la realidad, porque el derecho no puede ser una disciplina grávida y obturadora del progreso de las instituciones de la vida social”. (Seminario Ley de Quiebras y Convenios, 14 y 16 de marzo de 2006 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

Por consiguiente, a medida que se han suscitado dificultades en la aplicación de las normas concursales en diversos juicios de quiebra o concursos, cobra importancia la jurisprudencia, ya que ésta sirve de aplicación práctica para muchos problemas que la propia ley no ha resuelto, si se advierte que el derecho siempre ha tenido que adecuarse a las realidades imperantes, de lo que se podría sostener con propiedad que es misión de los legisladores y académicos estar atentos para ir modernizando las leyes para que tengan aplicación práctica como medio de solución de conflictos jurídicos. Más todavía, tratándose del

derecho concursal, que está en permanente evolución, ya que la vida de los negocios no puede estar sujeta a reglas prohibitivas frente a la actual realidad comercial que trasciende nuestras propias fronteras atendida la apertura de los mercados a nivel mundial.

3. Fundamento de la proposición de un convenio preventivo

La ley ha contemplado la posibilidad de que el propio deudor presente un convenio para evitar que un acreedor le solicite su quiebra, generalmente la legitimación obedece al hecho de que su patrimonio se encuentra afectado por un estado de insolvencia, como consecuencia no solo de las barreras impuestas por la competencia natural del mercado, sino también es derivada del reiterado incumplimiento de sus obligaciones crediticias con sus acreedores, cuyo desgaste induce al deudor a representar a sus acreedores su disposición de pago bajo las condiciones posibles a fin de evitar perder su credibilidad, lo que trae como ventaja para el deudor mantenerse al frente de sus negocios, considerando que llega muchas veces en un estado de un verdadero desinterés de continuar administrando teniendo que soportar un carga financiera de gastos fijos ineludibles que en muchos casos explica las decisiones comerciales no erradas sino forzadas que traen como efecto incrementar su pasivo, en lugar de amparar su credibilidad frente a sus acreedores.

Por esta razón, el legislador contempló como acción la posibilidad que el deudor presente a sus acreedores un convenio judicial preventivo, es decir, antes de ser declarado en quiebra. El riesgo de este convenio es alto, ya que si no es aprobado por la mayoría de los acreedores y se rechaza, la quiebra es inminente y debe ser declarada de oficio por el tribunal.

La idea del convenio judicial preventivo es precisamente que durante su tramitación algunos acreedores del deudor decidan entre todos la suerte del deudor, ya que es natural comprender que al consagrarse esta opción legal algunos acreedores, como los valistas, que son los más perjudicados si la quiebra se declara, lo que no significa una ventaja de privilegio de los valistas, sino una protección que se inspira en la igualdad legal de los acreedores para perseguir el legítimo interés en pagarse sus créditos, lo que en definitiva se resguarda mediante el ejercicio de una acción conjunta de todos los acreedores por sobre el interés particular o individual de algunos.

Esta proposición antes de la quiebra se transforma en una acción colectiva, ya que mira el interés general de todos, sin exclusión, incluso de los privilegiados, ya que de no aprobarse, todos pueden proseguir adelante sus acciones individuales para perseguir el pago de sus créditos. Esta finalidad también se consigue por

el juicio de quiebras, que tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, todos los bienes del fallido, a fin de proveer el pago de todos los créditos, con el propósito de garantizar el principio de la "*par conductio creditorum*", que sanciona el artículo 2469 del Código Civil y el artículo 1° de la Ley 18.175.

Sin embargo, por muy crítica y agobiante que sea la situación por la que atraviesa el deudor, cuyo pasivo exceda considerablemente a su activo, no es todavía desesperada mientras el deudor conserve su crédito y no comprometa la fe pública que debe inspirar la vida de los negocios. Las posibilidades del comercio son tales, que una crisis de esta índole, por muy agónica que sea, es todavía susceptible de superarse, por la vía de la negociación, sin extremar las medidas hasta el exagerado rigor, lo que desde luego implica no utilizar medios ilícitos o arbitrios ruinosos para sostener indebidamente el crédito, porque la justicia no puede tampoco quedar impotente frente a aquellos que abusan de sus acreedores.

De ahí que la quiebra está ligada más íntimamente a la pérdida del crédito, y por lo mismo, entonces, el fundamento del convenio se sustenta, primordialmente, en el crédito que ha de infundirle a los acreedores la persona del deudor, a quienes éste ha de inspirarles suficiente confianza y credibilidad, especialmente en cuanto a su seriedad y decoro en el manejo de sus negocios, como respecto a su integridad moral.

Según Rondanbelli, que sigue la teoría de la personalidad jurídica que investiría la masa de acreedores, el fundamento de los convenios sería necesariamente la causa que inspira a todos, es decir, deudor y acreedores, a adoptar un acuerdo por la vía de un convenio.

Sin embargo, nosotros pensamos que lo que verdaderamente inspira los convenios no es una suerte de unidad jurídica entre las partes, sino más bien la idea de solucionar un problema financiero del deudor, en que el convenio viene a ser jurídicamente un acto jurídico cuyos efectos la propia ley se encarga de establecer y no las partes, puesto que éstas sientan las bases de un acuerdo regulado por la ley.

Siguiendo al profesor don Pablo Rodríguez Grez, en su obra sobre la *Inexistencia y Voluntad en el Código Civil Chileno*, en su página 55 señala: Todo acto es una regla particular que arranca su validez de la pertenencia a un sistema normativo. Por lo mismo el valor jurídico es derivado y surge porque otra norma jerárquicamente superior le confiere legitimidad. Para que la regla particular (en este caso los convenios) se integre al sistema jurídico, debe cumplir con los requisitos señalados en la ley, y si ello no ocurre, no tiene el carácter de tal".

Por último, el convenio viene a ser un remedio frente a una enfermedad cuya causa es un estado de grave insuficiencia patrimonial, ya que el deudor, sea o no una empresa, atraviesa por una dificultad que requiere comunicar a sus acreedores a objeto de que junto a ellos puedan alcanzar un arreglo, puesto que un estado de déficit lleva al deudor a cometer arbitrariedades cuyo riesgo lo soportan al final los propios acreedores al perseguir individualmente el pago de sus créditos.

Cabe recordar el Mensaje del Ejecutivo al Congreso con el cual aquél envió a éste el proyecto del Código de Comercio, y que data del año 1865, donde expresaba que “el Proyecto rechaza ese estado medio entre la solvencia y la insolvencia que algunos han tratado de introducir en la Ley de Quiebras bajo el nombre de “suspensión de pagos”. Para resolver el problema de la crisis financiera de una empresa habrá que definir en cada caso si las empresas son viables o no, hecho que escapa a la fisonomía de las normas en que se inspira el Derecho Concursal.

4. Naturaleza de la proposición de un convenio

La Ley de Quiebras se refiere a las proposiciones de esta clase de convenios en la sección primera del acápite relativo al convenio judicial, de que tratan los artículos 172, 173 y siguientes, ya que la primera de dichas normas se refiere por una parte a la posibilidad de que los acreedores obliguen al deudor a presentar un convenio, la segunda establece el caso típico del convenio preventivo a solicitud del propio deudor, así como los requisitos que se previenen para ello, la última de las disposiciones citadas establece la opción para que no solo el fallido, sino cualquiera de los acreedores, pueda formular proposiciones de convenios una vez declarada la quiebra.

La proposición de Convenio Judicial preventivo, que deduce el deudor, tiene el carácter de ser una demanda judicial, porque lleva envuelto el ejercicio de una acción que tiene por objeto que se acoja la petición del derecho que reclama el deudor, cual es el de formular una oferta de celebrar con la masa de los acreedores una convención, relativa al pago de sus deudas, a fin de evitar la eventual declaración de quiebra.

En nuestro concepto, solamente el deudor tiene realmente un legítimo interés en ejercer esta acción, porque nadie como él es el que ha de soportar las dificultades de tener que pagar sus deudas para prevenir el estado de quiebra.

De ahí, por lo demás, que el artículo 175 ni siquiera se puso en el caso que pudiera uno o más acreedores deducir la proposición, lo que contrasta, por lo

demás, con el artículo 174, que, refiriéndose al convenio simplemente judicial, admite esa alternativa para cualquiera de los acreedores del fallido.

La naturaleza procesal que particulariza esta actuación tiene el carácter de ser un acto de jurisdicción voluntario, no contencioso, porque es de esa clase de gestiones que, según el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, requieren de la intervención del juez y en que no se promueve contienda entre partes.

Con todo, el tribunal ha de proceder con conocimiento de causa, y por lo mismo ha de suministrarle el deudor este conocimiento, a través de los documentos que ha de agregar a su solicitud y que ha de acompañar por duplicado, que son los que establece el artículo 42 de la Ley de Quiebra y en que se contiene la exigencia de incluir: una exposición del mal estado de sus negocios, según el inventario de sus bienes, el estado de sus deudas y el último balance y la cuenta de ganancias y pérdidas, lo que constituye una radiografía de su situación y es el antecedente que sirve de base a la proposición.

Allí figura la información que han de tener los acreedores para conocer y ponderar el estado de la hacienda del deudor, y por lo mismo ha de suministrarse en forma fidedigna y rigurosa.

Esta información incide en el requisito de la buena fe que insistimos debe existir en la declaración de voluntad del deudor, así como en la confianza que ha de inspirarle a sus acreedores, cuyo quebranto daría lugar al **dolo** (1458), como al **rechazo** del convenio, que no podría proponerse de nuevo (207). Toda falsedad es causa de **impugnación** del convenio (186, N° 3). Es además **causal de nulidad** del convenio, si se descubriese después de haber sido aprobado (208). Por lo mismo, no puede el deudor omitir, falsear, ni desvirtuar esa información.

Por eso que la ley ha establecido que no es digno de merecer el respaldo de sus acreedores el deudor que esté sometido a proceso o condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 466 del Código Penal, a menos que haya purgado su conducta cumpliendo la pena.

Esta regla afecta al deudor, de modo que la circunstancia de que los gerentes, directores o administradores que hayan dirigido los negocios de una persona jurídica padezcan de la inhabilidad, no le impide a ésta concurrir a formalizar las proposiciones de convenio y lo propio puede decirse de la actuación de los factores o representantes, con relación a sus principales o mandantes.

No ha discurrido la ley una solución para el caso en que el deudor no cumpla formalmente con la obligación de acompañar todos los antecedentes que deter-

mina el artículo 42, lo que en algunas oportunidades ha retardado la dictación de la providencia, sin perjuicio del riesgo que significa para el deudor que los tribunales no den lugar a la proposición por vicios de forma. De ser así, llevaría consigo una suerte de rechazo del convenio, que irrogaría la declaración de oficio de la quiebra, toda vez que la sola proposición constituye, propiamente, una confesión judicial que hace el deudor del estado de cesación de pagos en que se encuentra.

De ahí que sería conveniente que ante la hipótesis descrita, puedan los tribunales de oficio fijar un plazo para presentar o completar los antecedentes, bajo apercibimiento de declarar la quiebra del deudor.

5. Apoyo de los acreedores a la proposición del convenio

En lo que dice relación con el alcance del artículo 177 bis, correspondiente al apoyo de la mayoría de los acreedores que representen, a lo menos, el 50% del total del pasivo, excluyendo a algunos acreedores, es preciso dilucidar como dilema si se trata o no de una doble mayoría, que en este último caso sería mixta, al comprender en conjunto:

- a) Al número de acreedores, como a la
- b) Cuantía de sus créditos.

Del simple examen de la disposición, podría inferirse la idea que para el cómputo del quórum ha de estarse a una doble mayoría, que supondría sumar dos cómputos: el del conjunto o número de los acreedores, más el del porcentaje o cuantía de los créditos.

Sin embargo, un estudio más exhaustivo de la disposición determina que el propósito del legislador fue el de requerir solamente una mayoría tal de acreedores, de modo que equivalga, a lo menos, al 50% del valor de los créditos en el cálculo del pasivo.

Si hubiese requerido la doble mayoría, el precepto habría debido quedar redactado en términos de exigir una mayoría numérica de acreedores y que representara, además, a lo menos, el 50% del pasivo, lo que daría o entender la idea de considerar también, asimismo o igualmente, al número de los acreedores.

O sea, se trata de una mayoría de acreedores y se establece que para determinar esa mayoría, ha de estarse al total del pasivo. Ilustra este alcance, en orden a

que la mayoría del pasivo haga las veces de única mayoría, al valerse la norma del vocablo: "que representen", lo que denota la idea que esa mayoría se manifieste a través del 50% del pasivo, que es la forma de revelarla, exteriorizarla, de bastantearla, en suma.

El único caso en que la Ley de Quiebras establece una mayoría doble es a propósito de los convenios judiciales acordados, al señalar el artículo 190 que requiere el consentimiento del deudor y además el voto de los dos tercios de los acreedores que concurren a la junta y que éstos representen, a su vez, las tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, de cuyo quórum han de excluirse ciertos acreedores no concurrentes

En efecto, el objetivo de la mayoría del artículo 177 bis fue evitar que pocos acreedores, con créditos importantes, tuvieran que verse arrastrados a un convenio impuesto por muchos acreedores, de montos exiguos, a quienes poco les interesarán los términos del convenio, ni su resultado.

De exigirse la doble mayoría, por ende, se estaría imponiendo una mayoría para apoyar el convenio que virtualmente resultaría ser más alta que la que se precisaría para que sea aprobado.

Por último, la norma procura facilitar el estudio de un convenio que está en vías de alcanzar éxito y de llegar a término y no el de imposibilitarlo, como sería el caso de empresas que han dejado de pagar sus créditos a un sinnúmero de acreedores que sería difícil reunirlos para apoyar la solicitud.

Por otra parte, otra reforma que se le introdujo a la ley fue la del artículo 190, cuyo propósito fue facilitar la celebración de los convenios, permitiendo que los acreedores que estuvieren por la celebración del convenio y pretendan conseguir la mayoría necesaria para votarlo favorablemente, puedan excluir a los disidentes mediante el pago de la cuota del crédito que les corresponda o asegurándoles su pago, atendido el importe del activo y el del crédito. El Tribunal, a falta de acuerdo, determinará la cuota y el plazo y garantía para el pago, oyendo al síndico y a la masa.

6. Convenio novatorio

Por último, en relación con la materia sobre la cual puede recaer una proposición de convenio, se discute si procede la novación.

El antiguo artículo 178, que versaba sobre las proposiciones de convenio, fue modificado por la Ley N° 18.598 y entre otras modificaciones al numeral 6, incluyó cualquier otro objeto lícito que, naturalmente, ha de entenderse que

sea relativo al pago o a otro medio equivalente al mismo. Se extendió así el campo de aplicación del convenio y aunque suscita dudas y dificultades, dada su índole, puede comprender como objeto una novación, bajo ciertas reservas.

Seguidamente con la modificación introducida por la Ley 20.073, del año 2005, dicho artículo 178 fue modificado, aunque se mantiene la idea que el convenio puede versar sobre cualquier objeto lícito, también se ha innovado en la idea que el convenio judicial preventivo pueda contener dos proposiciones, una principal y otra alternativa, hecho que la antigua ley no contemplaba. Este convenio alternativo, en el cual los acreedores deben optar por una u otra, deberá regirse por una de ellas, debiendo los acreedores elegir la proposición que sea más conveniente para los intereses de la masa, dentro del plazo de 10 días desde la fecha de la junta en que habrá de deliberarse si lo aceptan o no.

Nada obsta a que los acreedores, de conformidad a lo establecido en el artículo 178 inciso tercero, puedan acordar proposiciones diferentes a las propuestas, las que cobran importancia para los efectos de su aplicación, modificación e interpretación de sus normas, las que son sometidas a la resolución de un árbitro, cuyo pacto comisorio es obligatorio para quienes afecte el convenio.

En Chile, los convenios los debe celebrar el deudor y él debe asumir sus obligaciones, aunque un tercero garantice el cumplimiento del convenio, de modo que la novación por cambio de deudor no tiene aplicación en esta materia.

Respecto al efecto del convenio, en cuanto tal modifica las obligaciones primitivas entre el deudor y sus acreedores. Tampoco estamos frente a una novación por cambio de obligación, ya que tratándose de los convenios cuyo objeto sea la remisión de parte de la deuda o con cláusula de espera o prórroga del plazo para el cumplimiento del pago de los créditos, la obligación primitiva se mantiene y las modificaciones son accesorias, ya que el plazo o la remisión no son cláusulas principales de una relación jurídica que le da vida a una obligación. Tampoco existiría novación por el cambio de la tasa de interés, ya que de conformidad a lo establecido en el artículo 1648 del Código Civil, el único caso en que podría haber una novación entre la obligación primitiva y aquella acordada en un convenio, es cuando expresamente se pacte la novación entre acreedores y el deudor.

Con la opción dada a los acreedores, se busca cumplir con la regla de la novación prevista en el artículo 1634 del Código Civil, en el sentido que deben consentir expresamente en la voluntad de desprenderse de su crédito para reemplazarlo por otro, que es lo que singulariza a la novación, porque de otro modo no se extinguiría la primitiva obligación con la nueva, con el efecto consecencial

de hacer cesar la responsabilidad consiguiente del deudor y con ella la de los codeudores, fiadores y las prendas e hipotecas constituidas para la seguridad de la obligación anterior.

7. Medidas que adopta el tribunal frente a la proposición de un convenio preventivo

Pues bien, presentadas las proposiciones de convenio preventivo, el tribunal dispondrá diversas medidas, y entre las que adopte, junto con convocar a los acreedores para que concurran a una junta, no antes de 30 días de notificada la resolución por aviso, se comprende la designación de un síndico titular y otro suplente, de entre los que forman parte de la Nómina Nacional, dado que el deudor queda sujeto a la intervención de un síndico y ese síndico debe además informar al tribunal sobre las proposiciones de convenio dentro del plazo de 20 días prorrogables, que es lo establecido en el N° 2 del artículo 174, y deberá contener en su informe 3 aspectos: 1) Si la propuesta es susceptible de ser cumplida habida consideración a las condiciones del deudor; 2) Si el convenio resulta más conveniente para los acreedores que la quiebra del deudor, y por último, 3) Sobre el monto probable de la recuperación que le corresponde a cada acreedor.

A estos respectos cabe clarificar que el artículo 174 número 1 de la Ley 18.175 determina que: "El deudor quedará sujeto a intervención del síndico".

Pero ha de entenderse que sólo en el caso de aprobarse el convenio y siempre que al aprobarse no se pacte lo contrario, el síndico asumirá el cargo de interventor, como resulta de armonizar los artículos 177 ter inciso segundo, 206, 207, con el artículo 174.

En consecuencia, la sola proposición de convenio preventivo no importa propiamente que el deudor quede sujeto a la inexorable intervención del síndico, con toda la fuerza que esto significa como controlador de sus negocios, si se considera que el síndico no asumirá el cargo de interventor propiamente sino una vez que se haya aprobado el convenio judicial preventivo, a menos que en el propio convenio se haya dispuesto lo contrario nombrando como interventor a una persona distinta del síndico, como lo ilustra el artículo 206 inciso primero.

De ahí, pues, que sea preciso interpretar el alcance con que ha de tomarse el significado de la expresión de que se vale el legislador en el artículo 175 y que somete al deudor a la intervención del síndico al proveer el juez la proposición de convenio.

En nuestro concepto, el propósito que persigue el precepto referido es el de permitirle al síndico cumplir con la función que se le ha confiado, cual es la de quedar en condiciones de informar las proposiciones de convenio dentro del término de treinta días, y para ello deberá practicar los exámenes de la contabilidad y demás documentos del deudor que estime necesarios, para cuyo respecto, pues, tiene autoridad, entonces, para imponerse de los libros, papeles y operaciones del deudor, solo en cuanto a que con esas facultades podrá informarle al tribunal qué acreedores y por qué monto podrán participar, para votar el convenio, así como la factibilidad de cumplimiento que tenga el convenio.

No debe entonces entenderse que el síndico ha de quedar investido de todas las funciones que son propias de los interventores en estos concursos de acreedores, las que entrañan diversas limitaciones respecto de la administración de sus bienes por el deudor y que aparecen descritas en el artículo 200 de la Ley de Quiebras, a menos que se trate de la situación prevista en el artículo 177 bis, en la cual el deudor no podrá gravar ni enajenar sus bienes, salvo que tales bienes sean de los adscritos al giro de sus actividades o que los bienes no puedan conservarse, porque en esos casos se requerirá contar con la autorización previa del interventor para la ejecución de estos actos, lo que se justifica si se advierte que la proposición de convenio a que alude el precepto referido tiene como efecto especial el de suspender la declaración de la quiebra, así como la realización de sus bienes. De ahí que la ley le dé al síndico, en dicho caso, el carácter de interventor, para velar por el cumplimiento de la prohibición que consagra.

La ley no ha regulado el contenido ni el carácter que tiene el informe que el síndico ha de rendir sobre las proposiciones del convenio, pero ha de admitirse, antes que nada, que ese informe ha de ser objetivo y veraz, y para ello precisará el síndico, entonces, de la facultad de examinar la contabilidad del deudor y las demás piezas y antecedentes documentarios que la respalden, como se ha señalado.

Del artículo 179, inciso 2º, puede discurrirse que lo más fundamental que el informe ha de comprender será, naturalmente, la individualización de los acreedores que podrán participar en el convenio, así como el monto del capital e intereses de sus créditos y los títulos justificativos de los mismos, toda vez que tendrán derecho a voto, solamente, los acreedores que aparezcan en la nómina que el síndico presentará para este efecto, la que deberá acompañarse con diez días de anticipación a la fecha fijada para la celebración de la junta a que se cita por el tribunal a los acreedores para que deliberen y se pronuncien sobre el convenio propuesto.

Es innegable, asimismo, que el síndico deberá verter opinión fundada sobre las posibilidades del efectivo cumplimiento que podrá tener la oferta de pago que le propone el deudor a sus acreedores y que ciertamente servirá de antecedente para la prevención de la quiebra.

Este informe ha de tener para el tribunal, a falta de regla expresa, el valor que tienen los informes de peritos.

No contempló la ley una instancia para impugnar el informe, pero ello quedará entregado a las reglas generales y si se deducen objeciones, deberá el tribunal ventilarlas como incidente, en cuaderno separado.

Por lo demás, como la ley sólo concibió la posibilidad que pudiera impugnarse el crédito que invocare algún acreedor, una vez que el convenio se hubiere votado favorablemente y siempre que excluido que fuese ese crédito hubiere de desaparecer tal mayoría, según lo prescrito en el artículo 186 de la Ley 18.175, quiere decir entonces que el rol que le incumbe a los síndicos al informar cuáles son los acreedores y por qué montos pueden votar el convenio, viene a revestir el carácter de ser una gestión de verdadero control y resguardo del interés general que tiene la masa de acreedores, que ha de concurrir a su aceptación o rechazo.

La ley no ha establecido reglas para la fijación del honorario de los síndicos por el informe que deben evacuar, y desde luego no son aplicables al respecto las que ha establecido la ley por sus funciones en los juicios de quiebra, ni las prescritas en los artículos 170 y 176, que se refieren a la remuneración de los síndicos que actúan como interventores de los convenios.

De ahí que sean los tribunales que conocen del convenio los encargados de determinarlos, a falta de un pronunciamiento de la Junta de Acreedores en cuanto al monto del honorario propuesto por el síndico, en el cual deberá absorberse el de sus asesores legales y contables, si los hubiere.

En nuestro concepto, al calcularse el honorario, habrá de tomarse en consideración la labor efectivamente realizada por el síndico y ser de cargo del proponente y que habrá de detraerse de la masa antes que los demás créditos del concurso, si se considera del artículo 2472 N° 1.

8. Efectos del convenio

En relación a ciertas dudas que suscitan los efectos de los convenios, en cuyas proposiciones van incluidas obligaciones que han contraído los codeudores, fiadores, así como terceros garantes hipotecarios o prendarios, cuya suerte es preciso dilucidar, el preciso distinguir esta materia atendiendo al objeto sobre que versa la proposición, que, como se sabe de conformidad al nuevo artículo 178, puede versar sobre cualquier objeto lícito, entre los cuales se señalan a vía de ejemplo los siguientes:

- **Remisión de parte de las deudas**

El artículo 202 repite la regla establecida en el antiguo artículo 193, que se extinguen las cauciones personales, hasta concurrencia de la cuota remitida, siempre que el acreedor respectivo hubiere consentido en el convenio, distinguiendo en cada caso respecto de los fiadores y codeudores solidarios; el tercer poseedor de la finca hipotecada y el propietario del bien empeñado; la novación y dación en pago y de los terceros poseedores según las letras a), b) c) y d) de la norma citada.

Este criterio guarda relación con las reglas generales del Código Civil, que señalan que la condonación de la deuda a un codeudor solidario –como lo es el proponente del convenio– aprovecha a los otros, según el artículo 1518 del Código Civil; también se aplica lo mismo respecto de la extinción de la fianza según el artículo 2381 número 3, lo que deriva de la máxima que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y respecto de la hipoteca o prenda constituida para garantizar una obligación ajena, debe seguirse el mismo criterio, según artículos 2401 y 2434, que destacan la accesoriedad de estas garantías, como cauciones que son.

Incluso se podría arribar a la misma interpretación aplicando el artículo 1442 del Código Civil, que define el contrato accesorio como el que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

Por consiguiente, si el respectivo acreedor no vota o se opone a la remisión de la deuda y se acepta el convenio, se daría el caso que la remisión sólo aprovechará al deudor y de ahí que a los codeudores y fiadores les asista el derecho de impugnar el convenio.

En consecuencia, el hecho que el acreedor haya contratado con una garantía de un tercero y al no haberle remitido la obligación al deudor, no ha renunciado a su derecho para perseguir íntegramente el crédito en los bienes del tercero,

aunque la masa, sin su concurso, le hubiese perdonado parte del crédito, en aras del interés del concurso.

- **Ampliación de los plazos**

El artículo 1649 establece que la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que accedan a la ampliación, expresamente.

La regla guardó silencio con respecto a los efectos que la ampliación del plazo produce para los codeudores solidarios.

Aplicando el aforismo que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, podría concluirse que si los codeudores no han consentido en la ampliación del plazo, quiere decir que no tendrá por qué empecerles esta amplitud para seguir soportando la deuda y les resultará así inoponible. El artículo 2098 del Código Civil así lo coligió respecto de los codeudores, en relación con la prórroga del plazo de vigencia de la sociedad.

Respecto del tercer poseedor de la finca hipotecada, al cual se le persigue, podrá liberar la garantía pagando la deuda en los términos estipulados en el convenio celebrado con el deudor garantizado, independientemente que no asumió la obligación de pagar la deuda, sino por la sola circunstancia que mantiene consigo el bien gravado con hipoteca, por lo que no puede sustraerse a la ampliación del plazo, ya que no es fiador, y el fin exclusivo que tiene la acción real de desposeimiento es que el poseedor simplemente salga de la finca y por lo mismo se le aplica el artículo 2429 del Código Civil.

Se extingue la hipoteca y la prenda cuando se ha constituido la garantía sobre un bien propio para la seguridad de una obligación ajena, según el artículo 2414 inciso 2º, mas no cuando se adquiera por el tercero el bien gravado con la hipoteca o prenda, salvo que opere la purga de la hipoteca, según el artículo 2428 del Código Civil.

- **Convenio sobre abandono de bienes**

De acuerdo al artículo **1614 del Código Civil**, se configura, según este convenio, la hipótesis de una cesión de bienes, que importa: "El abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a sus acreedores cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se haya en estado de pagar sus deudas".

El **artículo 1623** dice que la cesión de bienes NO APROVECHA a los codeudores solidarios o subsidiarios. Cuanto más, todavía, si estos no le pueden oponer al acreedor las excepciones personales del deudor, como es la cesión.

Ahora, si el abandono de bienes importa una DACIÓN EN PAGO, como consecuencia de consentirse en el convenio la transferencia del dominio de los bienes del deudor a los acreedores, en este caso se extinguen totalmente las obligaciones del deudor, y si ello es así, cesarán de todo punto las garantías.

La cesión de bienes confiere el derecho de realizar los bienes y aplicar a su producto los créditos, sin que se extingan los saldos insolutos, salvo que el deudor invoque EL BENEFICIO DE COMPETENCIA a fin de no ser obligado a pagar más allá que lo que buenamente pueda.

El actual artículo 178 de la Ley de Quiebras establece que las proposiciones de convenio judicial preventivo pueden versar sobre cualquier objeto lícito, de esta forma se modifica y amplía el sentido restrictivo del antiguo artículo 178 número 4 de la Ley de Quiebras, que establecía que uno de los objetos de los convenios podía versar "sobre abandono total o parcial de activos" y que según la doctrina de la Excma. Corte Suprema entiende que ese abandono puede consistir en una dación en pago propiamente tal, es decir, que se transfiera a los acreedores el dominio de los bienes abandonados y extinga de inmediato los créditos para cuyo pago se reciben los bienes o en una entrega "*pro solvento*" que los habilita para vender y aplicar el producto al pago de aquéllos.

La Excma. Corte Suprema ha dicho además que la dación en pago extingue las cauciones aun cuando el acreedor respectivo se haya abstenido de votar o haya votado en contra del convenio y rechaza la posibilidad de mantener la caución aunque el crédito no se haya pagado íntegramente cuando ha sido aprobado el convenio, por aplicación del antiguo artículo 194 y que se ha refundido en el actual 202, salvo el caso de garantías personales subsidiarias como fiadores y codeudores solidarios del fallido, que escapa a los efectos de la dación en pago.

Según don Raúl Varela Morgan, en informe en derecho tenido a la vista, sostiene que el abandono de bienes no transfiere la propiedad (no es dación en pago), sino constituye una cesión de bienes consentida por los acreedores, los cuales, actuando como masa, tienen el derecho de vender los bienes y aplicar el producto al pago de sus créditos.

9. Los acuerdos extrajudiciales

El artículo 169 dispone: "Cualquier acuerdo extrajudicial celebrado entre el deudor, antes de su declaración de quiebra, y uno o más de sus acreedores relativo al pago de sus obligaciones o a la administración de sus bienes, sólo obliga a quienes lo suscriban, aun cuando se le denomine convenio".

Características: Es una convención, es anterior a la quiebra y es solemne.

Oportunidad de la presentación: Conforme lo señala el artículo 169, podrá presentarse antes de que se haya declarado la quiebra del deudor.

Requisitos del acuerdo: El único requisito que señala la ley es que el deudor no se encuentre declarado en quiebra.

Paralelo entre el acuerdo extrajudicial y los convenios judiciales

a) No comparecencia del deudor.

En los convenios judiciales la no comparecencia del deudor a la junta en que debe deliberarse el convenio hace presumir su abandono o rechazo. En el acuerdo extrajudicial el efecto es diverso, pues el acuerdo no nace a la vida del derecho.

b) Concurrencia de acreedores preferentes.

En el convenio judicial si los acreedores preferentes votan, pierden su privilegio o hipoteca en forma total o parcial, en función del porcentaje con que concurran al acto.

En los acuerdos extrajudiciales no se produce el efecto indicado precedentemente.

c) Acreedores a quienes les afecta el convenio.

En los convenios judiciales, obliga a los acreedores, sea que hayan votado a favor o en contra. En el acuerdo extrajudicial sólo obliga a los acreedores que lo suscriben.

d) Rechazo.

El rechazo del acuerdo extrajudicial no produce efectos jurídicos, pues no nació a la vida del derecho.

El rechazo de las proposiciones del convenio judicial, cuando éste es preventivo, produce la quiebra de oficio del deudor.

e) Causales de nulidad.

Se aplican al acuerdo extrajudicial las causales de nulidad comunes a todo contrato. En los convenios judiciales se aplican las causales indicadas en la ley.

10. Causales de resolución

Por ser un contrato, será causal de resolución el incumplimiento de las obligaciones que él impone.

Esta materia será tratada en el párrafo final de este trabajo.

11. Convenios regulados por leyes especiales

Dispone el artículo 170 que: “Lo dispuesto en el artículo anterior –artículo 169– no será aplicable a los convenios regulados por la Ley General de Bancos y por el Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros y a otros convenios regulados por la ley”.

12. El convenio judicial preventivo

El artículo 171 señala que: “El convenio judicial preventivo es aquel que el deudor propone, con anterioridad a la declaración de quiebra y en conformidad a las disposiciones de este Párrafo. Comprende todas sus obligaciones existentes a la fecha de las resoluciones a que se refieren las letras a) y b) del artículo 200, aun cuando no sean de plazo vencido, salvo las que la ley expresamente exceptúe”.

a) Tribunal competente.

De acuerdo con el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, será juez competente en materia de quiebras, cesiones de bienes y convenios, el del domicilio del deudor o fallido.

En iguales términos se pronuncia el artículo 173 al señalar que “las proposiciones de convenio judicial preventivo que haga el deudor y las solicitudes del artículo anterior se presentarán ante el tribunal que sería competente para declarar la quiebra de aquél, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180”.

b) Objeto.

Según señala el artículo 178, “Las proposiciones de convenio judicial preventivo pueden versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de la quiebra del deudor, salvo sobre la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo”.

Agrega el inciso 2° de la disposición en análisis que “El convenio será uno y el mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario, en conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente”.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 178 dispone que “El convenio podrá

contener una proposición principal y proposiciones alternativas a ella para todos los acreedores, en cuyo caso éstos deberán optar por regirse por una de ellas, dentro de diez días contados desde la fecha de la junta que lo acuerde”.

c) Contenido de la proposición.

Conforme al artículo 173, “Las proposiciones de convenio judicial preventivo deberán estar acompañadas de todos los antecedentes que determina el artículo 42, con expresa mención del domicilio en Chile de los tres mayores acreedores, excluidos aquellos a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 190 y deberán contener una propuesta de honorarios para el síndico que se designare.

Los antecedentes a que se refiere el artículo 42 son:

1. Un inventario o relación detallada de todos sus bienes;
2. Una relación de los bienes que, en conformidad a la ley, están excluidos de la quiebra;
3. Una relación de los juicios que tuviere pendientes;
4. Un estado de las deudas, con expresión del nombre y domicilio de los acreedores y de la naturaleza de los respectivos títulos, y
5. Memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de sus negocios.

d) Designación de síndico.

Conforme lo señala el inciso 2° del artículo 173, presentadas las proposiciones de convenio, el juez deberá designar al síndico titular y al suplente que nomine el acreedor con domicilio en Chile que aparezca con el mayor crédito en el estado de deudas presentado por el deudor al tribunal.

Corresponde al secretario del tribunal notificar a dicho acreedor, a objeto de que formule la nominación por escrito al tribunal dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación señalada. Si dentro de dicho plazo el acreedor no hiciera la nominación, o bien ha resultado imposible notificarlo, el tribunal notificará al acreedor residente en Chile que tenga el segundo mayor crédito, para que efectúe la nominación en la forma expresada. En caso de que lo señalado resultare imposible de aplicar, se designará al síndico mediante el sorteo establecido en el inciso final del artículo 42, de todo lo cual se dejará constancia pormenorizada en el expediente.

e) Resolución del tribunal.

Conforme con el artículo 174, la resolución que dicte el tribunal, pronunciándose sobre las proposiciones de convenio, además de designar al síndico titular y al suplente, deberá contener dos menciones copulativas:

1. Que el deudor quede sujeto a la intervención del síndico titular señalado, que tendrá las facultades del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, y
2. Que el síndico informe al tribunal sobre las proposiciones de convenio dentro del plazo de veinte días, que será prorrogable por una sola vez a solicitud del síndico por un máximo de diez días, según determine el tribunal. A su vez, este informe que el síndico presenta al tribunal deberá contener:
 - la calificación fundada acerca de si la propuesta es susceptible de ser cumplida, habida consideración de las condiciones del deudor;
 - la apreciación de si el convenio resultará más conveniente para los acreedores que la quiebra del deudor; y
 - el monto probable de recuperación que le correspondería a cada acreedor valista en la quiebra, para los efectos del artículo 190 inciso segundo.En el evento que el síndico no presente el informe dentro de plazo, el deudor o cualquiera de los acreedores podrá ocurrir al juez para que le fije un nuevo plazo o para que asuma el cargo el síndico suplente y para que además fije nuevo día y hora para la junta.
3. Que todos los acreedores sin excepción alguna se presenten y verifiquen sus créditos con los documentos justificativos que corresponda, bajo apercibimiento de proseguirse la tramitación sin volver a citar a ningún ausente, sin perjuicio del derecho a voto que les corresponda conforme al artículo 179.

Los créditos podrán ser verificados hasta el día fijado para la celebración de la junta y podrán ser impugnados por el deudor y por cualquier acreedor hasta el último día del plazo que el inciso primero del artículo 197 señala para impugnar el convenio. Los créditos no impugnados se tendrán por reconocidos.
4. Que los acreedores concurren a una junta, que no podrá tener lugar antes de vencer los treinta días siguientes a la fecha de la resolución, la cual deberá deliberar sobre las proposiciones de convenio;
5. Que se notifique personalmente esta resolución al síndico titular y suplente, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 26, y por cédula a

los tres mayores acreedores a que se refiere el inciso primero del artículo anterior.

6. Que dentro de tercero día de efectuada la última notificación a las personas señaladas en el inciso primero del número precedente, el síndico titular, los tres mayores acreedores a que se refiere el número anterior y el deudor asistan a una audiencia, que se efectuará con los que concurran, para pronunciarse sobre la proposición de honorarios del síndico que el deudor ha debido hacer en las proposiciones de convenio. Si no se produjere acuerdo sobre el monto de los honorarios y forma de pago o no asistiere ninguno de los citados, se fijarán por el juez sin ulterior recurso.

f) Notificaciones.

Según el artículo 175, La proposición de convenio deberá ser notificada por el deudor a sus acreedores por medio de un aviso en el Diario Oficial, que deberá contener un extracto de la proposición y copia íntegra de la resolución a que se refiere el artículo anterior. Esta notificación deberá hacerse dentro del plazo de 8 días contado desde la fecha de dicha resolución.

No efectuándose la notificación dentro de plazo, la proposición de convenio se tendrá por no presentada, salvo impedimento justificado, calificado por el tribunal.

g) Retiro del convenio.

Una vez notificada la proposición de convenio, ésta no podrá ser retirada por el proponente.

h) Efectos de la tramitación de proposiciones de convenio.

El inciso 1° del artículo 177 dice que: "La tramitación de esta clase de convenio no embarazará el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del deudor, no suspenderá los juicios pendientes, ni obstará a la realización de los bienes".

13. Los convenios apoyados

Señala el inciso 1° del artículo 177 bis lo siguiente: "No obstante lo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, si la proposición del convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de dos o más acreedores que representen mas del 50% del total del pasivo, no podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restitución en los juicios de arrendamiento, durante los noventa días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite

a los acreedores a Junta para deliberar sobre dicha proposición. Durante este período, se suspenderán los procedimientos judiciales señalados y no correrán los plazos de prescripción extintiva”.

a) Presupuestos de la proposición de convenio para producir el efecto indicado en el inciso 1° del artículo 177 bis:

- Que la presentación cuente con apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo; y
- Que el apoyo sea calificado, esto es, certificado por auditores externos independientes e inscritos en el Registro que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros.

b) Situación de los acreedores preferentes.

Los acreedores privilegiados e hipotecarios, por el hecho de apoyar las proposiciones de convenio no pierden sus preferencias, pudiendo impetrar las medidas conservativas que correspondan.

c) Determinación del total del pasivo y mayorías requeridas.

Para los efectos del cálculo del total del pasivo y de la mayoría requerida quedan excluidos del quórum requerido por la ley los siguientes acreedores:

- Las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores; y
- El titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio y esta empresa individual si el proponente es su titular.

d) Notificación de la resolución que dicta el tribunal.

La resolución que tiene por apoyado el convenio debe ser notificada conjuntamente con la que lo tiene por presentado, efectuándose dicha notificación por medio de un aviso publicado en el Diario Oficial.

e) Efectos de la resolución que tiene por apoyado el convenio:

- Suspensión de procedimientos.

Señala el inciso 1° del artículo 177 bis que: “No obstante lo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, si la proposición del convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de dos o más acreedores que representen mas del 50% del total del pasivo, no podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restitución en los juicios de arrendamiento, durante los noventa días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a Junta para deliberar sobre dicha proposición. Durante este período, se suspenderán los procedimientos judiciales señalados y no correrán los plazos de prescripción extintiva”.

- Excepciones y contraexcepciones.
La excepción al efecto suspensivo se encuentra indicada en el inciso 4° del artículo 177 bis, que dice relación con la realización de bienes que correspondiere efectuar en el procedimiento de realización forzada de obligaciones laborales que gocen del privilegio de primera clase.
A su vez, una regla especial se contempla en la disposición citada y se refiere a aquella que el deudor tuviere, en tal carácter, en favor del cónyuge, los parientes o de los gerentes, administradores, apoderados u otras personas que hayan tenido o tengan injerencia en la administración de sus negocios. Para estos efectos se entenderá por parientes a los ascendientes legítimos y naturales y a los colaterales por consanguinidad o afinidad legítima hasta el cuarto grado inclusive.
- Situación especial de ciertos bienes.
Según señala el inciso 5° del artículo 177 bis, la regla general es que durante el período de 90 días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre la proposición, el deudor no podrá gravar ni enajenar sus bienes.
Excepcionalmente, se podrán enajenar los siguientes bienes que estén expuestos a:
 - Un próximo deterioro,
 - A una desvalorización inminente,
 - A una conservación dispendiosa
 Además, podrá gravar o enajenar aquellos cuyo gravamen o enajenación resulte estrictamente indispensable para el normal desenvolvimiento de su actividad, siempre que cuente con la autorización previa del síndico para la ejecución de dichos actos.
- Plazo de suspensión.
El plazo de suspensión es de 90 días hábiles y tiene el carácter de fatal e improrrogable. Por dicha razón, si vence el plazo y no se hubiere acordado el convenio, el tribunal declarará de oficio la quiebra del deudor.

14. Efectos del convenio apoyado con una mayoría adicional

Según dispone el inciso 1° del artículo 177 quater, si la proposición de convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 66% del total del pasivo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 177 bis, con las siguientes modificaciones:

- El juez citará a una junta que se deberá realizar a más tardar a los 30 días contados desde la notificación por aviso de la resolución judicial respectiva;
- El síndico nombrado en conformidad al artículo 173 no tendrá la función de informar señalada en el N° 2 del artículo 174.

- La suspensión se mantendrá hasta el día fijado para dicha junta, en la que se deberá acordar o rechazar el convenio en conformidad a las disposiciones de este Título.
- El plazo de suspensión se mantendrá hasta el día fijado para la junta, en la que se deberá acordar o rechazar el convenio.

15. El experto facilitador

Conforme al inciso 5° del artículo 177 ter: "Podrá ser experto facilitador toda persona natural capaz de administrar sus propios bienes. Los síndicos de la nómina nacional podrán ser designados como expertos facilitadores, pero en caso de quiebra del deudor no podrán ser nombrados como síndicos en esa quiebra".

a) Nombramiento

Respecto a su nombramiento, es aplicable el inciso 1° del artículo 177 ter, que dispone su iniciativa al deudor, cuya solicitud se efectuará al tribunal que sea competente para conocer de su quiebra, debiendo acompañar todos los antecedentes señalados en el artículo 42, que cite a una junta de acreedores, a fin de que ella designe a un experto facilitador.

En consecuencia, es la junta de acreedores quien debe designar la persona del experto facilitador, el cual estará sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Quiebras, la que para estos efectos tendrá todas las atribuciones y deberes que le señala el artículo 8°.

b) Celebración de la junta de acreedores.

La junta de acreedores que debe designar al experto facilitador se celebrará dentro de 10 días contados desde la notificación por aviso de la resolución recaída en la solicitud del deudor. Este plazo de 10 días no se suspenderá durante el feriado judicial.

c) Acreedores que participan en junta de designación del experto facilitador.

Dispone el inciso 4° del artículo 177 ter que: "Tendrán derecho a voto en la junta señalada en el inciso primero, los acreedores que aparezcan en el estado a que se refiere el artículo 42 N° 4, certificado, de acuerdo a la información disponible y a la cual hubieren tenido acceso de los registros del deudor, por auditores externos e independientes, e inscritos en el registro que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, con exclusión de los acreedores señalados en el inciso tercero del artículo 177 bis".

d) Quórum requerido para la designación del experto facilitador.

La designación del experto facilitador se hará con el voto de uno o más de los acreedores, que representen más del 50% del total pasivo con derecho a voto.

Cabe tener presente que conforme al inciso 4° del artículo 177 ter, los acreedores hipotecarios y privilegiados no pierden sus preferencias por participar y votar en la junta, pudiendo impetrar las medidas conservativas que correspondan.

e) Atribuciones y deberes del experto facilitador.

Una vez nombrado el experto facilitador está obligado a dar cumplimiento a los siguientes deberes:

- Comunicar su designación a la Superintendencia de Quiebras dentro de las 24 horas siguientes, la que procederá a incorporarlo a un registro especial de expertos facilitadores que llevará al efecto.
- Evaluar la situación legal, contable, económica y financiera del deudor dentro del plazo de 30 días improrrogable, contado desde la celebración de la junta en que ha sido designado.

En razón de esta evaluación, el experto facilitador podrá:

- Proponer a los acreedores un convenio que sea más ventajoso que la quiebra del deudor; o
- En caso contrario, deberá solicitar al tribunal que declare la quiebra del deudor sin más trámite.

Lo interesante es que en el evento supuesto que el experto facilitador no diere cumplimiento a su cometido dentro del plazo señalado, el Juez dictará de oficio la sentencia de quiebra del deudor.

f) Proposición de convenio formulada por el experto facilitador.

Según dispone el penúltimo inciso del artículo 177 ter: "En caso de que el experto facilitador formule una proposición de convenio, ésta deberá ser votada en junta de acreedores dentro del plazo de 15 días contado desde la notificación por aviso de la proposición. Se aplicarán a esta proposición los artículos 175 inciso primero, 178, 179 y 180 y las normas contenidas en el Párrafo 4° del Título III de esta ley".

g) Solicitud de quiebra presentada por el experto facilitador.

De acuerdo con el inciso 3° del artículo 177 ter, el experto facilitador luego de realizar la evaluación de la situación legal, contable, económica y financiera del deudor, puede solicitar al tribunal que declare la quiebra. En este caso, el tribunal la declarará sin más trámite.

- Efecto suspensivo.
Conforme al inciso 8° del artículo 177 ter: “No podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos o ejecuciones de cualquier clase, desde la notificación por aviso señalada en el inciso primero:
- Hasta la celebración de la junta citada para la designación del experto facilitador, en caso de que no se apruebe en ella esta designación;
- Hasta la solicitud del experto facilitador al tribunal para que declare la quiebra del deudor;
- Hasta la celebración de la junta de acreedores a que se refiere el inciso penúltimo de este artículo, si se rechaza en ella la proposición de convenio presentada por el experto facilitador.

Durante estos periodos se suspenderán dichos procedimientos judiciales, no correrán los plazos de prescripción extintiva, y el deudor conservará la administración de sus bienes, con las limitaciones establecidas en el inciso séptimo del artículo 177 bis, sujeto a la intervención del experto facilitador, con las mismas facultades que a éste entregan dicho inciso y el N° 1 del inciso primero del artículo 174.

Los honorarios del experto facilitador serán de cargo del deudor, con quien deberá pactarlos. En caso de desacuerdo, serán fijados por el juez, y gozarán, al igual que los gastos en que incurra, de la preferencia del N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, sólo en la parte que corresponda al 25% del que resulta una vez aplicada la tabla a que se refiere el artículo 34.

16. El interventor

El tribunal, en la misma resolución en que cita a junta de acreedores para la designación del experto facilitador, nombrará a un interventor.

Conforme al inciso 2° del artículo 177 ter corresponderá al interventor:

- Que el deudor no grave ni enajene sus bienes, salvo aquellos que estén expuestos a un próximo deterioro o a una desvalorización inminente, que exijan una conservación dispendiosa o que resulten estrictamente indispensables para el normal desenvolvimiento de su actividad, contando siempre con la autorización del tribunal.
- Ejercer las funciones que le corresponden al síndico en conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 102 de la ley.
- Debe confeccionar la nómina de acreedores con derecho a concurrir y votar en la junta que evaluará el convenio propuesto por el experto facilitador.

Según dispone el inciso 2° del artículo 177 ter, el interventor deberá cesar en sus funciones el día de la junta, cuando ésta no designe un experto facilitador, y también el día en que asuma el cargo el experto facilitador nombrado por la junta.

Los honorarios del interventor son fijados por el juez, siendo de cargo del deudor y gozan de la preferencia establecida en el N° 4 del artículo 2472 del Código Civil.

17. Convenios del artículo 172

Señala el inciso 1° del artículo 172 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el acreedor que se encuentre en alguno de los casos previstos en los números 1 y 2 del artículo 43, podrá solicitar al tribunal competente que ordene al deudor, o a la sucesión del deudor, formular proposiciones de convenio judicial preventivo dentro del plazo de 30 días contado desde la notificación efectuada en la forma prevista en el inciso final del artículo 45. La no presentación del convenio dentro del plazo indicado acarreará, necesariamente, la quiebra del deudor y el tribunal la declarará de oficio sin más trámite.

a) Acreedor que puede ejercer este derecho.

Puede ejercerlo el acreedor que se encuentra en alguno de los casos previstos en los números 1 y 2 del artículo 43 de la Ley Concursal

En contra de quiénes se ejerce este derecho:

- Respecto del deudor que se encuentre en alguno de los casos previstos en los números 1 y 2 del artículo 43; y
- En contra de la sucesión del deudor.

Excepciones.

Señala el inciso 3° del artículo 172: “El derecho del acreedor no podrá ser ejercido por las personas a que se refiere el inciso tercero del artículo 177 bis. Si se ejerciere respecto de la sucesión del deudor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 50”.

Notificación.

La solicitud del acreedor al tribunal para que se ordene al deudor presentar un convenio deberá notificarse en la forma prevista en el inciso final del artículo 45, esto es, se le notificará personalmente o en la forma prevista en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, con la salvedad que está última forma de notificación será válida aun cuando el deudor no se encuentre en el lugar del juicio.

Actitudes del deudor una vez notificado:

1. No hacer nada: Si el deudor no formula proposiciones de convenio dentro del plazo de 30 días contado desde la notificación de la solicitud presentada por el acreedor, el tribunal declarará la quiebra de oficio.
2. Presentar proposiciones de convenio judicial preventivo: En este caso se aplican las disposiciones relativas a este tipo de convenio.
3. Acogerse irrevocablemente al artículo 177 ter, para lo cual el deudor dispone de cinco días hábiles contados desde la notificación de la solicitud del acreedor, para manifestar que se acoge a dicho beneficio en su favor, caso en el cual el juez citará a la junta de acreedores para los efectos de nombrar a un experto facilitador, audiencia que se llevará a efecto dentro de los días hábiles de la notificación por aviso de la solicitud del deudor y su resolución.
4. Interponer recurso de reposición
Dispone el inciso 5° del artículo 172 que "Contra la resolución que ordene al deudor presentar un convenio, sólo podrá entablarse recurso de reposición; y contra la que resuelva la reposición no procederá recurso alguno. En este caso el plazo a que se refiere el inciso primero será de 20 días, contado desde la resolución que falle la reposición".

Retiro y desistimiento de la solicitud de convenio

El inciso 4° del artículo 172 señala: "Una vez notificada su solicitud, el acreedor no podrá retirarla o desistirse de ella. Tampoco podrá ser objeto de transacción de ninguna clase. El pago hecho al acreedor solicitante después de presentada su petición será nulo de pleno derecho".

18. Arbitraje en materia de convenios

Según dispone el artículo 181, el tribunal deberá ser unipersonal y tendrá un árbitro subrogante, quien será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, a proposición del árbitro titular, de entre aquellos que figuren inscritos en la lista que lleva la Superintendencia de Quiebras.

El tribunal arbitral será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio fijado en los estatutos de la entidad proponente, que será también el domicilio del tribunal. El árbitro designado deberá prestar su aceptación al cargo ante el secretario de la Corte de Apelaciones respectiva.

Conforme dispone el inciso 2° del artículo 181, el árbitro nombrará Secretario, cargo que será ejercido por un notario que tenga oficio en la ciudad de su domicilio.

a) Arbitrajes obligatorios.

Conforme al inciso 1° del artículo 180: “Las proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización por la Superintendencia de Valores y Seguros, con excepción de las compañías de seguros, deberán ser presentadas ante un tribunal arbitral designado en conformidad a los artículos siguientes”.

b) Arbitrajes facultativos.

Según el artículo 183: “También podrán ser sometidas a arbitraje en conformidad a las normas precedentes, las proposiciones de convenio de cualquier deudor, si éste lo acuerda con sus acreedores que representen a lo menos el 66% del total pasivo, debidamente certificado en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 177 bis”.

c) Competencia de los jueces árbitros.

La competencia del tribunal arbitral se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de las proposiciones de convenio judicial preventivo y a los incidentes que se promuevan durante el procedimiento del mismo, hasta que la resolución que lo tenga por aprobado se encuentre ejecutoriada.

En caso de que el convenio sea rechazado o desechado, el tribunal arbitral sólo tiene competencia para dictar la resolución que así lo declare, la cual es inapelable, debiendo remitir de inmediato el expediente a la Corte de Apelaciones respectiva, para que ésta designe el tribunal que declarará la quiebra sin más trámite y proceda a la designación del síndico de conformidad al artículo 209.

d) Requisitos para ser designado árbitro de convenios:

- Título de abogado
- Haber ejercido la profesión por más de 20 años
- Encontrarse inscrito en una lista llevada por la Superintendencia de Quiebras
- Estar domiciliado dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones respectiva

e) Facultad de la junta de acreedores para sustituir a un árbitro.

El inciso 3° del artículo 181 dispone que “El árbitro podrá ser sustituido por la Junta de Acreedores, con acuerdo del deudor, caso en el cual la persona que se designe no deberá cumplir los requisitos señalados en el inciso 1° de esta misma disposición.

f) Naturaleza del arbitraje.

Conforme señala el inciso final del artículo 181, el árbitro será de derecho, no obstante lo cual, y según dispone el artículo 182, con el acuerdo del

deudor y de dos o más acreedores que representen más del 50% del total pasivo, cuando se trate de las sociedades a que se refiere el artículo 180 inciso primero, o el 75% del total pasivo, en el caso del artículo 184. En estos casos, el árbitro será designado por la misma junta de acreedores que le dé este carácter y la aceptación del cargo deberá efectuarse en la forma señalada en el inciso final del artículo anterior.

Dispone el artículo 184 que “Los costos del arbitraje serán de cargo del deudor proponente, y en caso de quiebra tendrán la preferencia prevista en el N° 1 del artículo 2472 del Código Civil”.

19. Convenio simplemente judicial o solución

El artículo 186 lo define en los siguientes términos: “El convenio simplemente judicial es el que se propone durante el juicio de quiebra para ponerle término”.

El profesor don Álvaro Puelma Accorsi en su libro *Curso de Derecho de Quiebras*, página 211, señala que es de la opinión que la proposición de un convenio judicial sólo procede “después de presentada la nómina de créditos reconocidos”. El autor Juan Esteban Puga Vial, en su obra *Derecho Concursal*, página 50, al igual que Rondanelli, sostiene que basta que esté declarada la quiebra, porque el antiguo artículo 174 no requería para su procedencia que esté presentada dicha nómina. Nosotros, basados en el nuevo artículo 184 ya citado, pensamos que la proposición de esta clase de convenios se puede presentar una vez que la declaración de quiebra ha sido pronunciada, ya que sus efectos se producen de inmediato de conformidad a lo establecido en el artículo 64 de la Ley Concursal. Por esta misma razón, no consideramos acertada parte de la doctrina que dice que el convenio simplemente judicial puede proponerse en cualquier estado de la quiebra, desde que la sentencia que la declara se encuentre ejecutoriada. Es más, nada obsta que en contra de la sentencia de quiebra se interponga el recurso especial de reposición dentro del plazo establecido en el artículo 57 y paralelamente se presente esta clase de convenios, ya que la ley no lo prohíbe, exigiendo solamente que se presente “durante el juicio de quiebra”.

Conforme al artículo 187, pueden formular proposiciones de convenio judicial el propio fallido o cualquiera de los acreedores.

Las proposiciones de convenio simplemente judicial, por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 187, pueden versar sobre cualquier objeto lícito.

Efectos de la tramitación de este tipo de convenios

El inciso 1° del artículo 188 establece la regla general en esta materia al señalar que “La tramitación de esta clase de convenio no embaraza el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del fallido, no suspende los procedimientos de la quiebra o juicios pendientes, ni obsta a la realización de los bienes”.

A su vez, el inciso 2° de la misma disposición establece una excepción cuando dice: “Sin embargo, si el convenio simplemente judicial se presentare apoyado por a lo menos el 51% del total pasivo de la quiebra, el síndico sólo podrá enajenar los bienes expuestos a un próximo deterioro o a una desvalorización inminente o los que exijan una conservación dispendiosa”.

La certificación del pasivo debe ser efectuada por el síndico, excluyéndose, para tales efectos, los acreedores a que se refiere el inciso tercero del artículo 177 bis.

Los acreedores hipotecarios y privilegiados no pierden sus preferencias por el hecho de apoyar esta clase de convenio.

Derecho a voto de los acreedores

Según señala el artículo 189, “En el convenio simplemente judicial el derecho a voto de los acreedores se determinará en conformidad al artículo 102. No tendrán derecho a voto los acreedores comprendidos en el artículo 190”.

Acreedores con y sin derecho a voto

En conformidad al artículo 102, en las juntas de acreedores que se celebren durante el juicio de quiebra sólo tendrán derecho a votar:

- a) los acreedores cuyos créditos estén reconocidos, y
- b) los acreedores cuyos créditos no se encuentren reconocidos y a los cuales, ciñéndose al procedimiento que establece el inciso 2° del artículo 102, el juez de la quiebra les reconozca derecho de votar.

Respecto a los acreedores que no tienen derecho a voto, la ley establece que los acreedores cuyos créditos no se encuentran reconocidos quedan excluidos de toda votación según se resuelva en el procedimiento señalado en el artículo 102.

Además, conforme al artículo 190, no tendrán derecho a voto los siguientes acreedores:

- a) El cónyuge, los ascendientes y descendientes y hermanos del deudor o de sus representantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 193.
El artículo 193 dice: “Las personas indicadas en el artículo 190 letra a) podrán votar en la junta sólo para oponerse al convenio, y, en tal caso, sus créditos se incluirán en el pasivo para los efectos del cómputo a que dicho artículo se refiere”.
- b) Las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, y
- c) El titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio, y esta empresa individual si el proponente es su titular.

A su vez, tampoco tendrán derecho a voto:

- d) los cesionarios de créditos adquiridos dentro de los últimos 30 días anteriores a la proposición, en conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 191.

Acreeedores sólo con derecho a voz

1. Acreeedores sin derecho a voto. Tienen derecho a concurrir a la junta y dejar constancia escrita de sus observaciones.
2. El fallido. Tiene derecho a que se deje en acta la constancia de su opinión.

Celebración de la junta

Según señala el artículo 187, “Presentadas las proposiciones de convenio, los acreeedores las conocerán y se pronunciarán sobre ellas en una junta citada especialmente al efecto por aviso, con indicación expresa de si se ha reunido la mayoría exigida en el inciso segundo del artículo siguiente, para no antes de 30 días”.

Por aplicación de las reglas generales que rigen la materia, la resolución que cite a junta de acreeedores deberá notificarse por medio de aviso, contándose el plazo de 30 días desde la fecha de la notificación.

Convenio acordado

Según señala el inciso 1° del artículo 190, “El convenio se considerará acordado cuando cuente con el consentimiento del deudor y reúna a su favor los votos de los dos tercios o más de los acreeedores concurrentes que representen tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, excluidos los créditos preferentes cuyos titulares se hayan abstenido de votar por ellos”.

Créditos que no se consideran para el cálculo del monto del pasivo

Conforme al inciso 1° del artículo 190, no podrán votar, ni sus créditos se considerarán en el monto del pasivo:

- a) El cónyuge, los ascendientes y descendientes y hermanos del deudor o de sus representantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 193.

El artículo 193 dice: "Las personas indicadas en el artículo 190 letra a) podrán votar en la junta sólo para oponerse al convenio, y, en tal caso, sus créditos se incluirán en el pasivo para los efectos del cómputo a que dicho artículo se refiere".

- b) Las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, y
- c) El titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio, y esta empresa individual si el proponente es su titular.

Efecto de la no comparecencia del deudor a la junta

La no comparecencia del deudor a la junta en que debe deliberarse sobre las proposiciones del convenio, personalmente o representado, hará presumir que las abandona o las rechaza. Si la proposición es de convenio judicial preventivo, el tribunal declarará la quiebra. Todo lo anterior, salvo excusa justificada.

Efecto de la falta de quórum para deliberar sobre las proposiciones de convenio

Si no se reúne el quórum establecido en el inciso 1° del artículo 190, el convenio se tendrá por rechazado. Cuando se trate de un convenio preventivo judicial, el tribunal, por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 209, declarará la quiebra del deudor, de oficio y sin más trámite.

Situación de los acreedores preferentes

Conforme al inciso 1° del artículo 190, para los efectos de acordar el convenio se excluyen los créditos preferentes cuyos titulares se hayan abstenido de votar por ellos. Por consiguiente, estos acreedores pueden participar en un convenio siempre y cuando renuncien a sus privilegios o hipotecas.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 191 dispone que "Los acreedores preferentes respecto de bienes o del patrimonio del deudor podrán asistir a la junta

y discutir las proposiciones de convenio y votar si renuncian a la preferencia de sus créditos. La circunstancia de que un acreedor vote importa la renuncia a la preferencia. Sólo para los acreedores que hayan votado en contra, en caso del rechazo del convenio, la renuncia a la preferencia tendrá el carácter de irrevocable”.

Esta idea de excluir a los preferentes en los convenios la reitera el legislador en el inciso final del artículo 200, lo cual no constituye una novedad, si se advierte que la Ley 18.175 lo consagraba en los artículos 180, 181 y 190 y también en la Ley 4.558 del año 1929, la que se inspiró en los artículos 1460 y 1478 del antiguo Libro IV del Código de Comercio, el que proviene del artículo 1807 del Código de Comercio Francés del año 1807, reformado por la ley francesa del año 1838.

En cambio, en materia de quiebra los acreedores preferentes asumen un rol preponderante en la votación tendiente a acordar la continuación efectiva del giro del fallido y también tratándose de la venta como unidad económica, puesto que en las bases de la licitación ha de establecerse en forma fija la proporción en el precio que le corresponde a los acreedores hipotecarios o prendarios a objeto que con el producto de su realización puedan hacer efectivos sus créditos mediante el pago.

En efecto, la ley no impide que los acreedores preferentes puedan votar en los convenios, pero el efecto es que pierden su preferencia. Por razones de analogía, no compartimos este criterio contradictorio del legislador, de discriminar a los preferentes, más todavía si nos ponemos en la hipótesis de la votación de un convenio solución que tiene como finalidad alzar una quiebra, por la simple razón de que en este caso quedarían excluidos de votar, a pretexto de perder sus preferencias.

Basta considerar que los acreedores gozan de un derecho personal, que tratándose de los preferentes está garantizado con una caución real, como es una prenda o hipoteca, por consiguiente gozan de una misma acción que copulativamente se ejerce, ya que mirada del punto de vista de la garantía es una acción real y del punto de vista del crédito es personal, pero nada obsta a verificar un crédito alegando la preferencia, aunque, como hemos dicho, cuando se vota en una junta injustamente el legislador le impide ejercer su voluntad votando, por el simple hecho de ser un acreedor preferente. Es más, al preferente bajo este criterio del legislador altera las reglas de la autonomía de la voluntad, ya que voluntariamente el deudor garantizó su crédito y cuando se trata de adoptar un acuerdo, es un tercero como el legislador el que altera la ley del contrato.

Acreeedores con derecho a voto limitado

Conforme al artículo 193, "Las personas indicadas en el artículo 190 letra a) podrán votar en la junta sólo para oponerse al convenio, y, en tal caso, sus créditos se incluirán en el pasivo para los efectos del cómputo a que dicho artículo se refiere".

Exclusión de acreedores disidentes

El inciso 2° del artículo 190 establece un procedimiento en virtud del cual un acreedor que esté por la aprobación del convenio puede excluir a un acreedor disidente, esto es, que no esté por la aprobación del convenio.

Este derecho sólo puede ser ejercido por acreedores que tengan derecho a votar y que estén por la aprobación del convenio, respecto de los acreedores disidentes.

Efecto del rechazo del convenio

Se producirá en aquellos casos en que no se reúna el quórum exigido por el inciso 1° del artículo 190.

Tratándose de un convenio preventivo judicial, recibe aplicación el artículo 209, que dice: "Cuando el convenio judicial preventivo haya sido rechazado o desechado en cualquiera de los casos contemplados en el inciso anterior, el tribunal declarará necesariamente la quiebra del deudor, de oficio y sin más trámite".

En tal caso, y según dispone el inciso 3° de la misma disposición, la junta que rechace el convenio deberá señalar los nombres de un síndico titular y uno suplente, a quienes el tribunal deberá designar en calidad de definitivos.

Obteniéndose el quórum exigido por el artículo 190, se procederá a su notificación por aviso, mediante un extracto autorizado por el tribunal a los acreedores que no hubieren concurrido a la junta.

Desde la fecha de la notificación por aviso se cuenta el plazo para impugnar el convenio, por las causales que establece el artículo 196.

20. Impugnación y nulidad de los convenios

Plazo para impugnar el convenio

Según señala el inciso 1° del artículo 197: “Podrá impugnarse el convenio únicamente dentro del plazo de 5 días contado, para todos los interesados, desde la notificación a que se refiere el artículo 195”.

Agrega el inciso 2° de la misma disposición que “Las impugnaciones que se presenten fuera de este plazo serán rechazadas de plano”.

Titulares de impugnación

Conforme señala el artículo 196, el convenio puede ser impugnado por cualquier acreedor a quien éste pudiera afectarle.

Además, de acuerdo con el inciso final del artículo 196, “Podrán también impugnar el convenio todos aquellos que hubiesen otorgado cauciones reales o personales, o que sean terceros poseedores de bienes constituidos en garantía de obligaciones del deudor, cuando los respectivos acreedores no hubieren votado a favor del convenio”.

Quiénes no pueden impugnar el convenio

De acuerdo con el inciso final del artículo 191, “Los cesionarios de créditos adquiridos dentro de los últimos 30 días anteriores a la proposición, no podrán concurrir a la junta para deliberar y votar el convenio, y tampoco podrán impugnarlo ni actuar en el incidente de impugnación”.

Causales de impugnación

Ellas se encuentran establecidas en el artículo 196 y son:

1. Defectos en las formas establecidas para la convocación y celebración de la junta, o error en el cómputo de las mayorías requeridas por la ley;
2. Falsedad o exageración del crédito o incapacidad o falta de personería para votar de alguno de los que hayan concurrido con su voto a formar la mayoría, si excluido este acreedor, hubiere de desaparecer tal mayoría;
3. Inteligencia fraudulenta entre uno o más acreedores y el deudor para votar a favor del convenio o para abstenerse de concurrir;

4. Error u omisión sustancial en las listas de bienes o de acreedores;
5. Ocultación o exageración del activo o pasivo, y
6. Por contener una o más estipulaciones contrarias a lo dispuesto en los incisos primero a quinto del artículo 178.

Tramitación de las impugnaciones

Las impugnaciones se tramitan como un solo incidente entre el deudor y el acreedor o acreedores que las hayan formulado, o las personas referidas en el inciso final del artículo 196.

Durante su tramitación, cualquier acreedor podrá intervenir como tercero coadyuvante.

La sentencia que resuelve la impugnación deducida se notifica a las partes por medio de aviso publicado en el Diario Oficial.

Efecto de la aprobación del convenio

Señala el artículo 200 que “El convenio obliga al deudor y a todos sus acreedores, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde y hayan o no tenido derecho a voto, salvo lo dispuesto en el inciso final, por los créditos anteriores a la fecha de las siguientes resoluciones:

- a) La que ordena citar a junta para la designación del experto facilitador, en el caso del artículo 177 ter;
- b) La que recae en las proposiciones de convenio, en el caso de los demás convenios judiciales preventivos, y
- c) La que declare la quiebra, si el convenio es simplemente judicial”.

Por otra parte, el convenio no obliga a los acreedores señalados en el inciso primero del artículo 191 por sus créditos respecto de los cuales se hubieren abstenido de votar.

El inciso primero del artículo 191 se refiere a los acreedores preferentes respecto de bienes o del patrimonio del deudor que se hubieren abstenido de votar.

Situación de los acreedores que votan a favor del convenio

Los efectos respecto de estos acreedores son:

- a) No podrán cobrar su crédito a los fiadores o codeudores, solidarios o subsidiarios, ni a los avalistas, sino que en los mismos términos en que pueden cobrar al deudor en virtud del convenio;
- b) El tercer poseedor de la finca hipotecada y el propietario del bien empeñado podrán liberar la garantía pagando la deuda en los mismos términos que los estipulados en el convenio celebrado por el deudor garantizado;
- c) La novación o dación en pago extingue la deuda respecto de los fiadores, codeudores y avalistas antes mencionados, hasta concurrencia de la porción del crédito sometido a convenio que se dio por extinguida mediante ellas;
- d) Los terceros poseedores o propietarios de los bienes hipotecados o pignorados pueden liberar la garantía, pagando la cantidad que corresponda considerando la porción de la deuda que ha sido extinguida mediante la novación o dación en pago.

Situación de los acreedores que votan en contra del convenio

Si un acreedor vota en contra de un convenio, el efecto no es otro que conserva sus derechos contra el deudor sin alteraciones para hacerlo efectivo tanto respecto de los bienes gravados con garantías reales como también personales contra los fiadores y codeudores solidarios o subsidiarios y avalistas del deudor. Sin embargo, si los créditos se dieron por extinguidos mediante novación o dación en pago, la obligación de los fiadores y codeudores, solidarios o subsidiarios y avalistas del deudor sujeto al convenio se extinguen en el monto de lo que al acreedor efectivamente le corresponda con motivo de la novación o dación en pago.

Efectos particulares respecto del convenio simplemente judicial

1. Cesa el estado de quiebra.
2. No impide que continúe el procedimiento de calificación de la quiebra.
3. Se devolverán al deudor sus bienes y documentos.
4. Se cancelará la inscripción de la declaración de quiebra efectuada en el Conservador de Bienes Raíces.
5. El fallido permanece sujeto a todas las inhabilidades que produce la quiebra mientras no obtenga su rehabilitación.

6. El síndico deberá presentar su cuenta.

Efectos del rechazo de un convenio

1. Cuando el convenio judicial preventivo haya sido rechazado o desechado en cualquiera de los casos indicados en el inciso 1° del artículo 209, el tribunal declarará necesariamente la quiebra del deudor, de oficio y sin más trámite.
2. Rechazadas las proposiciones de cualquier clase de convenio por no haberse obtenido la mayoría necesaria para su aprobación, o desechado por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 196 (causales de impugnación), podrá el fallido reiterarlas cuantas veces lo estime necesario.
3. Si el convenio resultare desechado por resolución firme, las obligaciones y derechos existentes entre el deudor y sus acreedores con anterioridad a los acuerdos que han sido objeto del convenio se regirán por sus respectivas convenciones.
4. La junta que rechace las proposiciones de convenio judicial preventivo deberá señalar los nombres de un síndico titular y uno suplente, a quienes el tribunal deberá designar con el carácter de definitivos.

Nulidad del convenio

La acción de nulidad deberá fundarse en la ocultación o exageración del activo o del pasivo, siempre que se haya tomado conocimiento después de vencido el plazo para impugnar el convenio.

La nulidad y la declaración de incumplimiento del convenio se sujetarán al procedimiento del juicio sumario.

Es competente para conocer de dichas acciones el tribunal que tramitó el convenio, salvo que se haya celebrado el pacto compromisorio a que se refiere el artículo 178, en cuyo caso conocerá el Tribunal que corresponda de acuerdo a éste.

La sentencia que acoja las demandas de nulidad o de declaración de incumplimiento será apelable en ambos efectos, pero el deudor quedará de inmediato sujeto a intervención por un síndico que tendrá las facultades del interventor del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil y las previstas en el artículo 177 bis.

Para los efectos de la designación del síndico, en la demanda de nulidad o de declaración de incumplimiento del convenio, el demandante señalará el nombre del síndico titular y el del síndico suplente, y sólo a éstos el tribunal

deberá designar en la sentencia que dé lugar a la demanda y declare la quiebra, no pudiendo recaer esta designación en quienes hubieren ejercido el cargo de síndico del convenio.

La acción de nulidad prescribe en el plazo de un año contado desde la fecha en que entró a regir el convenio.

Efectos de la nulidad de un convenio

1. Extingue de derecho las cauciones que lo garantizan.
2. El tribunal de primera instancia deberá declarar la quiebra del deudor de oficio y sin más trámite.

La sentencia que declare la nulidad del convenio es apelable en ambos efectos, pero el deudor, mientras se encuentre pendiente el recurso, quedará de inmediato sujeto a la intervención de un síndico que tendrá sólo las facultades previstas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil y las previstas en el artículo 177 bis.

3. La declaración de nulidad no produce efecto retroactivo.

Incumplimiento del convenio

El artículo 211 señala que un convenio podrá declararse incumplido a solicitud de cualquiera de los acreedores, por inobservancia de sus estipulaciones. Podrá también declararse incumplido en el caso a que se refiere el artículo 208, esto es, cuando se agrava el mal estado de los negocios del deudor en forma que haga temer un perjuicio para los acreedores.

Prescriben en seis meses contados desde que hayan podido entablarse.

Por lo tanto, este plazo se contará desde la inobservancia de las estipulaciones del convenio, o bien desde la fecha de la junta, en el caso del artículo 208.

Efectos de la declaración de incumplimiento

1. Deja sin efecto el convenio.
2. No extingue las cauciones que hubieren garantizado su ejecución total o parcial.
3. No tiene efecto retroactivo.

21. Bibliografía

1. Puga Vial, Juan Esteban. *Derecho Concursal El Convenio de Acreedores*. Editorial Jurídica de Chile, año 2004.
2. Prado Puga, Arturo. Seminario "Reforma a la Ley de Quiebras".
3. Lira Silva, Diego. Seminario "Ley de Quiebras-Convenios". Tema: La Reforma del Derecho Concursal.
4. Herrera Larraín, Luis Oscar. Seminario "Ley de Quiebras y Convenios". Tema: Suspensión de Ejecuciones y otros.
5. Gómez Balmaceda, Rafael. Seminario "Convenios Concursales".
6. Varela Morgan, Raúl. Seminario "Efectos de los Convenios respecto de las cauciones preexistentes, sean estas personales o constituidas sobre bienes de terceros".
7. Román Rodríguez, Juan Pablo. Seminario "Ley de Quiebras y Convenios". Tema: Proposiciones de Convenio exigidas por el Acreedor.
8. Eyzaguirre Echeverría, Rafael. Informe en Derecho sobre la Insolvencia de las Empresas, 01 de agosto del año 1988.
9. Gil Lafuente, Ana María. *Nuevas Estrategias para el análisis financiero en la Empresa*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. España.
10. Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, 1965.
11. Proyecto de Ley de Quiebras presentado al Ministro de Justicia por la Comisión Revisora del Código de Comercio (N° 4558 del año 1929).
12. Rodríguez Grez, Pablo. *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995.
13. Proyectos de Leyes de Reforma a la Ley 18.175, N° 20.073, 20.080.
14. *Boletines de Informes en Derecho de Quiebras y Convenios*. Fiscalía Nacional de Quiebras. Ministerio de Justicia. (1987-1994).

El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística

Camila Boettiger Philipps

Abogada, Licenciada y Doctoranda en Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales

Profesora Investigadora, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

El objetivo del presente trabajo¹ es analizar la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (en adelante "CGR") sobre el principio de la buena fe, extraída de dictámenes de dicho organismo pronunciados en materias de Derecho Urbanístico.

El interés de realizar esta investigación surge al constatar el uso por parte del organismo contralor de un principio consagrado normativamente en un cuerpo legal de Derecho Privado, como lo es el Código Civil, pero no explícitamente en normas de Derecho Administrativo, y tampoco de manera específica en la rama especial del Derecho Urbanístico. A pesar de este vacío normativo, en casos relacionados con permisos de construcción y modificaciones de planos reguladores, propios del Derecho Urbanístico, la CGR ha utilizado normas del Código Civil;² y basándose en el principio de la buena fe, en la seguridad jurídica y la protección de la confianza de terceros ajenos a la Administración, lo ha adoptado como un principio de derecho público, exhibiendo un claro criterio en el sentido de evitar la invalidación de actos administrativos contrarios a derecho cuando al amparo de éstos se hayan consolidado situaciones jurídicas³ en terceros de buena fe.

¹ Quisiera agradecer la valiosa labor de mis ayudantes de investigación, Camila Rodríguez Stehn y Nicolás Galli Burroni, en la preparación de este trabajo.

² Varios dictámenes de la CGR citan directamente el artículo 707 del Código Civil, tomando la presunción de la buena fe como un principio general y exigiendo la prueba de la mala fe para desestimar la presunción: Dictámenes CGR N° 31.636/2001, N° 12.272/2002, y N° 16.238/2007.

³ Más adelante se precisa el término de "situaciones jurídicas" que utiliza la CGR, y sus implicancias.

En vista de lo anterior, y por la forma en que la CGR analiza los casos, vale preguntarse: ¿Es la buena fe realmente un límite a la invalidación o es más bien un requisito para analizar si los efectos jurídicos del acto irregular deben mantenerse? ¿Realmente se intenta proteger la buena fe por el organismo contralor evitando la invalidación de estos actos administrativos? ¿Buena fe de quién, y en qué consiste ésta? ¿La CGR aplica un criterio puramente jurídico para decidir sobre la invalidación de actos irregulares o el examen de los hechos y las consecuencias de la invalidación para la Administración y los particulares en la práctica pesan más en su decisión? Veremos que, lamentablemente, pareciera que la CGR no aplica realmente un criterio de protección de derechos adquiridos de buena fe, sino que dependerá del grado de avance de las obras, protegiendo en la práctica construcciones, o eventual responsabilidad de la Administración, y no derechos.

Estos asuntos se insertan en el tratamiento de la potestad de invalidación de los actos administrativos y sus límites, la que se ha discutido largamente en nuestro medio y en la que el principio de la buena fe ha sido uno de sus tópicos. Con el objeto de presentar adecuadamente la jurisprudencia de la CGR sobre la materia en estudio, primero se hará una breve reseña de la discusión en nuestro país en torno a la invalidación y sus límites, y la función de la buena fe como principio jurídico. Luego se revisará reciente jurisprudencia de la CGR en esta materia, en base a dictámenes⁴ de este organismo disponibles al público⁵ desde 1998 a la fecha,⁶ que mencionan el principio de la buena fe y se pronuncian sobre casos relacionados con el urbanismo. El resultado de esta revisión se ha estructurado desglosando los elementos jurídicos relevantes involucrados en dichas decisiones, para después revisar los argumentos de la CGR y la utilización que ha hecho del principio de la buena fe en estos casos, intentando contestar las interrogantes planteadas más arriba.

⁴ Cabe recordar que una de las atribuciones de la CGR es la de emitir dictámenes jurídicos, facultad mediante la cual dicho organismo interpreta las normas legales y ejerce un control de legalidad sobre los actos de la Administración. Según la propia CGR estos dictámenes son obligatorios, no sólo para el caso concreto, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que son de aplicación general: Dictámenes N° 31.581/2005, N° 5.698/2005 y N° 2.406/1998, citados en CORDERO (2007) p. 62. El mismo autor precisa que los pronunciamientos de la CGR son expedidos sólo en razón de "acciones u omisiones que afecten a sujetos determinados y no a la comunidad en general...", en cuanto a que el rol de la CGR es de control, pero no de coadministración de los servicios públicos; véase CORDERO (2007) p. 63.

⁵ Obtenidos de búsquedas en la página web de la CGR: www.contraloria.cl

⁶ Debe hacerse la prevención que se han excluido de este análisis los recursos jurisdiccionales (como de protección o reclamo de ilegalidad municipal) que en algunos de los casos analizados han interpuesto los particulares afectados por los dictámenes de la CGR, dado que nuestro objeto es analizar la posición de este organismo y no de los tribunales de justicia, lo que sería objeto de un estudio diferente.

I. El principio de la buena fe como límite a la invalidación de los actos administrativos⁷

1. Reseña de la buena fe como límite a la invalidación de actos administrativos en Chile

Una primera revisión de la invalidación a nivel de jurisprudencia administrativa la encontramos en SOTO,⁸ quien distingue tres hitos en los dictámenes de la CGR: i) de 1959 a 1969, período en el cual la CGR sostenía la invalidación como principio sin excepción, sosteniendo que la ilegalidad no crea derechos, ni siquiera respecto de terceros de buena fe; ii) a partir de 1969, la CGR cambiará su postura reconociendo la improcedencia jurídica de la invalidación por parte de la Administración de actos administrativos dictados en contravención a Derecho, si estos han producido “efectos adquiridos en terceros”; iii) finalmente, a partir de 1971, la CGR exige expresamente como requisito indispensable para la improcedencia de la invalidación ante “situaciones adquiridas”, que estos terceros estén de buena fe.

Luego, este autor se refiere a abundante jurisprudencia judicial que comienza a pronunciarse sobre la invalidación con ocasión del establecimiento en nuestro derecho del recurso de protección, y que habría mantenido este criterio.⁹ Es importante notar que esta postura basaba la excepción a la procedencia de la invalidación en la protección del derecho de propiedad de los terceros sobre los efectos jurídicos de los actos irregulares,¹⁰ actos que “... han hecho surgir verdaderos derechos con consecuencias patrimoniales y que se han creado bajo el amparo y en el convencimiento de proceder dentro de un ámbito de juridicidad, no pudiendo, en consecuencia, afectarles errores cometidos por la Administración”.¹¹ Por otro lado, la mala fe por parte del beneficiario del acto

⁷ No nos referiremos aquí a la cuestión sobre la procedencia de la potestad invalidatoria de la Administración en nuestro país, de su naturaleza administrativa o jurisdiccional, lo que ha sido objeto de una discusión doctrinaria de larga data y con apoyo en jurisprudencia administrativa y judicial. Para un resumen de la discusión, y con posturas diferentes, pueden verse FERNANDOIS (2006) p. 17-19; FERRADA (----) pp. 132-136; RAJEVIC (----) p. 204; BERMÚDEZ (2005) pp. 92-94 y 100-101; y MILLAR (2003) pp. 84-88. La discusión debió terminar con la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), la que en su artículo 53 otorga expresamente dicha potestad a la Administración; sin embargo, algunos autores siguen cuestionando su constitucionalidad; véase FERNANDOIS (2006) pp. 21-22, y SOTO (2007b).

⁸ SOTO (1989). El mismo autor se refería, en un trabajo anterior, a los derechos adquiridos como límite a la potestad revocatoria de la Administración, basado en el derecho de propiedad; véase SOTO (1984).

⁹ SOTO (1989) pp. 477-481.

¹⁰ En el mismo sentido, ARÓSTICA (1984) se refiere al límite que en la jurisprudencia judicial han significado los derechos adquiridos a la potestad revocatoria de la Administración, basándose en el derecho de propiedad.

¹¹ SOTO (1989) p. 480. En el mismo sentido, VARGAS (1995) p. 39, reconoce la imposibilidad que el

administrativo haría procedente la invalidación, ya que “es principio inconcuso en derecho que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o mala fe, desde que el fraude todo lo corrompe...”.¹²

Desde entonces la buena fe ha sido permanentemente citada como un límite a la invalidación de actos administrativos por parte de la propia Administración, constatándose en la jurisprudencia de la CGR “una línea de interpretación que apunta por una parte a reiterar categóricamente el deber de invalidar que asiste al emisor de un acto administrativo irregular, y por la otra, a fijar, simultáneamente, una amplia limitación al ejercicio de la misma en consideración a razones de seguridad y certeza jurídicas...”¹³ Esta postura se ha mantenido en líneas generales, aunque la discusión se ha dado, eso sí, por la circunstancia de si la limitación a la invalidación se aplica sólo a terceros ajenos al acto, o protege también a los beneficiarios directos del mismo.¹⁴ A pesar de existir jurisprudencia discordante en ese sentido (y justamente respecto de actos administrativos en materia urbanística),¹⁵ puede decirse que la mayoría de la doctrina se inclina por proteger igualmente al beneficiario del acto irregular que se encuentra de buena fe.¹⁶

órgano administrativo emisor del acto lo invalide en estos casos, “...básicamente porque los errores o la irregularidad en la actuación administrativa no puede traducirse en perjuicio para los particulares que han obrado de buena fe”.

¹² SOTO (1989) p. 482.

¹³ VARGAS (1995) p. 41. MARÍN (2000) aunque asume una posición proclive a una potestad invalidatoria más fuerte, incluso abogando por su imprescriptibilidad e irrenunciabilidad, igualmente reconoce la necesidad de proteger los derechos subjetivos de terceros de buena fe, lo que limitaría los efectos de la invalidación.

¹⁴ MILLAR (2003) pp. 89-90, sostiene que la limitación a la invalidación alcanza a quienes son efectivamente “terceros” como aquellos “totalmente ajenos a la relación entre la Administración y los beneficiados con esos permisos”, presentándose la excepción a la invalidación cuando estos terceros consolidan situaciones jurídicas en su patrimonio al amparo del acto administrativo irregular, de buena fe. Diferente es, según este autor, la posición del beneficiario del acto administrativo: “No puede obstar a la invalidación la circunstancia de haberse producido efectos jurídicos en el beneficiario de buena fe. El beneficiario con el acto no es un tercero, es parte interesada en la relación creada con el acto irregular, y su buena fe cede frente a la buena fe de quienes han sido injustamente afectados en sus intereses legítimos”. MILLAR (2003) p. 97.

¹⁵ Siendo uno de los casos más comentados el fallo de la Corte Suprema en *Salinas Lolic con Director de Obras de Viña del Mar* (1999), comentado por SOTO (2000), especialmente pp. 192-195. También en materia urbanística, el fallo *Universidad Finis Terrae con Contraloría General de la República* (2004), comentado por VÁSQUEZ (2005) pp. 105-106, y nuevamente SOTO (2007a) p. 141, comentando el fallo de Santa Rosa de Las Condes, hace referencia a esta limitación.

¹⁶ Además de los citados en la nota anterior, en este sentido REYES (2006) p. 185, criticando el fallo “Salinas Lolic” en cuanto a la distinción entre los beneficiarios del acto y los terceros para efectos de limitar la invalidación, llega a decir que “esta distinción no tiene asidero ni racional ni jurídico”, dado que el acto administrativo nace por la voluntad unilateral de la Administración, no siendo el beneficiario “parte” en él, y cita en apoyo jurisprudencia nacional y doctrina extranjera. Por otro lado BERMÚDEZ (2005) pp. 102-104, para proteger al beneficiario aboga por distinguir los tipos de actos administrativos, el origen de la situación de ilegitimidad y las consecuencias del acto irregular. AGUERREA (2007) p. 134, también se refiere a la protección de los derechos adquiridos, la buena fe y la seguridad jurídica de los interesados al comentar el caso “Santa Rosa de Las Condes”.

Actualmente además ciertos autores, citando doctrina extranjera, han especificado la base de la excepción a la invalidación, más que en la buena fe, en la invocación del principio de la confianza legítima en la Administración. En virtud de este principio, que ha tenido mayor desarrollo especialmente en Alemania y luego en España, se protegería la confianza en el ámbito público, “consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste”.¹⁷

Aplicado este principio a la invalidación, en autores extranjeros encontramos que en su virtud se admite mantener los efectos generados por actos ilegales si la situación en los hechos cumple con tres fases de revisiones: i) determinar si en el acto concurren circunstancias que eliminarían la posibilidad del reconocimiento de una situación de confianza (por ejemplo, si el destinatario ha obtenido el acto dolosamente a través de fraude, intimidación o cohecho, dando informaciones incorrectas o incompletas al órgano administrativo, o si conocía la ilegalidad del acto); ii) determinar si en el supuesto concreto se ha producido una manifestación de la confianza invertida por el ciudadano; y, iii) una fase en la que se pondera el interés público en la revisión del acto.¹⁸

Así las cosas, el principio de la buena fe y su especificación como el “principio de la confianza” o “confianza legítima” en la Administración, ha resultado una elaboración propia del Derecho Administrativo general, aplicable como límite a la potestad invalidatoria de la Administración respecto de cualquier acto administrativo, más que a un ámbito específico de éste, como el urbanístico.¹⁹

2. El principio de la buena fe como principio general del Derecho y su función en esta materia

Como antecedente del principio de la confianza citado más arriba, tenemos indiscutidamente al principio de la buena fe, considerado un principio general del Derecho,²⁰ y por lo tanto aplicable a cualquier rama del mismo sin necesidad de consagración legal expresa: “El de la buena fe aparece como uno de los

¹⁷ BERMÚDEZ (2005) p. 89.

¹⁸ GARCÍA (2002) pp. 358 y ss.

¹⁹ En este sentido, véase GARCÍA (2002) pp. 358 y ss., y BERMÚDEZ (2005).

²⁰ LÓPEZ (1998) p. 391: “Trátase [la buena fe] de un principio general del Derecho, heredado de los romanos, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas”. En el mismo sentido se pronuncia la CGR en Dictamen N° 16.238/2007: “...es del caso recordar que el reconocimiento de la buena fe, como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales del Derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él a los efectos que la Administración decida acerca de la forma de proceder en situaciones como las descritas”.

principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen un decisivo instrumento de integración... El hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter".²¹ En nuestro medio, varios autores han resaltado su importancia como principio jurídico general, tratándolo en su mayoría en el ámbito del Derecho Civil.²²

En este ámbito, la buena fe asume dos facetas o aspectos; se distingue así tradicionalmente la buena fe objetiva de la subjetiva, consiéndole esta última en "la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así...".²³ En palabras de otro autor, es una "conciencia, o estado de conciencia".²⁴ Su base normativa está en el artículo 706 del Código Civil,²⁵ y, de acuerdo al artículo 707, la buena fe se presume y la mala fe debe probarse. La buena fe objetiva, por otro lado, constituye una regla o estándar abstracto de comportamiento entre los contratantes,²⁶ por la cual se les impone "el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato".²⁷ En todo caso, el concepto general de buena fe, como principio, se refiere a actuar de manera leal y correcta en el mundo jurídico, preservándose en su virtud las situaciones jurídicas aparentes y dando mérito de protección para un error excusable.²⁸

En cuanto a la función que puede cumplir el principio de la buena fe, ALCALDE justamente se refiere al potencial de los principios generales del Derecho como medida de control de los poderes discrecionales de la Administración: "Y así, nos encontraremos con aquellos que funcionan como reserva última

²¹ GONZÁLEZ (1983) p. 22; mismo sentido, p. 56.

²² SAAVEDRA (1996) pp. 357 y ss.; ROSENDE (2002) p. 175; y LÓPEZ (1998). ALCALDE (2003) p. 66, lo señala entre aquellos principios que "remontan su fundamento inmediato a las necesidades y exigencias que resultan de la propia estructura del sistema jurídico y de las instituciones que lo componen o integran..." Y luego más adelante, p. 191, lo menciona entre los principios del ordenamiento "jurídico-administrativo".

²³ LÓPEZ (1998) p. 392.

²⁴ GUZMÁN (2002) p. 21. En p. 22 este autor tiene una interesante teoría que afirma la unidad de la buena fe como paradigma con el cual se contrasta la conducta de un agente negocial en el caso de la "objetiva"; y en el caso de la "subjetiva" igualmente hay un paradigma de valoración de la conducta del agente. Esta unidad vendría, según este autor, de los antecedentes históricos del principio de la buena fe en el Derecho Romano.

²⁵ Artículo 706 del Código Civil: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

²⁶ Artículo 1546 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

²⁷ LÓPEZ (1998) p. 395.

²⁸ SAAVEDRA (1996) pp. 358-359.

para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio "...de la buena fe...".²⁹ En estos casos, el exceso que se logra evitar, según la propia CGR sería que "por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes actos".³⁰

En el ámbito que nos ocupa, la buena fe o "confianza legítima"³¹ que se protege mediante la aplicación de la regla de la excepción a la invalidación de los actos administrativos, es en realidad tanto la convicción del destinatario o del tercero de haber obrado conforme a Derecho, como que no pueda reprochársele en su comportamiento irregularidad alguna, de manera que "para que resulte viable una eventual excepción del destinatario o del tercero, por la cual se sustraiga de los efectos de la nulidad o anulación, es fundamental que no resulte responsable de la causa por la cual se hace ineficaz el acto".³² Es decir, se requiere tanto el convencimiento del tercero o beneficiario de haber actuado conforme a Derecho, como que su conducta en la tramitación del acto administrativo irregular no haya dado lugar al vicio o error que invalidaría el acto. En este sentido, otro autor señala que la aplicación del principio de la buena fe "comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados".³³

II. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República en invalidación de actos administrativos urbanísticos

1. Factores comunes a los dictámenes revisados

En general, los dictámenes revisados presentan las siguientes aspectos comunes:

- Son expedidos por solicitudes de pronunciamiento por parte de particulares (personas naturales, agrupaciones ciudadanas o inmobiliarias titulares de los

²⁹ ALCALDE (2002) p. 220.

³⁰ Dictamen N° 32.357/2006; en el mismo sentido previamente se pronuncian los Dictámenes CGR N° 31.636/2001 y N° 12.272/2002.

³¹ No nos extenderemos aquí sobre si el principio de la "confianza legítima" engloba todas las consecuencias de aplicar el principio de la buena fe al Derecho Público. Para los efectos del presente trabajo, baste con anotar que varios autores lo señalan como principio específico del Derecho Administrativo, como límite a la invalidación de actos administrativos.

³² FERMANDOIS y BARAONA (2003) p. 94.

³³ GONZÁLEZ (1983) p. 69.

proyectos), o de los órganos involucrados en su tramitación y/o aplicación de las normas urbanas (Municipalidades o Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo). También hay oficios que informan recursos de protección interpuestos contra decisiones de la CGR en algunos de estos casos.

- En cuanto a los asuntos sobre los que se pronuncia, todos del ámbito urbanístico, son casos en que se ha otorgado un permiso de edificación, o aprobado un anteproyecto de edificación o una subdivisión predial, o incluso una modificación a un plano regulador, cuya legalidad se cuestiona a través de la solicitud de dictamen a la CGR.
- Otro elemento común es que en todos los casos se constata que el acto administrativo en cuestión (permiso de edificación, aprobación de anteproyecto, loteo o subdivisión o modificación a plano regulador) presenta anomalías o vicios, concluyéndose que es contrario a derecho y por lo tanto susceptible de ser invalidado por la Administración.
- Sin perjuicio de ser un acto irregular, en la mayoría de los casos se aplica la doctrina de no invalidar el acto para proteger situaciones consolidadas adquiridas por terceros de buena fe.

2. Conceptos jurídicos involucrados en la jurisprudencia de la CGR

A continuación se resumen los elementos jurídicos más relevantes que pueden extraerse de la jurisprudencia analizada de la CGR, destacándose conceptos jurídicos involucrados en el tratamiento de la potestad invalidatoria y sus límites y pudiendo identificarse la postura de la CGR frente a ellos en los últimos diez años.

2.1. Reconocimiento de la potestad invalidatoria de la Administración

La jurisprudencia de la CGR es consistente en reconocer, concordante con su posición histórica, la potestad de invalidación de la Administración del Estado. En virtud de ella, los órganos del Estado tienen la potestad e incluso el deber de invalidar los actos administrativos que dicten y que sean contrarios a derecho,³⁴ es decir, pronunciarse sobre el acto dictado previamente dejándolo sin efecto por algún vicio que conlleva la nulidad del mismo. Es interesante observar que frente a la discusión, anterior a la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de

³⁴ Dictamen CGR N° 15.657/2004.

la Administración del Estado³⁵ (LBPA), sobre si la Administración tenía o no la facultad de dictar actos administrativos invalidatorios sobre actos ya emitidos por ella,³⁶ la CGR dio varios argumentos a su favor, indicando que “no es sólo facultad sino deber de todo órgano de la Administración el de invalidar sus actos administrativos contrarios a derecho”.³⁷

Con la dictación de la LBPA, se otorga a la Administración la potestad de invalidación de manera expresa en su artículo 53.³⁸ En dictámenes posteriores a la LBPA, para la CGR esta potestad de la Administración tiene más argumentos normativos: la presunción de legalidad de los actos administrativos establecida en el artículo 3 de la LBPA; el hecho que la Administración puede subsanar los vicios de que adolezcan los actos pero sin afectar intereses de terceros, artículo 13 de la LBPA; y la referencia al artículo 61 de la LBPA que contempla la revocación de actos administrativos, la que no procede cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente.³⁹

2.2. El límite a la invalidación de actos administrativos: la protección de la buena fe y la confianza en la Administración

Es una constante también en los dictámenes de la CGR en esta materia el reconocer que la invalidación es una potestad limitada: “No obstante, la invalidación de instrumentos que no se ajustan a Derecho encuentra una importante limitación cuando se han consolidado, de buena fe, situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración”.⁴⁰

¿Cómo pasa la buena fe del Código Civil a los dictámenes de la CGR? De manera directa, la CGR hace uso de las normas referidas a la buena fe subjetiva,

³⁵ Ley N° 19.880 de 2003.

³⁶ En general, y como se exponía en una nota anterior, se enfrentaban dos posturas: una sostenía que reconocer esta facultad a la Administración le confería atribuciones que a ésta no le correspondían, careciendo “la Administración de la posibilidad jurídica de volver sobre su propio acto e incluso sobre la materia, ya que en tal situación controvertida sólo corresponde al juez pronunciarse sobre la materia” SOTO (1996) p. 211. Conocidos son los otros argumentos de su doctrina: que los errores de la Administración sólo pueden afectarla a ella, a menos que el particular la hubiere inducido a error; y la adquisición de los particulares de derechos a partir de los actos viciados, protegidos por la garantía del derecho de propiedad, hacían inviable la invalidación por la propia Administración, debiendo recurrir para ello al juez. La otra postura argumentaba a favor de su procedencia, como el poder de autotutela de la Administración, la presunción de legitimidad del acto administrativo, la obligación de la Administración de retirar los actos irregulares en virtud del principio de legalidad, entre otros: MARÍN (2000). Obviamente esta última postura se apoyaba en argumentos dados para el reconocimiento de la potestad de invalidación de la Administración de diversos dictámenes de la CGR.

³⁷ Dictamen CGR N° 24.337/2002.

³⁸ El mismo artículo establece ciertos requisitos para llevarla a cabo (por ejemplo la previa audiencia del interesado) y se establece un plazo de caducidad de dos años para ejercer esta facultad.

³⁹ Dictámenes CGR N° 33.451/2006 y N° 32.357/2006.

⁴⁰ Dictamen CGR N° 17.545/2001.

empleándolas de fundamento para limitar la posibilidad de invalidar actos administrativos irregulares: "...las infracciones al principio de juridicidad no siempre anulan el acto irregular, pues esa sanción no puede afectar a los terceros de buena fe que actuaron con el convencimiento que el acto administrativo se ajustaba a Derecho, encontrándose amparados por la presunción de buena fe del artículo 707 del Código Civil en tanto no se pruebe lo contrario".⁴¹ Conjuntamente con este principio y su presunción, la CGR cita el principio de la seguridad jurídica.⁴²

Es del caso hacer notar que la limitación a la potestad invalidatoria de la Administración consistente en respetar los derechos adquiridos de buena fe por sus destinatarios o terceros es un criterio anterior a la LBPA, desarrollado por la doctrina⁴³ y confirmado de manera consistente por la CGR: "...la doctrina de los actos irregulares pero válidos...[consiste en] la consagración de que si hay terceros de buena fe que han consolidado situaciones jurídicas subjetivas basadas en dichas resoluciones, éstas no pueden ser invalidadas".⁴⁴ Y como base de esta limitación, la CGR no cita sólo la buena fe o la seguridad jurídica, sino que además principios fundamentales del Derecho Público chileno, como el de servicialidad y finalidad del Estado: "...entonces, el ejercicio de la potestad invalidatoria que posee la Administración ante aquellos actos viciados, no es absoluta, pues ella encuentra como límite su fin último, cual es, estar al servicio de la persona humana y propender al bien común...".⁴⁵

En cuanto a la referencia a la confianza en el actuar de la Administración, hay dictámenes que la citan directamente como base para evitar la invalidación.⁴⁶ Y recordando los parámetros que autores extranjeros, podría decirse que de los tres tests anotados más arriba,⁴⁷ la CGR en su jurisprudencia aplicaría los dos primeros: i) al presumir la buena fe de los destinatarios o beneficiarios, se establece que deberá probarse la mala fe, que justamente consistirá en haber obtenido el acto consciente del vicio o provocándolo, lo que eliminaría la protección; y ii) la manifestación concreta de la confianza se parece a la exigencia de la situación consolidada, elemento que revisaremos más adelante.

⁴¹ Dictamen CGR N° 12.272/2002.

⁴² Dictámenes CGR N° 12.272/2002, N° 14.218/2001, N° 31.636/2001, N° 32.357/2006 y N° 16.238/2007.

⁴³ SOTO (1996) pp. 211 y ss.; MILLAR (2003) p. 89. Véase también notas del apartado precedente.

⁴⁴ REYES (2006) p. 180, citando Dictamen CGR N° 44.492/2000.

⁴⁵ Dictamen CGR N° 14.218/2001.

⁴⁶ Dictamen CGR N° 2.936/2001 y N° 45.301/2008.

⁴⁷ Véase punto 2 del apartado I precedente.

2.3. A quién se protege con la limitación a la invalidación: concepto de "terceros"

Uno de los elementos importantes establecidos en la jurisprudencia de la CGR es la calidad de los terceros que serán protegidos por esta limitación a la invalidación. Obviamente, son considerados terceros aquellas personas que establecen relaciones jurídicas en base a los efectos del acto administrativo irregular, pero con la convicción de ser éste válido. Respecto a la situación de los destinatarios o beneficiarios directos de estos actos, el organismo de control ha considerado, en general, que también tienen la calidad de "terceros" los beneficiarios del acto administrativo, dado que éste nace a la vida del derecho por la sola voluntad de la Administración, aunque el particular lo haya solicitado y aportado antecedentes para su dictación; esta circunstancia no los haría perder la calidad de terceros respecto del acto, de manera de poder invocar la buena fe como límite a la invalidación del acto si fuera el caso: "los fundamentos de la teoría de los actos irregulares pero válidos se dan tratándose de terceros beneficiarios del acto o de otros terceros, puesto que el tercero beneficiario también puede actuar de buena fe, también necesita certeza o seguridad jurídica y actuar en la creencia de la actuación legítima de la Administración".⁴⁸

2.4. Qué se protege: derechos y situaciones jurídicas

En relación con el objeto de la excepción a la invalidación por buena fe, la CGR dice que se protegen a través de ella los "derechos adquiridos, efectos producidos por el acto administrativo ilegal ingresados al patrimonio de beneficiarios de buena fe".⁴⁹ Pero este organismo ha precisado esto aun más, refiriéndose a las "situaciones jurídicas consolidadas", que en realidad para la CGR no es lo mismo que hablar de derechos. "[Respecto a la] improcedencia de la invalidación de un permiso de edificación, que la posibilidad de dejarlo sin efecto está limitada, entre otras circunstancias, por la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, de buena fe, que han generado sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración...".⁵⁰

⁴⁸ Dictamen CGR N° 2.936/2001 y N° 31.636/2001. Sin embargo, debe hacerse presente que en un caso al menos, en Dictamen CGR N° 4.373/2004, que informa el recurso de protección interpuesto por la Universidad Finis Terrae contra Dictamen CGR N° 53.409/2003, la postura de la CGR es discordante con lo expuesto, en el sentido de no considerar al beneficiario del acto administrativo como un tercero de buena fe, "por cuanto los destinatarios de una actuación administrativa unilateral no son terceros en esa relación, especialmente si han solicitado voluntariamente la dictación del acto irregular invalidado".

⁴⁹ Dictamen CGR N° 24.337/2002.

⁵⁰ Dictamen CGR N° 32.357/2006.

De hecho, la CGR no se refiere a proteger la posibilidad en abstracto que tendría el particular de construir de acuerdo al permiso de edificación defectuoso, sino que se refiere a situaciones concretas, explícitamente tomando en consideración el tiempo transcurrido desde la emisión del acto administrativo, y la circunstancia de existir materialización de las obras construidas en virtud del permiso irregular: "...las medidas que resulten procedentes en cada caso, de acuerdo con el contexto jurídico reseñado, suponen una ponderación de las circunstancias de hecho y de derecho que concurran en cada uno de los permisos otorgados y las consecuencias fácticas que la invalidación de los actos irregulares pueda ocasionar".⁵¹ Según la CGR, la potestad invalidatoria debe considerar la situación de hecho existente, "especialmente si se trata de construcciones en proceso de recepción final".⁵² Concordante con este planteamiento, en un caso incluso ordena a una Municipalidad recibir las obras construidas en base a permisos de edificación irregulares, por existir una "situación jurídica consolidada y se encuentra comprometida la buena fe de terceros, no pudiendo éstos ser afectados por un error de la Administración".⁵³

A este respecto la CGR hace la distinción de que el derecho a edificar en un terreno "...sólo puede encontrarse legalmente ejercido y constituir una situación jurídica consolidada, una vez que las construcciones autorizadas ya se han materializado como tales, y no por la simple emisión de un mero acto jurídico autorizatorio de carácter abstracto y condicional, como es el permiso de edificación".⁵⁴ De acuerdo con este planteamiento, no habría propiedad sobre el permiso de construcción, que es requisito esencial para el ejercicio del derecho a edificar o "*ius aedificandi*"; siendo el permiso un acto administrativo de mero carácter autorizatorio "...[impone] la posibilidad de invalidar aquellos permisos de edificación contrarios a derecho, hipótesis expresamente consagrada en la normativa vigente y recogida por la jurisprudencia administrativa y judicial".⁵⁵

La CGR incluso, informando recursos de protección interpuestos contra dictámenes que invalidaron permisos, en más de una ocasión ha hecho referencia a la doctrina de que los derechos emanados de un acto administrativo irregular jurídicamente no son "legítimamente adquiridos" y que por lo tanto quedarían fuera de la protección del derecho de propiedad y de la certeza jurídica.⁵⁶

⁵¹ Dictamen CGR N° 32.357/2006.

⁵² Dictamen CGR N° 29.192/2006.

⁵³ Dictámenes CGR N° 31.636/2001 y N° 19.856/2002.

⁵⁴ Dictamen CGR N° 33.451/2006.

⁵⁵ Dictamen CGR N° 33.451/2006.

⁵⁶ Dictámenes CGR N° 4.373/2004 y N° 33.451/2006.

III. ¿Qué se ha protegido realmente por la jurisprudencia de la CGR en estos casos? La buena fe frente a situaciones de hecho

Más allá de la discusión doctrinal y de la invocación del principio de la buena fe y de la confianza legítima, busquemos en la jurisprudencia de la CGR criterios jurídicos que permitan identificar el verdadero objeto de protección mediante la excepción a la invalidación que se acepta en sus dictámenes.

Teóricamente, y de acuerdo a lo citado por la propia CGR, la invalidación tendría como límite la consolidación de efectos jurídicos en terceros de buena fe, y en los propios beneficiarios del acto, pero ¿podemos hablar realmente de protección de derechos adquiridos, de certeza jurídica? Pareciera que ese no es el criterio que utiliza la CGR, al menos no por los resultados y argumentaciones de los dictámenes revisados.

Ante la existencia de obras construidas al amparo de un permiso irregular, la CGR invoca la protección de la buena fe y de los derechos tanto de beneficiarios como de terceros. Pero, contradictoriamente, cuando no existen obras construidas, se asiste en la argumentación de que los actos irregulares no darían origen a derechos legítimos, lo que da cuenta que la excepción a la invalidación opera sólo para salvar una situación de facto que se construyó al amparo del permiso; al parecer no es por una consideración jurídica de proteger el derecho de propiedad sobre los efectos del acto irregular. En estos casos, la CGR puramente desecha la teoría de los derechos adquiridos y habla de la "simple invalidación de un acto administrativo", como si sólo la materialización de las obras comportara adquirir derechos dignos de ser protegidos.⁵⁷

Coincidentemente, y en otro giro argumentativo contradictorio, los dictámenes que invalidan los actos acogiendo esta teoría desconocen además la calidad de terceros de los beneficiarios del acto irregular; como si sólo por no haber construido obras pasara a tener una calificación jurídica distinta de los otros casos.⁵⁸

En buenas cuentas la jurisprudencia de la CGR ha limitado la protección de la excepción a la invalidación desde la protección de "derechos adquiridos"

⁵⁷ En Dictamen CGR N° 4.373/2004, lo dice directamente: "Es preciso agregar que no se omitió sopesar las consecuencias derivadas del respectivo pronunciamiento. Así, al aceptarse la nulidad del permiso de edificación... se tuvo en consideración la situación de hecho, que consiste en que no existe obra material alguna iniciada como consecuencia del otorgamiento de dicha autorización... Por tanto, no se trata de demoler o destruir edificaciones, sino solamente de dejar sin efecto un acto administrativo irregular".

⁵⁸ Dictamen CGR N° 4.373/2004.

emanados del acto administrativo irregular, a proteger más bien una “situación jurídica de hecho”, cambiando la calificación de terceros de buena fe en uno y otro caso. La CGR no ha aplicado un criterio realmente jurídico; protege “situaciones” (construcciones), no derechos.

Ahora bien, en cuanto a la buena fe del beneficiario, esto es, al convencimiento de haber actuado conforme a derecho y no haber provocado o propiciado el error o vicio que invalida el acto, ésta por regla general se presume (siguiendo la regla del artículo 707 del Código Civil); no hemos encontrado ni un solo caso en que la CGR haya comprobado mala fe por parte del beneficiario del acto, de manera de no aplicar el límite a la invalidación. En realidad, la buena fe se presenta como requisito, y a su vez se presume legalmente, pero se utiliza sólo para evitar invalidar actos administrativos manteniendo situaciones de hecho (obras construidas al amparo de los permisos impugnados).

No podemos sino criticar un criterio tan poco jurídico y discriminatorio en la protección a los particulares frente a los errores de la Administración, además de inestable y que sólo ha considerado los perjuicios materiales de demoler las obras construidas al amparo de permisos irregulares. El criterio aplicado simplemente decide quién asume los perjuicios del acto irregular: si hay obras construidas, la obra se mantiene, asumiendo la sociedad, específicamente los vecinos de la obra, la afectación que ésta produce, aunque legalmente no debió haberse construido; si no se ha materializado la construcción, el petionario debe absorber los costos de la tramitación del permiso, además de los perjuicios de la frustración del proyecto, aunque esté de buena fe.⁵⁹ Más criticable resultan estas decisiones cuando en algún caso se agrega al examen fáctico la posibilidad de que la demolición de las obras construidas signifique a la Administración enfrentar el deber de indemnizar los perjuicios, por lo que se prefiere mantener el permiso irregular antes de crear una fuente de responsabilidad para la Administración.⁶⁰

En suma, en materia de invalidación de actos administrativos en materia urbanística, la CGR realiza un análisis caso a caso, en concreto, lo cual está bien; pero más que jurídico, protector de la buena fe, de la confianza en la Admi-

⁵⁹ En el mismo sentido y crítica, a propósito justamente de la invalidación del permiso de construcción como acto administrativo, véase RAJEVIC (----) p. 206-207.

⁶⁰ Dictamen CGR N° 2.936/2001: “[De haberse aceptado la nulidad]... la autoridad municipal habría tenido que ordenar la demolición de dos edificios que, al menos en obra gruesa, ya estaban construidos, y radicar en el patrimonio del particular las pérdidas consiguientes... Asimismo, existiría el riesgo de la eventual responsabilidad civil extracontractual del municipio... en que habrían sufrido los daños el particular y toda la comunidad al destruirse bienes destinados a la habitación de muchos y el municipio tener que distraer recursos municipales previstos para necesidades sociales”.

nistración o de certeza jurídica, la decisión de limitar la invalidación del acto pasa por una evaluación de consecuencias fácticas de la situación en cuanto a la concreción de obras materiales ejecutadas al amparo del permiso, e incluso consideraciones de responsabilidad de la Administración.

Nuestra crítica apunta a que un control jurídico y que dice fundarse en criterios de ese orden no debiera basarse en este tipo de distinciones, las que además no dan los incentivos adecuados a los afectados por estas decisiones. Es necesario un control jurídico sólido, que tomando el caso a caso, aplique criterios uniformes y realmente protectores, como se proclama, de la certeza jurídica y los derechos de las personas frente al actuar errado de la Administración.

Conclusiones

1. En casos de actos administrativos irregulares relacionados con materias urbanísticas, tales como permisos de edificación, aprobación de anteproyectos o modificaciones a planos reguladores, la CGR reconoce la potestad de invalidación de la Administración del Estado para corregir o dejar sin efecto dichos actos contrarios a Derecho.
2. Dicha potestad de invalidación tiene, en todo caso, el claro límite de la protección de la buena fe de los destinatarios y terceros para quienes el acto irregular produjo efectos jurídicos o situaciones consolidadas que ingresen a su patrimonio. Frente a ese escenario, que se analiza caso a caso por la autoridad contralora, puede darse la excepción de no aplicar la invalidación y conservar el acto jurídicamente irregular y sus efectos.
3. Junto con el reconocimiento de la existencia de la buena fe en los destinatarios o terceros afectados por acto, la CGR dice que en la práctica se protege la confianza en la acción de la Administración del Estado, la que debe realizarse de acuerdo al principio de juridicidad y con miras al bien común, y que se materializa en la consolidación de determinados derechos o situaciones jurídicas que serían perjudicados por la invalidación del acto.
4. A pesar de esta declarada protección de los derechos y la buena fe en virtud de la cual estos se adquieren, en la práctica la CGR ha adoptado posturas diferentes tanto en cuanto al concepto de "terceros" (incluyendo o no a los beneficiarios del acto) como respecto de los casos en los que éstos pueden beneficiarse de la excepción a la invalidación, según si existen o no obras construidas al amparo del acto administrativo, o si se trata de la "simple invalidación" de un acto administrativo, caso en el cual asume que ésta no tiene mayores consecuencias.

5. En suma, aunque dogmáticamente puede decirse que el principio de la buena fe (y su especificación en la protección de la confianza legítima en el ámbito administrativo) es un principio general del derecho utilizado por la CGR como fuente jurídica para evitar la aplicación de la facultad de invalidación de los órganos de la Administración en materias urbanísticas, la realidad es que este se aplica en base a distinciones fácticas y no jurídicas, lo que no es deseable en un control jurídico como el que debiera aplicar este organismo.

Bibliografía

AGUERREA MELLA, Pedro (2007): "La Contraloría General de la República y el Control de los Organismos Administrativos con Competencia en Materia Urbanística". Comentario del caso "Santa Rosa de Las Condes", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1: pp. 119-140.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2002): *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 278 pp.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1984): "La Extinción de los Actos Administrativos y la Jurisprudencia reciente de los Tribunales de Justicia", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol.11: pp. 434-448.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2005): "El Principio de la Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria", en *Revista de Derecho (UACH, Valdivia)*, Vol. XVIII, N°2: pp. 83-105.

CORDERO VEGA, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado* (Santiago, LexisNexis) 189 p.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): "Invalidación Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales", en *Sentencias Destacadas 2005. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 9-30.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2003): "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿Constituye vicio de nulidad?", en *Revista de Derecho (UFT)*, Año VII, N° 7: pp. 79-103.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (----): "La Potestad Invalidatoria de la los Órganos de la Administración del Estado", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso - PUVC): 131-147.

GARCÍA LUENGO, Javier (2002): *El Principio de la Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1983): *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo* (2ª edición, Madrid, Civitas) 199 pp.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): "La Buena Fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol. 29, N°1: pp. 11-23.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Los Contratos. Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

MARÍN VALLEJO, Urbano (2000): "Vigencia Actual de la Invaldación de los Actos Administrativos", en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N° 2 [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2008] Disponible en: <http://www.cde.cl/>

MILLAR SILVA, Jaime (2003): "La potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional. Procedencia, alcance y limitaciones", en *Revista de Derecho (UACH)*, Vol. XIV: pp. 83-97.

RAJEVIC MOSLER, Enrique (----): "El Permiso de Construcción como Acto Administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso - PUVIC): pp. 183-208.

REYES RIVEROS, Jorge (2006): *Invaldación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios* (Santiago, LexisNexis) 240 pp.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2002): "Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de Derecho Privado", en *Actualidad Jurídica (UDD)*, Año III, N° 5: pp. 163-185.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1996): "El Principio General de la Buena Fe", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur): pp. 357-373.

SOTO KLOSS, Eduardo:

- (1984): "Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 81, N° 1: pp. 13-23.
- (1989): "Invalidación de los Actos Administrativos", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol. 16: pp. 475-485.
- (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.
- (2000): "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema 20.10.1999", en *Ius Publicum (UST)*, N° 5: pp. 177-195.
- (2007a): "Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile", en *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 131-144.
- (2007b): "La Pretendida Autotutela Invalidatoria de la Administración", en *Gaceta Jurídica*, N° 325: pp. 7 y ss.

VARGAS ZINCKE, Osvaldo (1995): "Algunos aspectos sobre la Invalidación en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República", en *Gaceta Jurídica*, N° 178: pp. 35-41.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2005): "Una ausencia de efectiva garantía jurisdiccional en el derecho urbanístico", en *Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 89-123.

Normas

- Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.
- Código Civil.
- Constitución Política de la República.

Jurisprudencia

Dictámenes de la Contraloría General de la República:

- Dictamen CGR N° 44.492/2000
- Dictamen CGR N° 2.936/2001
- Dictamen CGR N° 14.218/2001
- Dictamen CGR N° 31.636/2001
- Dictamen CGR N° 12.272/2002
- Dictamen CGR N° 24.337/2002
- Dictamen CGR N° 15.657/2004
- Dictamen CGR N° 4.373/2004
- Dictamen CGR N° 29.192/2006
- Dictamen CGR N° 32.357/2006
- Dictamen CGR N° 33.451/2006
- Dictamen CGR N° 16.238/2007
- Dictamen CGR N° 45.301/2008

Jurisprudencia Judicial:

- *Salinas Lolic con Director de Obras de Viña del Mar* (1999): Corte Suprema, 20 de octubre de 1999, Rol 3455-1999 (recurso de protección), *Ius Publicum (UST)*, N° 5: pp.177-181.
- *Universidad Finis Terrae con Contraloría General de la República* (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2004, Rol 8765-2003 (recurso de protección).

¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio

José Francisco García G.*

Master y Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHICAGO

Profesor Investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, auto-nombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de tiranía”.

El Federalista, N° 47

I. Introducción

Las superintendencias son entes de la Administración a través de las cuales el Estado fiscaliza el correcto funcionamiento de diversas actividades privadas de interés público, siguiendo el patrón de lo que en derecho comparado se denomina agencias reguladoras independientes.¹ En la actualidad contamos con

* Quisiera agradecer la destacada participación de los ayudantes de la Dirección de Investigación de esta Facultad, Nicolás Enteiche y Camila Rodríguez, para la preparación de este artículo. Asimismo, agradezco las interesantes conversaciones y sugerencias de los académicos Iván Aróstica (UDD), José Manuel Díaz de Valdés (UDD), Camila Boettiger (UDD), Lucas Sierra (CEP), Luis Cordero (U. Chile), Juan José Romero (PUC) y Sebastián Soto (LyD).

Este artículo es una de las publicaciones derivadas del proyecto “Anomalías institucionales y constitucionales de las Superintendencias”, en el marco del concurso de Fondos de Investigación UDD 2008.

¹ Estas obedecen a dos modelos. Por una parte, está el modelo anglosajón, que surge en el Reino Unido y en Estados Unidos a finales del siglo XIX como un mecanismo para hacer frente a sectores donde existían monopolios y, por tanto, se necesitaba de una regulación. La primera agencia reguladora independiente en Estados Unidos data de 1887. Es la *Interstate Commerce Commission* (ICC), cuyo objeto fue regular el ferrocarril. Por la otra, el modelo europeo, que surge a finales del siglo XX como consecuencia de los procesos de privatización y de liberalización de los mercados. CARMONA (2005) pp. 31-32.

nueve, cuales son, las de Seguridad Social,² Valores y Seguros,³ Pensiones (ex AFP),⁴ Electricidad y Combustibles,⁵ Servicios Sanitarios,⁶ Salud (ex ISAPRES),⁷ Bancos e Instituciones Financieras,⁸ Casinos y Juegos,⁹ y Quiebras.¹⁰ En el pasado

² Creada por Ley 16.395. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 28 de enero 1966. Se inicia el 10 de diciembre de 1927, con la denominación de Departamento de Previsión Social. A partir de julio de 1945, se sustituyó su nombre por el de Dirección General de Previsión Social, y en el año 1953 se creó la Superintendencia de Seguridad Social, en reemplazo de dicha Dirección. Ver SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2008).

³ Creada por el DL 3.538. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 23 de diciembre 1980. Desde mediados del siglo XIX la Superintendencia de Valores y Seguros ha tenido un rol preponderante como organismo supervisor de las entidades que participan en el mercado de valores de nuestro país. Durante todo este tiempo, la función de la Superintendencia ha sido consignada en numerosos textos legales. En efecto, ya en 1865, el Código de Comercio disponía una forma de supervisión de las sociedades anónimas. En 1927, la Ley N° 4.228 crea la Superintendencia de Compañías de Seguros, mientras que en 1928, la Ley N° 4.404 funda la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles. El DFL N° 251 de 22 de mayo de 1931 fusionó ambos organismos, bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio. Finalmente, el DL N° 3.538, de 23 de diciembre de 1980, establece la creación definitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros, continuadora legal de la fundada en 1931. Ver SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2008).

⁴ Creada por Ley 20.255 (D.F.L. 101). Fecha de publicación en el Diario Oficial: 17 de marzo 2008. La Superintendencia de Pensiones fue creada por la Ley 20.255, de marzo del 2008, como sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, creada por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2008).

⁵ Creada por Ley 18.410. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 22 de mayo 1985. La Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) fue creada por el Presidente Germán Riesco el 14 de diciembre de 1904, bajo el nombre de Inspección Técnica de Empresas y Servicios Eléctricos. Desde entonces han evolucionado sus funciones y en la actualidad, tiene por misión vigilar la adecuada operación de los servicios de electricidad, gas y combustibles, en términos de su seguridad, calidad y precio SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2008).

⁶ Creada por Ley 18.902. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 27 de enero 1990. Se promulgó en febrero de 1998 la Ley N° 19.549, que modificó el marco jurídico al sector sanitario nacional. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2008).

⁷ Creada por Ley 19.937. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 24 de febrero de 2004. Es un organismo público, sucesor legal de la Superintendencia de Isapres (Ley 18.933, de 9 de marzo de 1990), que inicia sus operaciones el 1 de enero de 2005, conforme lo establece la Ley de Autoridad Sanitaria (Ley N° 19.937). El 19 de marzo de 1981, con la publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, se crean las Instituciones de Salud Previsional, ISAPRES, y se faculta a los trabajadores y personas en general a depositar en éstas sus cotizaciones obligatorias. El Fondo Nacional de Salud (FONASA), fue la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema de Isapres, según lo señala el DFL N° 3 de 1981. SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2008).

⁸ Creada por D.F.L. 3. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 19 de diciembre de 1997. La Superintendencia de Bancos nace a partir de la Ley General de Bancos que fue promulgada el 26 de septiembre de 1925, durante el gobierno de Arturo Alessandri Palma. Dicha ley nace a partir de un proyecto presentado por la Misión Kemmerer, que fue contratada por el gobierno de la época para reestructurar el sistema monetario y financiero chileno y que estaba presidida por Edwin Walter Kemmerer, profesor de Economía de la Universidad de Princeton, Estados Unidos. Tras ser promulgada por el Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre de 1925, la Ley fue prontamente modificada por el Decreto Ley N° 782, de 21 de diciembre de 1925. Este texto legal crea, en primer término, una Superintendencia de Bancos, que se establece en el Ministerio de Hacienda y le encomienda la aplicación de las leyes relativas a los bancos comerciales, a las cajas de ahorro, a los bancos hipotecarios y al Banco Central de Chile. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (2008).

⁹ Creada por Ley 19.995. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 7 de enero de 2005.

¹⁰ Creada por Ley 19.806 Fecha de publicación en el Diario Oficial: 31 de mayo de 2002. Creada el año 2002, en el marco de la Reforma Procesal Penal, sin embargo, aparece en la historia Chilena en 1929, con la creación de la Sindicatura General de Quiebras. SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS (2008).

existió una Superintendencia de Educación Pública (1953), pero que tuvo una vida efímera, a la vez que poca notoriedad por la aparente falta de facultades y recursos. Existen algunos otros organismos que no se denominan superintendencias, pero que cumplen la misma labor de estas. Así ocurre, por ejemplo, con la Dirección del Trabajo y la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Estos órganos ejercen una función de vigilancia y control de un ámbito determinado de la actividad económica. Para ello, la ley las dota de facultades similares a las de las superintendencias. Pero a diferencia de estas, su control se ejerce sobre sujetos indeterminados.¹¹

En general, podemos decir que estos entes se ubican en tres sectores de nuestra economía: en los servicios públicos concesionados; en el ámbito de la seguridad social; y en el mercado de capitales.¹² La existencia de nuevos ámbitos de actividades económicas que han pasado a estar bajo la vigilancia de las superintendencias, nos debiera llevar a reflexionar acerca de las causas de esto. En efecto, este modelo de control de la actividad privada, bastante consolidado y aparentemente apropiado, pasa en la actualidad por un verdadero “boom” legislativo, existiendo sendas propuestas de creación de nuevas superintendencias en diferentes estados de avance: proyectos de ley,¹³ anteproyectos¹⁴ y propuestas en el debate público.¹⁵

Junto con lo anterior, se debe considerar que, tanto en sus orígenes¹⁶ como en el proceso de consolidación desde los ´80, se ha tenido a la vista, aparentemente, el modelo de las *agencias* americanas,¹⁷ que creemos dista bastante de

¹¹ CARMONA (1999) p.1.

¹² Carmona (1999) p.1.

¹³ Son los casos de la Superintendencia de Educación, N° Boletín: 5083-04, ingresada el 4 de junio de 2007; Medio Ambiente, N° Boletín: 5947-12, ingresada el 3 de julio de 2008; y Obras Públicas, N° Boletín: 5304-09, ingresada el 4 de septiembre de 2007.

¹⁴ Por ejemplo, al anteproyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones. El proceso de consulta pública, base del anteproyecto, puede verse en http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070424/pags/20070424194349.html.

¹⁵ Algunos ejemplos en la materia. El Ministerio del Interior está estudiando la posibilidad de crear una Superintendencia de Seguridad Privada que fiscalice a dicho sector –normativa que aún no existe–. Se ha propuesto asimismo una Superintendencia de Partidos Políticos para la fiscalización de la Ley de Partidos Políticos y La Ley de Gasto Electoral. En el contexto de la nueva Superintendencia de Medioambiente, Sierra ha propuesto, alternativamente, una Superintendencia de Recursos Naturales. En este mismo ámbito, la denominada Comisión Jadresic (Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado de 1998) junto con proponer la creación de la Superintendencia de Medioambiente, propuso tres superintendencias adicionales en relación a los recursos naturales renovables: Pesca, Bosque Nativo y Explotación Forestal, y Recursos Hídricos. Sobre esto último ver SIERRA (2008).

¹⁶ Agradecemos la sugerencia de Lucas Sierra en el sentido de que sería interesante explorar el que el origen de la voz “superintendencia” provenga de la época de los Borbones, reflejo del centralismo que le imprimieron a la administración del imperio.

¹⁷ No ha sido fácil dar con una explicación adecuada respecto del origen, en nuestra institucionalidad regulatoria, de las Superintendencias. Revisando en la historia de estos órganos, pudiéramos encontrar

nuestras superintendencias,¹⁸ y al menos en un aspecto central: su autonomía respecto del poder político.

A nuestro juicio, ello debiera ser motivo de preocupación, dado que la estructura normativa orgánica y facultades de estos órganos presentan una serie de inconvenientes desde la perspectiva constitucional, administrativa y regulatoria; las que creemos han sido escasamente abordadas –y más bien de manera fragmentaria– por la dogmática iuspublicista.

En este sentido, y desde la perspectiva constitucional, se puede sostener que se trata de un ejercicio de poder público que no se ajusta con propiedad a los límites definidos por nuestra Constitución; muchas veces entra en conflicto con el legítimo ejercicio de ciertos derechos fundamentales; y cuyos efectos sobre determinadas industrias y actividades puede resultar decisivo, por lo que debe necesariamente someterse a parámetros exigentes de constitucionalidad.

un indicio en la “importación” del modelo de las agencias americanas fruto de la misión Kemmerer en la década de los ‘20 al discutirse la Ley de Bancos. Morand (2000) en su investigación respecto de las Superintendencia de Bancos relata: “Hubo diversos estudios en el país sobre la necesidad de una auténtica fiscalización bancaria y la creación de un banco central; todo ello coincidente con las reformas que deseaba establecer el Gobierno del Presidente Arturo Alessandri, elegido en 1920 y cuyo mandato vencía en 1925. Concordante con estas aspiraciones vino a Sudamérica, y especialmente a la costa del Pacífico, una misión privada norteamericana presidida por el economista señor Edwin Kemmerer. Esta misión propiciaba, en síntesis, tres medidas en cuanto a lo propiamente financiero: la creación de un banco central que fuera el único emisor de moneda; el establecimiento de una oficina gubernativa que tuviera la fiscalización efectiva del sistema bancario, inclusive del banco central, y una ley monetaria que consagrara definitivamente el sistema de patrón oro. En Chile hubo una interrupción del régimen constitucional y la consiguiente partida al extranjero del Presidente Alessandri en septiembre de 1924. No obstante lo anterior, se trabajó en la preparación de las leyes que recomendaba adoptar la Misión Kemmerer, las que fueron promulgadas entre agosto y septiembre de 1925 como decretos leyes, pero firmadas por el Presidente en ejercicio, quien había vuelto al país y se encontraba en plena preparación de la nueva Constitución Política, también promulgada en ese mismo año 1925 (...) La Ley General de Bancos se promulgó por el Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre de 1925, modificado por el Decreto Ley N° 782, de 21 de diciembre de 1925. Este texto legal crea, en primer término, una Superintendencia de Bancos, que se establece en el Ministerio de Hacienda y le encomienda la aplicación de las leyes relativas a los bancos comerciales, a las cajas de ahorro, a los bancos hipotecarios y al Banco Central de Chile... Según se manifestó en el tiempo de su dictación, esta ley es una adaptación de la que regía en esa época los bancos del Estado de Nueva York, que no eran bancos nacionales y que estaban sometidos a fiscalización de la Superintendencia de ese Estado. Una curiosidad es que el texto original de la ley estaba en idioma inglés y el texto promulgado es una traducción. Lo anterior explica algunas frases y palabras poco usuales en nuestro medio jurídico, algunas de las cuales han sido cambiadas en las sucesivas modificaciones de la ley. Esta ley definió también que los bancos en Chile deben ser sociedades anónimas o sucursales de bancos extranjeros”.

¹⁸ Salvo precisiones expresas, por ejemplo, diferencias en materia de algunas facultades (e.g., en materia sancionadora entre la SEC y la SVS) o el rol que juega la Alta Dirección Pública (no opera para SVS, SBIF y Seguridad Social); hablaremos, en general, del “modelo” o de las “Superintendencias”; pues creemos que en lo fundamental no existen diferencias estructurales en ciertos aspectos de fondo: autonomía del poder político, designación del Superintendente, grados de discrecionalidad en materia normativa, entre otros. Un punto que puede ser relevante, es que en materia de financiamiento la dependencia del Ejecutivo es fundamental (sin perjuicio de que se discute con motivo de la Ley de Presupuesto), excepto en el caso de la SBIF, donde los fondos provienen de los propios regulados.

Desde la perspectiva administrativa, los conflictos los encontramos, por ejemplo, ya en la definición de su naturaleza jurídica;¹⁹ las complejidades ligadas a sus amplias facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales; y al uso de instrumentos jurídicos, como las instrucciones y circulares, que se transforman, por un lado, en un verdadero “dolor de cabeza” para la doctrina administrativista –que busca encuadrar todo acto administrativo bajo la definición del artículo 3° de la Ley 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo–; y, por el otro, y más grave aún, un espacio para la indefensión de libertades y derechos fundamentales de los administrados.

Finalmente, desde la mirada regulatoria, tanto para la regulación económica propiamente tal²⁰ –intervención estatal en mercados libres que adolecen de fallas de mercado– como para el diseño de un marco institucional afín a una sociedad regida por principios de libertad, son muchas las interrogantes que plantean las superintendencias. En efecto, aun si tales órganos pudieron haberse justificado pragmáticamente en un contexto de mercados débiles e industria incipiente en los años '20, o como parte de los procesos de privatización y desregulación de la economía en los '80, las superintendencias se han convertido en poderosas agencias estatales capaces de interpretar autónomamente normas jurídicas, imponer dicha interpretación a los particulares y sancionar su incumplimiento. Sus decisiones son difícilmente impugnables y gozan de gran deferencia por parte de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia. El nombramiento de quienes las dirigen las vincula fuertemente al Gobierno

¹⁹ Para un análisis respecto de la naturaleza jurídica de las superintendencias y las diversas complejidades asociadas a esto ver CARMONA (2005) pp. 8 y ss. Para el autor se trata de órganos de la Administración del Estado; que son servicios públicos descentralizados, creados por ley, atienden necesidades públicas, ejecutan políticas (no las definen), a cargo de un funcionario denominado Superintendente; que realizan una labor de fiscalización de las entidades sometidas a su control; con amplias facultades en materia normativa, fiscalizadora, sancionadora y jurisdiccional. Una de las discusiones relevantes en esta materia dice relación con el carácter centralizado o descentralizado de las mismas.

²⁰ Como sostiene Ariño Ortiz, cuando se habla de “regulación” se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar: “Uno es la regulación externa, que se ha llamado de “policía administrativa”, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medioambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada “regulación económica”: ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al “quantum” de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste. Nadie ha puesto seriamente en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará. La que está puesta en cuestión es la segunda. Y no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan”. ARIÑO (1999) p. 553. Para CARMONA (1999) p. 4: “(...) de las tres funciones clásicas de la administración (servicio, fomento y policía) las Superintendencias se ubican en la actividad de policía; pues su función básica es intervenir en los derechos de los sujetos controlados para resguardar el interés público comprometido en su accionar. Ello explica las fuertes potestades de que gozan”.

de turno –el rol que en esta materia juega la Alta Dirección Pública nos parece insuficiente–, lo que se suma a que carecen de los mecanismos internos necesarios para asegurar cánones razonables de independencia.

Así las cosas, este trabajo, que puede ser catalogado más bien como de carácter exploratorio, tiene por objeto principal poner sobre la mesa algunos de los debates que se han generado en torno a las superintendencias, para con ello presentar una mirada de cierto escepticismo y cautela frente al actual consenso en la materia, que nos está llevando, un poco a ciegas a nuestro juicio, hacia una verdadera inflación de superintendencias. Creemos que del análisis de la escasa doctrina en la materia, jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, y la mirada de la literatura especializada en el ámbito regulatorio, se puede construir un interesante marco para la discusión respecto de las falencias de este modelo, con especial énfasis en sus dificultades institucionales y en su incompatibilidad con el pleno respeto al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales en el ámbito del control de la Administración sobre actos de particulares en la vida económica.

Siguiendo este orden de ideas, en la sección 2 de este documento analizaremos las superintendencias y la regulación económica desde el prisma de la economía y las fallas de mercado como causal habilitante para la actuación estatal, pero teniendo claro que esta intervención es excepción y no regla general. Lo anterior creemos tiene su paralelo en nuestra Carta Fundamental, y en el nuevo Orden Público Económico que establece, que no es otra cosa que la consagración en la actividad económica de los principios estipulados en el Capítulo I de la Constitución de 1980, sobre Bases de la Institucionalidad.

En la sección 3 se propondrán cinco criterios legitimadores de una buena regulación y diseño institucional, los que estarán presentes, tanto explícita como implícitamente, en la evaluación de las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias. Creemos que la fusión de estos criterios regulatorios con los viejos principios constitucionales de siempre (v. g., principio de reserva legal, libertad económica, debido proceso administrativo, etc.), los cuales gozan de gran robustez al amparo de la Constitución de 1980 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite argumentar que pese a la gran cantidad de facultades discrecionales que poseen estos órganos, que generan una verdadera camisa de fuerza, un conjunto de restricciones institucionales potentes a la actuación discrecional de las superintendencias. Como se verá, ello se ha visto reflejado en debates y controversias recientes.

Finalmente, en la sección 4, enunciaremos algunas de las conclusiones más relevantes del documento.

II. Superintendencias y regulación bajo el nuevo orden público económico

2.1 Justificación económica de la regulación

Como sostienen Galetovic y Sanhueza, cuando los mercados son competitivos, los precios de bienes y servicios reflejan el costo económico de producirlos. Estos precios, determinados libremente por la interacción de la oferta y la demanda, cubren los costos de producción, permiten que las empresas más eficientes obtengan rentabilidades que remuneran adecuadamente el capital invertido y dan las señales correctas para decidir cuánto y en qué invertir. Los usuarios son los principales beneficiados por la competencia. Pagan sólo el costo económico de producir y la combinación precio-calidad que reciben coincide con la que desean porque la viabilidad económica de las empresas depende de que satisfagan sus necesidades. Así, “la competencia es el medio más efectivo para salvaguardar los intereses de los usuarios, garantizar que las empresas sean eficientes y lograr un mayor grado de desarrollo económico. Por eso, debe privilegiarse por sobre la regulación siempre que sea posible. El Estado debe limitarse a definir y salvaguardar los derechos de propiedad, proveer una institucionalidad jurídica que permita zanjar los conflictos que pudieran ocurrir entre privados o con el gobierno y evitar establecer barreras legales que limiten la competencia o impidan el ingreso de nuevos oferentes”.²¹

No obstante, en determinadas circunstancias hay factores que no dejan operar libremente al mercado como consecuencia de lo cual no se asignan bien los recursos, debido a que los precios que enfrentan quienes toman las decisiones no son los correctos, o, en otras palabras, son precios “mentirosos”. En estos casos, estamos ante la presencia de “fallas de mercado”, las cuales están claramente identificadas y delimitadas en la literatura regulatoria: monopolios naturales, recursos de propiedad común, externalidades y problemas de información asimétrica.²²

Es en este contexto, que nace un espacio para la existencia de una regulación que busque la manera más eficiente para corregir estos problemas. Como sostiene el destacado administrativista y Ministro de la Corte Suprema americana, Stephen G. Breyer, en su tratado de *Derecho Administrativo y Regulatorio*: “Un método de análisis de la regulación administrativa es considerarla como un intento de resolver varios problemas asociados a las “fallas del mercado” identificadas por los economistas. Tal mirada, popular entre los economistas, trata al

²¹ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 102.

²² Ver BREYER (1982), OGDEN (1994) y (2008), y BREYER ET AL. (2002). En Chile, ver VALDÉS (2006).

mercado como la norma y considera que aquellos que promueven la regulación administrativa deben justificarla, mostrando que es necesaria para alcanzar un objetivo público fundamental que el mercado no puede generar".²³

Para Carmona, las superintendencias se enmarcan "dentro de lo que los economistas denominan la "función reguladora del Estado". Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico".²⁴

Así se justifica la existencia de una superintendencia eléctrica o de servicios sanitarios debido a que se trata de servicios que contemplan precios regulados producto de monopolios naturales. Se entiende que existe un monopolio natural en una industria cuando las ventajas tecnológicas de producción en gran escala impiden la competencia por parte de empresas pequeñas. En este caso, se justificaría la existencia de un ente que fiscalice la labor que realizan las empresas y la calidad del servicio prestado y que participe en la determinación de las tarifas reguladas. Asimismo, se justifica la existencia de un ente regulador o superintendencia cuando existe información asimétrica, o bien, cuando se obliga a los contribuyentes a destinar parte de sus ingresos para su vejez y se debe velar por el buen manejo de estos recursos privados.²⁵

Para Ariño Ortiz, por su parte, analizando los procesos de privatización y liberalización de los mercados de servicios públicos en los '80, estos procesos han sido acompañados de "un nuevo modelo de regulación para la competencia, pues dadas las potenciales tendencias colusivas de muchos de estos sectores la privatización y liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopólico servicio público de titularidad estatal. Por lo tanto, en este contexto de cambios en los que se enmarca el nuevo servicio público hay que señalar la aparición de un nuevo sentido de la regulación económica. Las causas de este cambio son fundamentalmente económicas y tecnológicas: por una parte, desde los años 70 se ponen en evidencia los fallos de la regulación tradicional, basada en una gestión y planificación estatal y retribución en base a costos, y así los resultados de las empresas privadas bajo la regulación tradicional (elevados precios, desincentivos, escasa calidad,

²³ BREYER ET AL. (2002) p. 5.

²⁴ CARMONA (1999) p. 3.

²⁵ LIBERTAD Y DESARROLLO (2003) p. 5.

sobredimensionamiento de las plantillas y falta de espíritu innovador) asimilan dichas empresas a las empresas públicas, con todos sus vicios inherentes. Por otra parte, con los avances tecnológicos, se manifiesta que es posible “re-crear” el mercado en sectores que tenían pretendidamente características de monopolio natural”.²⁶

Con todo, hay tres aspectos o lecciones que deben ser considerados desde la perspectiva regulatoria, y que tienen incidencia actual y futura respecto del rol que pueden y deben jugar las regulaciones económicas y por tanto cómo se insertan las superintendencias en la nueva arquitectura regulatoria.

En primer lugar, el estudio sistemático y riguroso del fenómeno regulatorio es más bien reciente.²⁷ Ello es además relevante desde la perspectiva de la cantidad y calidad de la evidencia empírica (información) con la que cuentan el mercado y los agentes económicos, pero sobre todo la que tiene el regulador. En efecto, es en los ´60 y ´70 que comienza a estudiarse con rigor científico el proceso regulatorio; primero desde la economía, y desde ella hacia el resto de las ciencias sociales y el derecho.²⁸ En el camino se comenzó a entender la importancia del diseño institucional, los incentivos y restricciones que operan tanto respecto de los agentes públicos encargados de generar regulación: Gobierno, parlamentarios, agencias burocráticas; como del sector privado: individuos, electores y grupos de interés. Surgieron asimismo nuevos conceptos y paradigmas: “fallas de Estado”, “captura del Estado”, “búsqueda de rentas”, “lobby”, entre otros, la mayoría impulsados desde el *Public Choice* o Teoría de la Elección Pública,²⁹ para entender la compleja dinámica detrás del fenómeno regulatorio. Algunos iuspublicistas chilenos han tomado noticia de estos desarrollos.³⁰

²⁶ ARIÑO (1999) pp. 552-53.

²⁷ Hacia fines de los años ´50 las ciencias sociales no habían sido capaces de entregar un marco normativo, una metodología coherente, que pudiera explicar de manera apropiada la dinámica regulatoria. Desde la ciencia política tradicional el accionar del Estado se analizaba desde categorías extraídas desde la sociología (grupos, clases, etc.). La economía por su parte, basada en la Teoría del Interés Público, consideraba la acción estatal como socialmente necesaria basada en la existencia de las fallas de mercado (v.g., impuestos pigouvianos). El derecho, por su lado, desconectado de las ciencias sociales, buscaba explicaciones frente al fracaso de las Constituciones y la legalidad formal para garantizar los derechos individuales, gravemente dañados con el surgimiento y extensión de los regímenes totalitarios.

²⁸ Es en este punto donde surge con fuerza la impronta de la Escuela de Chicago con la teoría económica de la legislación. Primero con los trabajos de STIGLER (1971), PELTZMAN (1976) y BECKER (1983). Luego, desde una perspectiva jurídico-institucional (análisis económico del derecho), con el trabajo de LANDES y POSNER (1975).

²⁹ Al respecto ver BUCHANAN y TULLOCK (1962), FARBER (2007), MUELLER (1997) y (2003), y NISKANEN (1971).

³⁰ Autores del mundo del derecho público chileno que han tocado algunos aspectos de esta Escuela o se han referido tangencialmente a esta: BARANDARIÁN (2001), MONTT (2004), FERMANDOIS (2006), SOTO (2007), GARCÍA (2008), ROMERO (2008) y SILVA (2008).

En segundo lugar, ha aumentado la “creatividad” estatal en términos de invocar y crear nuevas causales y justificaciones para intervenir mercados a través de la regulación –algunas de estas convenientes, sin embargo, la mayoría francamente discutibles tanto desde la eficiencia como de una sociedad de libertades–. A las nociones tradicionales ya expuestas, se han sumado algunas que podríamos denominar categorías genéricas, por ejemplo, (i) la eliminación de la competencia excesiva; (ii) cuestiones redistributivas (v.g., sistema de seguridad social o legislación laboral); (iii) provisión de ciertos bienes no provistos por el mercado o aspiraciones democráticas (v.g., programas culturales en la televisión abierta); (iv) palear desventajas sociales en ciertos individuos adscritos a determinados grupos o razas (v.g., legislación antidiscriminación o de discriminación positiva); y (v) regulaciones paternalistas fundadas en la “obligación estatal” de proteger a determinados individuos que actúan sobre la base de comportamientos de “racionalidad limitada”³¹ o para el control de riesgos (v.g., cotizaciones previsionales obligatorias, uso de determinados artefactos de seguridad para manejar vehículos o motocicletas); entre otras.³²

En tercer lugar, y para dar una nota de optimismo, se ha avanzado bastante en la literatura regulatoria –como asimismo desde la perspectiva de las políticas públicas con su metodología de evaluación social de proyectos– en que sólo se justifican regulaciones en la medida en que proveen un beneficio superior al costo que genera la falla de mercado que se pretende corregir. La filosofía, a pesar de simple, es bastante potente: el remedio no puede ser más caro que la enfermedad.³³

Esta verdadera mentalidad pro evaluación costo-beneficio de la regulación, cobra fuerza en el Gobierno de Reagan en Estados Unidos en los ´80 al potenciar la Oficina de Administración y Presupuesto. Sin ir más lejos, el mismo fin persigue en nuestro país la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda.³⁴

³¹ SUNSTEIN (2005)

³² BREYER ET AL. (2002), pp. 10-13.

³³ Y es que frente a una falla de mercado, las soluciones pueden ser variadas: no hacer nada (tal vez sea menos costosa la falla de mercado que cualquier tipo de regulación), normas de responsabilidad extracontractual (subjettiva u objetiva), intervenciones menores (v.g. solicitud de información), regulaciones mayores (v.g., prohibiciones), etc.

³⁴ Cabe hacer presente que la Ley Orgánica del Congreso Nacional, Ley N° 18.918, establece en el inciso segundo del artículo 17 que cada Cámara deberá tener una comisión de hacienda, encargada de informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas. Dicha comisión deberá indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país. Si bien esta norma podría tener gran impacto en el debate parlamentario y en la discusión pública en materia de evaluaciones costo-beneficio de diversas regulaciones (tanto económicas como otras sociales), en la práctica ha pasado más bien a ser una formalidad, y, en algunas ocasiones, las estimaciones de costos son bastante lejanas a la realidad.

Lo anterior también va de la mano con los avances tecnológicos y las respuestas y soluciones que el propio mercado va generando frente a sus “fallas”. El análisis económico del derecho ha avanzado bastante en esta materia. Buenos ejemplos los podemos encontrar en la literatura sobre cómo las empresas invierten en mejorar su marca y reputación, y los costos que acarrearán, consecuentemente, violaciones contractuales o al derecho del consumidor. Asimismo, muchos problemas de asimetrías de información en la compra y venta de determinados bienes (v.g., automóviles), están siendo, aminoradas por el surgimiento masivo de empresas certificadoras o de garantías.³⁵

2.2 Superintendencias, liberalización económica y nuevo Orden Público Económico en la Constitución de 1980

En nuestro país, el modelo de liberalización de sectores económicos consolidado en la década de los '80, cuya dirección y gestión directa estaban a cargo de organismos del Estado,³⁶ fue acompañado de la creación de entidades supervisoras denominadas superintendencias: “Estos organismos son la expresión de un importante cambio orgánico y funcional de la Administración del Estado y del nuevo rol que éste asume como consecuencia del proceso liberalizador de la economía impulsado decididamente mediante la privatización de empresas públicas. De este modo, no sólo se permite el acceso a los privados para desarrollar actividades económicas antes reservadas a la gestión del Estado, sino también se traslada la propiedad de los activos estatales a manos privadas, lo que significa el retraimiento del ente estatal como agente económico, gestor de servicios públicos de importancia crucial para el desarrollo y el bienestar social”.³⁷

³⁵ Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).

³⁶ Ariño Ortiz describe el sentir de parte de la generación de iuspublicistas españoles en los '80 y '90 respecto del proceso de liberalización económica y privatización como reacción a los servicios públicos en manos estatales: “El servicio público es merecedor de un gran elogio, ya que fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy hay que hacerle un digno entierro (...) Hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios, mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: privatización, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social (...) La consecuencia de todo ello es que el viejo concepto de servicio público –monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme– ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a las que dice servir (...) Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica (...)”. ARIÑO (1999) pp. 550-51.

³⁷ CAMACHO (2005) p. 423.

Sin embargo, las nuevas definiciones económicas vinieron acompañadas de un nuevo concepto de Orden Público Económico,³⁸ reflejado en las actas de la CENC en sus sesiones N° 388 y siguientes,³⁹ y que ha sido su vez recogido en diversos fallos del Tribunal Constitucional.⁴⁰

Para Fernandois, nuestra Ley Fundamental no constitucionaliza ni un modelo económico ni políticas económicas determinadas. Además, y dependiendo de lo que se entiende por tal, puede afirmarse que tampoco eleva a rango constitucional un "sistema económico" determinado. Salvo determinados preceptos específicos en materia de disciplina fiscal o política monetaria, "lo que hizo la Carta fue ingresar a materias económicas fundamentales para completar el cuadro valórico básico por el que primeramente opta, fundado en la libertad del hombre y en su primacía por sobre el Estado (...) En otras palabras, la identificación y formulación de los pilares económicos fundamentales en la propia Constitución es una consecuencia forzosa derivada de los principios inspiradores reconocidos por el propio constituyente en el capítulo I, de las Bases de la Institucionalidad. La omisión de toda garantía, principio de actividad para la relación hombre-Estado u opción en materia económica habría significado una severa laguna constitucional, una zona de agnosticismo institucional inaceptable para una concepción integral de la sociedad que se pretende fundar, en la que se postula que los principios y valores esenciales que la fundan, la informan en su totalidad, sin exclusiones".⁴¹

En efecto, el nuevo rol del Estado en materia económica debe contextualizarse con ciertos principios, libertades y derechos reforzados por la Carta Fundamental y que han sido robustecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:⁴²

³⁸ Ver FERNANDOIS (2006) y ARÓSTICA (2001).

³⁹ Al respecto, considérese la observación del Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, quien defiende la idea de incorporar en el Texto Magno las bases filosóficas del nuevo sistema económico: "El señor ORTUZAR (Presidente) estima que no se trata de consagrar una política económica, sino de establecer ciertos principios fundamentales sobre el orden público económico, los cuales, en el fondo, emanan de la filosofía de la nueva institucionalidad, fundamentada esencialmente en la libertad del hombre y en la iniciativa que deriva de su capacidad creadora, que debe ser respetada por el Estado". Actas de la CENC "Sesión 400", celebrada en miércoles 12 de julio de 1978, en materia de Orden Público Económico cuando se discutía la normativa del Banco Central. Página 3.160. Ver FERNANDOIS (2006)

⁴⁰ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha ratificado, en sentencia rol 513-2006, fallada el 2 de enero de 2007, caso "Aprovechamiento de Aguas", que: "Asimismo de la consulta de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se puede apreciar que al consagrar este derecho los comisionados tuvieron en vista, como un elemento vertebral del nuevo orden público económico que la Constitución se proponía instituir, la conveniencia de que los particulares tuvieran preeminencia frente al Estado en cuanto a ser titulares del dominio de los bienes situados en el territorio nacional, lo que es coherente con el rol subsidiario que el nuevo régimen jurídico-político asignó al Estado en materia económica" (considerando 28°).

⁴¹ FERNANDOIS (2006) p. 40.

⁴² Ver FERNANDOIS (2006).

- a) El principio de subsidiariedad del artículo 1° CPR, que sólo permite al Estado actuar supletoriamente al actuar privado, y que forma parte de la nueva sección axiológica, valórica de la actual Carta Máxima;
- b) El derecho a la libre contratación (art. 19 N° 16), que es una novedad en la Constitución de 1980, puesto que su predecesora sólo garantizaba el derecho al trabajo;⁴³
- c) El derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21), cuyo objeto es precisamente otorgar protección al emprendimiento privado y su marco básico, potenciado con el principio de reserva legal;
- d) El reforzamiento del derecho de propiedad y en especial el de propiedad incorporal (sobre contratos), que, aun con las limitaciones de la función social (art. 19 N° 24 inciso segundo), pretendió reforzarse y “acorzarse” por la CENC y su Subcomisión de Propiedad, presidida por don José María Eyzaguirre, quien presentó el informe con las conclusiones de su investigación en la sesión 148^a.⁴⁴

III. Facultades de las superintendencias: un diagnóstico crítico

Es este contexto, esto es, considerando que la regulación económica y la intervención estatal en esta área debiese tener un carácter más bien excepcional frente a mercados libres robustos y dinámicos, y sólo se justifica allí donde existan fallas de mercado, y, también, que la actividad regulatoria estatal debe enmarcarse bajo el nuevo Orden Público Económico, que no es sino la proyección en el área económica de las Bases de la Institucionalidad, consagradas en el Capítulo I de nuestra Carta Fundamental, el que nos permite tener una base desde la cual comenzar a analizar, de manera crítica, como se ha anunciado, las facultades y atribuciones de las superintendencias chilenas.

Y es que junto con lo anterior, nos parece fundamental introducir ciertos criterios o parámetros de evaluación desde el derecho regulatorio para poder confrontarlos con las facultades y el accionar de estos órganos. En efecto, desde la perspectiva regulatoria, un buen diseño institucional regulatorio debe estar estructurado sobre la base de ciertos criterios o principios, que garanticen

⁴³ La Constitución de 1925 lo garantizaba de la siguiente forma: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

⁴⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 148^a, p. 21.

mínimos de legitimidad, aceptabilidad y conveniencia. La literatura especializada ha propuesto entre ellos: mandato legal (principio de reserva legal); procedimientos justos y participativos (debido proceso); *accountability* (control y contrapesos); *expertise* (conocimiento técnico), y eficiencia y eficacia.⁴⁵

Una adecuada aproximación al tema de la legitimidad y conveniencia de un sistema regulatorio debiera asumir que se está ante un escenario de matices más que de opciones radicales. Los cinco criterios de legitimidad esbozados por la literatura, mirados en forma aislada y particular, conllevan dificultades innegables. No se bastan a sí mismos, de lo que se desprende que un sistema regulatorio no puede considerarse conveniente o legítimo sobre la base de un solo parámetro. La problemática de cada uno de los criterios refleja las tensiones o *trade-offs* que hay entre ellos.⁴⁶

Para los abogados ha resultado históricamente atractivo y afín colocar el acento en valores que podrían llamarse democrático-formales, en donde se enfatizan los conceptos de legalidad, control (*accountability*) y participación, en virtud de los cuales se destaca la conveniencia e importancia de los medios más que los resultados de la actividad administrativa o, mejor dicho, del sistema, régimen, proceso o institucionalidad regulatoria. La visión opuesta, aquella que, en términos muy generales y simples, enfatiza más los resultados que los medios, funda el apoyo que merecería un determinado marco regulatorio en lo que podría denominarse "legitimidad sustantiva" en contraste con aquella susceptible de llamarse "legitimidad procedimental". Mientras en un caso se suele justificar el apoyo a un sistema regulatorio en atención a consideraciones como el grado de apego al mandato del legislador, la existencia de procedimientos justos y abiertos, o el nivel de *accountability* o control, bajo una perspectiva distinta, el nivel de apoyo, justificación, y en definitiva, legitimidad, vendrá de la mano con las posibilidades que brinda el sistema para dar cabida al *expertise* o conocimiento técnico, y a la consecución de un régimen eficaz y eficiente en su funcionamiento y resultados.⁴⁷

Así las cosas, el análisis que se expone a continuación busca balancear, por un lado, la necesidad de contar con superintendencias que sean eficaces y eficientes, dado que como se vio anteriormente, en teoría estamos ante una regulación que ha pasado el test de necesidad y conveniencia (estamos frente a una falla de mercado) y es costo-efectiva (es un "buen" remedio y por tanto

⁴⁵ Propuestos por BALDWIN (1996) y recogidos en ROMERO (2005).

⁴⁶ ROMERO (2005) p. 542.

⁴⁷ ROMERO (2005) p. 543.

su exigibilidad es socialmente conveniente); sin embargo, y con tanto o mayor énfasis, por el otro, acotar al máximo la discrecionalidad del regulador.

Este último punto, el de los controles de la discrecionalidad, nos parece fundamental. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, existen cuatro maneras de acotar dicha discrecionalidad: dictar por ley qué debe hacer y cómo debe hacerlo; obligarlo a explicitar por escrito cuáles son los criterios que ocupa para tomar decisiones y los pasos y plazos de los principales procesos regulatorios; obligarlo a rendir cuenta pública de sus actos; y someter sus decisiones a la revisión de terceros independientes.⁴⁸

Muchos de estos criterios regulatorios van de la mano con ciertos principios garantizados por la Constitución de 1980 y reforzados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y es en esta fusión, como anunciáramos en la introducción, donde creemos encontrar una verdadera camisa de fuerza, restricciones institucionales a la actuación discrecional de las superintendencias. Como se verá, debates recientes en la materia han generado reacciones acaloradas tanto en debate académico como en el foro, señal positiva, sobre la cual se ha ido generando un movimiento crítico respecto del accionar de estos órganos. Las propuestas de reforma no se han hecho esperar.

¿Están superando estos reguladores un test de discrecionalidad razonable? El análisis de algunas de las discusiones recientes más relevantes relativas a las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias nos llevará, creemos, al menos a reflexionar acerca de dos cuestiones: ciertas reformas de diseño institucional que parecen fundamentales y la existencia de un conjunto de principios doctrinarios y criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que están elevando los costos del actuar discrecional y presionando para la reforma.

3.1 Facultades normativas, libertad económica y la importancia del principio de reserva legal

En virtud de este tipo de facultad establecida por la ley, las superintendencias pueden dictar normas de general aplicación a sus sujetos controlados, tales como instrucciones o circulares.⁴⁹ Esta es una facultad distinta a la que tienen

⁴⁸ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p.112.

⁴⁹ Así, por ejemplo, el artículo 4° de la Ley 18.092, en materia de Servicios Sanitarios faculta al Superintendente de dicho sector entre otros para: (a) administrar la Superintendencia y dictar las instrucciones necesarias para el cumplimiento de sus fines; o (b) proponer las normas técnicas relativas al diseño, construcción y explotación de servicios sanitarios y a las descargas de residuos líquidos industriales. También se pueden encontrar este tipo de facultades en el artículo 3° del DFL 101 en materia de Superintendencia de Pensiones o en el artículo 4° del DL 3.538 en materia de Valores y Seguros.

para solicitar al Ministerio con el que se relacionan la dictación de ciertas normas que no pueden emitir directamente (por ejemplo, reglamentos). En este sentido, las particularidades de estas radican en que no pueden invadir el ámbito o conjunto de materias que la Constitución ha reservado a la ley, como tampoco contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria. Además, gran parte de estas normas son de tipo técnico y son obligatorias para sus destinatarios, quienes desarrollan su actividad sujeta a ellas. La infracción a las mismas genera fuertes sanciones.⁵⁰

En uno de los pocos, pero más completos, trabajos en este tópico, Camacho, plantea siete problemas que conllevan la atribución y el ejercicio de la potestad normativa de las superintendencias,⁵¹ que, de manera resumida, se pueden expresar en:

1. El tipo de potestad normativa que se atribuye a estos organismos, que al ser otorgada por norma legal debe tener presente los términos en que se ha formulado su atribución: el fin y los límites que estatuye la ley y el principio constitucional de reserva legal;
2. El tipo de "*vestidura*" o la expresión formal que revisten las normas reglamentarias dictadas por estas entidades. Esto es, si son resoluciones, instrucciones o circulares;
3. La ausencia de un procedimiento establecido para el ejercicio de esta potestad y de motivación suficiente que demuestre el ejercicio razonable y razonado de su poder normativo, que garantice que los intereses sociales (no sólo los regulados, sino los afectados: clientes, consumidores) han tenido la oportunidad de ser escuchados y sus opiniones valoradas y tomadas en cuenta;
4. El empleo de instrumentos que no responden al tipo clásico de normas que integran el ordenamiento jurídico, esto es, instrucciones y circulares que dichas entidades aprueban con amplia discrecionalidad; y que constituyen la traducción al máximo de la flexibilización del principio de reserva legal en el ámbito económico;
5. Las instrucciones dirigidas a las empresas reguladas presentan una diversidad de problemas complejos, por ejemplo, presuponen el establecimiento de una relación especial de sujeción entre la empresa del servicio público respectivo y la superintendencia. Ello supone una transformación en el concepto de estos instrumentos, otrora concebidos para el manejo interno de los servicios, por tanto su eficacia se restringía al ámbito propio de la administración;

⁵⁰ CARMONA (1999) p.12.

⁵¹ CAMACHO (2005) pp. 430-432.

6. Las circulares e instrucciones resultan de difícil encuadramiento en la definición de acto administrativo de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo. Consecuencia de lo anterior, al no ser actos administrativos, no podría predicarse su “impugnabilidad” a través de recursos administrativos tal y como lo estatuye el artículo 10 de dicha ley. Lo grave de esta cuestión es que su ejecutividad es evidente de la praxis sostenida por estas entidades, y no resulta fácil para una empresa resistirse al cumplimiento de estas instrucciones o circulares, por cuanto arriesgan la imposición de sanciones administrativas.
7. La escasa publicidad de las instrucciones y circulares, para cuya ejecución basta que se comunique sólo a la empresa o las empresas reguladas según la materia de que se trate, lo que pasa por alto el hecho de que es también de gran interés para los competidores y usuarios de dicha industria.

En el fondo del diagnóstico de Camacho, se observa un conjunto de problemas que afectan seriamente la seguridad jurídica y las debidas garantías que los agentes económicos –en toda la cadena productiva– deben gozar frente a las potestades de estos órganos. Si bien los cuestionamientos aludidos permiten generar una agenda extensa de interrogantes, hay una que a nuestro juicio es central, cual es el amplio margen que existe para la vulneración del principio de reserva legal, que como hemos visto, es uno de los aspectos centrales del nuevo marco económico garantizado por la Carta Fundamental.

En efecto, en este punto, parece relevante detenerse en las dificultades que plantean las facultades normativas de las superintendencias confrontadas con el nuevo Orden Público Económico, en particular con la garantía del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental en relación con el principio de reserva legal. La frase “*normas legales que la regulen*” ha generado –y lo sigue haciendo– gran debate doctrinario y jurisprudencial; y la verdad, no parece del todo resuelto. Con todo, creemos existe un conjunto de excelentes argumentos doctrinales y jurisprudenciales que permiten restringir, acotar, la actuación discrecional de las superintendencias.

Podemos definir el principio de reserva legal como aquel que exige que “determinadas materias sólo pueden ser abordadas (o reguladas) por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía normativa”,⁵² principio que aplicado al caso en comento importa la “asignación exclusiva al legislador de la tarea de regular la actividad económica, y en la extracción consecencial de esa función desde el ámbito de la potestad reglamentaria”.⁵³

⁵² FERNANDOIS (2001) p. 288.

⁵³ FERNANDOIS (2006) p. 115.

En el núcleo de este principio no se encuentra un mero capricho académico o un tecnicismo jurídico formal, sino bases relevantes del Estado de Derecho y de un diseño constitucional serio: separación de poderes, garantías democráticas y contrapesos propios de la discusión parlamentaria, como engranajes complementarios que buscan un fin superior: garantizar los derechos individuales.⁵⁴ Esta preocupación, universal en la literatura del constitucionalismo liberal moderno, la encontramos elegantemente desarrollada en las obras de Locke,⁵⁵ Montesquieu⁵⁶ y El Federalista.⁵⁷

Y es que el principio de reserva legal en materia económica es fundamental para darle plena vigencia al principio desarrollado en el inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, que contempla la libre iniciativa económica. Como sostiene Cea: "Claramente existe ahí una manifestación constitucional de prioridad del sector privado como agente empresarial, configurándose así, en la práctica, la política de mercado".⁵⁸ Para el TC esta garantía: (...) es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida de la nación".⁵⁹

En efecto, la garantía del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental es de la mayor amplitud estableciéndose tres excepciones, esto es, que las actividades

⁵⁴ Y con mayor razón en el ámbito económico. En efecto, HAYEK (1991) p. 92, sostiene que: "El control económico no es meramente el control de un sector de la vida humana que puede ser separado del resto; es el control de los medios para todos nuestros fines. Y quien quiera que tenga el control exclusivo de los medios determinará también qué fines deben perseguirse, qué valores están más altos y cuáles más bajos y, en otras palabras, en qué se debe creer y por qué se debe luchar".

⁵⁵ A decir de este autor: "La legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede pasárselo a otros. (...) Y cuando el pueblo ha dicho "Nos someteremos a las reglas, y seremos gobernados por las leyes que hagan estos hombres, y de esta manera", nadie podrá ya decir que serán otros los hombres que hagan leyes para ellos; y tampoco estará el pueblo obligado por ley alguna, excepto por aquellas que hayan sido dictadas por quienes tienen su autorización para legislar. El poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer las leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes". LOCKE (2002) pp. 149-150.

⁵⁶ Sostiene Montesquieu: "Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se reúnen en la misma persona o entidad no puede haber libertad, porque pueden surgir temores de que el mismo monarca o senado decreten leyes tiránicas con objeto de ejecutarlas de modo tiránico también". MONTESQUIEU citado en EL FEDERALISTA (2001) p. 206.

⁵⁷ En el N° 47, Madison sostiene que "La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de tiranía". Id., pp. 204-205.

⁵⁸ CEA (2004) p. 486.

⁵⁹ STC 146, 1992, considerando 8°.

desarrolladas no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional. Sin embargo, nos vemos enfrentados a la necesidad de definir de manera correcta la frase "normas legales que la regulen" establecida en dicha norma.

En esta materia Cea sostiene que si bien "algunos la consideran como disposición abarcadora de las normas jurídicas más diversas, incluidas las administrativas, v.gr., el reglamento, las resoluciones y las instrucciones (...) en realidad se trata únicamente de normas legales, en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de disposición idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental".⁶⁰ En este esquema, no se excluye la regulación estatal, como generadora de un marco de reglas para el libre desarrollo de una actividad económica lícita; si se quiere calificar el órgano que tiene la potestad para dictarla. Por su parte, para Camacho "a la luz de las disposiciones constitucionales se puede afirmar que sobre la materia económica recae una reserva legal, pero hay que tener presente el nuevo concepto de ley que subyace en el Texto Constitucional, que como ya se ha explicado, no significa que la ley regule exhaustivamente la materia, lo que pone de relieve la importancia que en el ámbito del derecho público económico va a cumplir el reglamento ejecutivo y que en la práctica supone el aumento del campo de la potestad reglamentaria y de todas las demás potestades, en especial las discrecionales, que caracterizan la actuación administrativa. El cometido de la reserva de ley en materia de regulación económica tiene por objeto garantizar que, por lo menos, el contenido esencial de la libertad económica y en ese sentido, el arribo a una formalización de un consenso sobre el contenido mínimo que ésta tiene en los distintos sectores, sea establecida, por una norma de rango legal. Al mismo tiempo la norma legal deberá ser la que a su vez delimite las habilitaciones que tendrá la Administración en el desarrollo de la regulación legal, propiciando el diseño de un conjunto de autoridades competentes que fomenten y garanticen la realización de este derecho fundamental".⁶¹

Si bien la doctrina ha adoptado diversas posiciones en materia de reserva legal,⁶² y también reconocemos una jurisprudencia zigzagueante del Tribunal Constitucional;⁶³ creemos, sin embargo, siguiendo a Fernandois, que es necesario

⁶⁰ CEA (2004) p. 488.

⁶¹ CAMACHO (2005) p. 428.

⁶² Contrastar por ejemplo, CARMONA (2002) con FERNANDOIS (2001).

⁶³ La que ha pasado desde la contundente reserva legal absoluta de Publicidad Caminera I (STC Rol N° 146, de 21 de abril de 1992) y II (STC Rol N° 167, de 6 de abril de 1993) y Ley de Bases del Medio Ambiente (STC Rol N° 185 de 28 de febrero de 1994), hasta el por algunos considerado "infame" considerando 46 de "Catalíticos" (STC Rol N° 325 de 26 de junio de 2001), que parece llevar la tesis de la reserva legal relativa a límites que colindan con la inexistencia de un Estado de Derecho. Con todo, en fallos de 2007, el TC ha dado señales que, sin adherir a una reserva relativa en la materia, dan lugar para avanzar hacia cierta flexibilización (Ver STC Rol N° 718, 759 y 773. Ver FERNANDOIS (2006) p. 178.

establecer un rayado de cancha mínimo en esta materia: "(...) Permítasenos proponer dos planos de limitaciones constitucionales: aquellas que se dirigen al mero ordenamiento del ejercicio de un derecho, al modo en que éste se ejerce sin disminuir ni afectar su libre ejercicio, y aquellas limitaciones que disminuyen cualitativa o cuantitativamente el goce del mismo o, como dice Cea, hacen "que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil". Las primeras limitaciones serían parte legítima de la acción constitucional de regular; las segundas estarían prohibidas en nombre de la regulación, y sólo serían admisibles en los casos y formas que la Constitución autoriza a restringir (v.gr. N° 8 inciso segundo del artículo 19)".⁶⁴

Un último punto a considerar en esta materia, para no alargar en demasía este análisis, dice relación con la garantía establecida en el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En este sentido, del tenor literal de dicha norma, como de las discusiones de la propia CENC (en cuanto han sido utilizadas para respaldar la tesis de la reserva legal absoluta), la idea de que las regulaciones y limitaciones a las garantías constitucionales "no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio", cobra gran vigor.

De la discusión anterior creemos se desprende una restricción fundamental al ejercicio puramente discrecional de las facultades normativas de las superintendencias. En efecto, el principio de reserva legal en materia económica, según lo establecido tanto en la Carta Fundamental, como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la posición de la doctrina en la materia; creemos generan un muro sólido frente a la embestida normativa de las superintendencias.

3.2 Facultad fiscalizadora: balance entre la legitimidad sustantiva y formal

En virtud de esta facultad, las superintendencias quedan habilitadas, en principio, para examinar todo tipo de documentación, requerir informaciones, realizar visitas, citar a declarar a algunas personas y formular ciertas exigencias, en el fondo, hacer exigible o poner en práctica la regulación.⁶⁵⁻⁶⁶

⁶⁴ FERMANDOIS (2006) p. 156.

⁶⁵ Para Carmona estamos ante un control (i) externo a las entidades controladas; (ii) que en algunos casos es de actos y en otros de actividad; (iii) fundamentalmente de legalidad, es decir, busca que los sujetos fiscalizados no infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas o no cumplan las instrucciones y órdenes que les impartan; y (iv) es, según los casos, preventivo, concomitante y represivo.

⁶⁶ CARMONA (1999) p. 15.

Este es el caso, por ejemplo, del artículo 2° de la Ley 18.902 en materia sanitaria, que establece que corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que les sirven de base. El artículo 4° del DL N° 3.538, por su parte, le encarga a la SVS velar porque las personas o instituciones fiscalizadas desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan.

Un área que ha sido particularmente cuestionada dice relación con la fiscalización medioambiental. Si bien en este ámbito recién existe un proyecto de ley de Superintendencia Medioambiental discutiéndose en el Congreso, las potestades con que cuentan actualmente en esta materia CONAMA-COREMA han sido utilizadas a juicio de Lamas y Chávez con un "casuismo exacerbado", generando una jurisprudencia tan diversa que reduciría excesivamente el carácter previsible que debe tener toda tarea fiscalizadora.⁶⁷ Como sostiene Sierra: "Sin duda, aquí hay un problema: el casuismo es pura discrecionalidad y ésta, sabemos, puede ser fértil en arbitrariedad".⁶⁸

En esta materia existen distintos aspectos que nos parece relevante abordar.

Desde la perspectiva del control de legalidad, está también el de las normas que dicta la propia Superintendencia, lo que genera un importante ámbito de discrecionalidad que pudiera convertirse en arbitrariedad. Así, por ejemplo, el Superintendente de Bancos tiene las más amplias facultades para solicitar todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios respecto de cualquier punto que convenga esclarecer.

Este ejemplo nos permite retornar al debate que habíamos dejado anunciado al comienzo de esta sección, y que no es otro que los enfoques de control respecto de la discrecionalidad administrativa: si debemos privilegiar uno de carácter sustantivo o uno formal.

⁶⁷ Dicen al respecto: "La determinación de la multa no está basada en una metodología establecida, sino que, por el contrario, es una decisión que toma la Corema caso a caso en base a los antecedentes que se le presentan. En consecuencia, no existe necesariamente una relación conocida ex ante entre el tipo y/o magnitud de la infracción y la sanción, lo que implica, desde el punto de vista del potencial infractor, la presencia de incertidumbre respecto a los niveles de las multas a ser aplicadas". LAMAS y CHÁVEZ en SIERRA (2008) p. 23.

⁶⁸ Ídem.

La defensa de la razonabilidad del enfoque que se ha denominado de *legitimidad sustancial* de la actuación de las agencias (superintendencias) en el proceso de fiscalización y *enforcement* (eficacia y exigibilidad) de las normas regulatorias, es planteada por el destacado administrativista americano Cass Sunstein.

Para Sunstein los abogados se han focalizado demasiado y por mucho tiempo en el control de la discrecionalidad administrativa, y demasiado poco en los efectos actuales de la conducta administrativa en el bienestar social: “Las discusiones sobre el Estado administrador –y las propuestas por mejorarlo– caen en dos categorías generales. La más familiar es la tradicional aproximación de los abogados, reflejada en la *Administrative Procedure Act* y en mucho del derecho administrativo convencional. Aquí nosotros encontramos un rango de esfuerzos para limitar la discrecionalidad administrativa, mayormente a través de requerimientos procedimentales y la revisión judicial. Bajo esta visión, el problema básico del Estado administrador es el ejercicio de la discreción en la implementación de políticas públicas por burócratas no elegidos; la solución básica es reducir esta autoridad discrecional (...) Esta aproximación ve en la caída de la doctrina de la no delegación (*non delegation doctrine*) el problema básico (...)”.⁶⁹

“La segunda aproximación”, continúa el autor, “está relacionada con el mejoramiento del desempeño regulatorio por vía de la formulación de preguntas concretas acerca de los efectos de la regulación. Desde esta perspectiva, la discreción administrativa es un problema solamente en la medida que tal discreción produzca malos resultados. Y bajo este punto de vista, las doctrinas de derecho administrativo, y las propuestas de reforma para el Estado administrativo, debieran estar fundadas en un entendimiento concreto de qué estrategias harán que la regulación funcione mejor, por ejemplo, salvando o ampliando vidas, reduciendo costos, incrementando el empleo, y mejorando la educación (...) Si, por ejemplo, la discreción administrativa es en algún dominio probable que dé lugar a mejores resultados que la discrecionalidad legislativa –como es ciertamente imaginable en áreas técnicamente complejas, especialmente aquellos que involucran la opción de medios para alcanzar determinados fines– entonces debiera haber al menos una presunción a favor de la discrecionalidad administrativa. Abogados tradicionales podrían estar tentados a rechazar tal discreción en virtud de renombradas abstracciones, que involucran, por ejemplo, el tema de la legitimidad, *Marbury v. Madison*, o pesos y contrapesos. Pero si es probable que una doctrina de derecho administrativo –que involucre, por ejemplo, una deferencia judicial a las interpretaciones administrativas del

⁶⁹ SUNSTEIN citado por ROMERO (2005) p. 541.

derecho— reduzca el costo final y aumente la racionalidad de la regulación, hay un buen argumento para tal doctrina”.⁷⁰

La gran pregunta en esta materia es cómo matizar la mirada expuesta por Sunstein —la importancia de la legitimidad sustantiva de la discrecionalidad administrativa (pensemos en la eficiencia y eficacia de la actividad regulatoria de las superintendencias)— y, sin caer en los excesos de la mera legitimidad formal; pero teniendo siempre en mente el respeto irrestricto a los derechos de los administrados y la certeza jurídica. Las respuestas parecen conducir hacia algunos aspectos del marco institucional del diseño de las superintendencias y de las prácticas regulatorias de estos órganos en Chile que merecen una seria revisión. Con ello, no es necesario elegir una de las opciones entre legitimidad sustancial o legitimidad formal, pues el marco regulatorio debe generar los incentivos para que se respeten ambas y se complementen. Ello, en beneficio directo de los administrados.

En primer lugar, para que la regulación pueda cumplir su función de forma adecuada, es condición indispensable el establecimiento de un tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores sujetos a la regulación. La amplia bibliografía sobre el tema de las agencias reguladoras nos marca las características que han de reunir: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad).⁷¹ Para cumplir lo anterior, es fundamental que sus miembros sean seleccionados sobre la base de su preparación y capacidad, no en atención a sus relaciones con las fuerzas políticas y a la mayor o menor confianza que puedan suscitar en los partidos. Al mismo tiempo, el número de sus miembros debe ser tal que permita la operatividad en las decisiones colegiadas.⁷²

Lo anterior, que parece de toda lógica en el derecho comparado —y con gran fuerza en el modelo de agencias americanas—, no lo es en nuestro país.

⁷⁰ SUNSTEIN citado por ROMERO (2005) p. 542.

⁷¹ En efecto, el objetivo fundamental de estas comisiones es despolitizar y racionalizar el ejercicio de la regulación económica. Como sostiene ARIÑO (1999) pp. 592-593, en el nuevo modelo de regulación para la competencia es aun más importante la separación “regulador-Gobierno”: existen actividades sometidas a tarificación, en coexistencia con actividades competitivas, es necesario un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes, y es necesaria la supervisión del cumplimiento de las reglas del juego y su necesaria adaptación. Así, la labor reguladora puede ser muchas veces impopular, sobre todo en el ejercicio de la potestad tarifaria de las actividades no competitivas. Para ello se debe independizar el regulador de toda posible manipulación del poder político. Este puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar la potestad tarifaria para el logro de otros fines ajenos al sector específico, como sería la utilización de las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado”.

⁷² ARIÑO (1999) p. 593.

Pensando en Chile, Galetovic y Sanhueza sostienen que, en principio, el regulador debiera ser imparcial; pero en la práctica, las decisiones regulatorias suelen tener consecuencias políticas: "Sería ingenuo creer que éstas no se consideran cuando la relación entre el regulador y el Ejecutivo es estrecha y por eso son necesarias salvaguardias adicionales para forzar a que los procesos regulatorios arrojen resultados imparciales y técnicos. La forma más directa de evitar que el Ejecutivo influya al regulador es que la agencia sea independiente, tanto formal como presupuestariamente. La incidencia formal significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La independencia presupuestaria requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del Ejecutivo. No obstante, la independencia no garantiza que la regulación sea competente ni transparente. La selección del regulador debe ser fundamentalmente técnica, no política y la persona seleccionada debe dar garantías de independencia".⁷³

En nuestro país, como sostiene Camacho, la Administración nacional está organizada bajo el postulado que absolutamente todos los organismos administrativos se vinculan con el Presidente de la República, bien por una relación de supervigilancia⁷⁴ o de dependencia, y salvo escasas excepciones, en todos los casos, los directores de los servicios públicos centralizados no son de exclusiva confianza del Jefe de Estado, después de aprobada la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública (Ley 19.882 de 2003). Esta normativa establece un procedimiento para el reclutamiento de las máximas autoridades (primer y segundo nivel) de los servicios públicos que se adscriban a dicho sistema. Esto explica, para Camacho, "que aquí no se haya producido el fenómeno generalizado de creación de administraciones independientes que constituyen un nuevo perfil de autoridad administrativa, cuyo nexo con el Gobierno está

⁷³ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 116. Pensando en la importancia de la autonomía de la agencia regulatoria que es parte de un proceso de tarificación, Sánchez y Sanhueza sostienen que dicha autonomía facilita aislar al regulador de presiones políticas por parte de grupos de interés, en particular, de otros sectores del gobierno que puedan tener interés en la determinación de las tarifas: "En muchos países ha existido una tendencia a hacer política social a través de las tarifas de los servicios de utilidad pública (...) La provisión de agua potable constituye un servicio básico que afecta el presupuesto familiar de todos los grupos sociales y de manera particular de aquellos grupos de menores ingresos. En este sentido, la provisión de servicios de agua potable a precios subsidiados puede transformarse en un instrumento de política distributiva. Es así que en el pasado existió un fuerte interés de los gobiernos por seguir políticas de tarificación del sector sanitario con criterios políticos más que económicos, lo que llevó a importantes distorsiones en la asignación de recursos en el sector". SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 168.

⁷⁴ En el caso de las superintendencias, y como hemos anunciado al comienzo de este trabajo, existe debate respecto de su naturaleza en cuanto órgano centralizado o descentralizado, lo que tiene efectos respecto de la vinculación con el Presidente.

atenuado (e.g., Banco Central o el CNTV), sino que se haya optado por instaurar organizaciones personalizadas (manifestación de la técnica de descentralización funcional), denominadas superintendencias, sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades".⁷⁵

En efecto, si bien la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública incorpora a la mayoría de las superintendencias,⁷⁶ exceptúa tres: Bancos e Instituciones Financieras, Valores y Seguros y Seguridad Social (artículo 36 Ley 19.882). Además, a pesar de que esta reforma es sin duda alguna un gran avance desde la perspectiva de acotar la discrecionalidad del Presidente en las designaciones de altos ejecutivos de la Administración,⁷⁷ sigue siendo crítico el que al final del día éste conserve el poder de nombrar y remover en cualquier momento al jefe de dichos servicios, aprobarles el presupuesto a través de Hacienda y de los propios Ministerios sectoriales en los cuales se inscriben, con lo cual si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones mueven a éste.⁷⁸

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate que ha planteado el actual Superintendente de Valores y Seguros sobre la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –similar a la SEC americana–, la que en principio tendría una autonomía real (tipo Banco Central), integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico; características que, como hemos analizado, no están presentes en las actuales superintendencias chilenas.

Finalmente en este punto un tema clave dice relación con el nombramiento de los superintendentes (eventualmente los miembros del Consejo de la CVS). Como hemos dicho anteriormente, la intervención de la Alta Dirección Pública es un avance, pero extremadamente insuficiente. Una solución posible, pero ya

⁷⁵ Ver CAMACHO (2005) p. 429.

⁷⁶ Ver, por ejemplo, artículo 35 de la Ley 19.995 (Ley de Casinos, publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2005) para el caso de la Superintendencia de Casinos de Juego; o artículo 6° de la Ley 19.937 (publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004), modificatoria del DL 2.763 (1979).

⁷⁷ En el fondo lo que genera el sistema de Alta Dirección Pública en este ámbito es mejorar la calificación de los funcionarios y profesionales afines al Gobierno de turno. La lógica del "cuoteo" sigue presente. Por lo demás, por estos días ha sido reconocido por los medios de comunicación tanto por el Ministro Secretario General de la Presidencia como el de Gobierno, respecto de los altos directivos de la Salud Pública. El impacto real y problemas del Sistema de Alta Dirección Pública pueden verse en VALDÉS (2002).

⁷⁸ CAMACHO (2005) p. 429.

probada y que se aplica con buen éxito en otros ámbitos, es que el Presidente de la República requiera acuerdo del Senado para su nombramiento. Así, como sostiene Buchheister, “la política –siempre presente– estará sobre la mesa y no bajo ella. El Senado actúa crecientemente de manera pública y sometido al escrutinio de la ciudadanía, por lo que no podrá nombrar a cualquiera. Por lo demás, la experiencia mediante este mecanismo ha sido muy positiva; basta mirar el Banco Central. En países como Estados Unidos la designación de todo alto funcionario requiere de la aprobación del Senado”.⁷⁹ En un sentido similar se pronuncian Sánchez y Sanhueza pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios.⁸⁰

En segundo lugar, y estrechamente vinculado al primer punto, es fundamental para acotar los márgenes de discrecionalidad regulatoria, separar definitivamente la regulación de un sector con la ejecución de políticas sectoriales. Ello además tiene gran impacto respecto de las superintendencias que deben liderar el proceso de fijación tarifaria del sector. Un buen ejemplo es la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Un mal ejemplo es la SUBTEL, que depende directamente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Esto confunde los roles de regulación y de ejecución de la política sectorial, lo que además aumenta las posibilidades que el proceso de fijación de tarifas se politice. Esta dualidad de objetivos también hace mucho más difícil evaluar el desempeño del regulador.⁸¹

Para Sánchez y Sanhueza, por su parte, cuando la acción regulatoria se lleva a cabo por medio de un órgano con dependencia del Ejecutivo, como puede ser una comisión al interior de una Secretaría de Estado, “no sólo se facilita la influencia del gobierno en las decisiones, sino que también se dificulta la evaluación de su desempeño en materias regulatorias propiamente tales. Por ejemplo, pudiera existir una comisión ministerial encargada de la fijación de tarifas para el sector regulado, pero al mismo tiempo encargarse del diseño de políticas de desarrollo del sector, lo que eventualmente generaría incentivos a fijar tarifas mayores con el objeto de permitir tasas de reinversión o modernización del sector más allá de lo socialmente conveniente. Por el contrario, la existencia de una agencia regulatoria independiente y autónoma facilita la asignación de responsabilidades específicas y el proceso de control de gestión y medición de su desempeño. Un aspecto adicional que surge cuando el organismo regulador tiene dependencia administrativa del Ejecutivo a través de un Ministerio, por ejemplo, es que su responsabilidad pasa a ser política más

⁷⁹ BUCHHEISTER (2008).

⁸⁰ SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 178.

⁸¹ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 125.

que técnica, por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia".⁸²

En tercer lugar, es indispensable que el nivel técnico del regulador sea similar al de la empresa regulada. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, "la regulación debe estar a cargo de un equipo estable, pequeño pero de muy buen nivel que siga permanentemente a la industria regulada, al que se agreguen consultores externos cuando las circunstancias lo exijan. Los presupuestos exigüos, las escalas salariales rígidas del sector público y el hecho que los cargos máximos en las instituciones regulatorias sean cuoteados políticamente atenta en contra de conformar equipos técnicos capaces de adquirir un conocimiento exhaustivo de la industria regulada".⁸³

En cuarto lugar, uno de los problemas habituales que enfrentan las empresas reguladas –y en general, todos quienes interactúan con el sector público– es que no queda claro cuáles son los criterios que ocupan los reguladores para tomar sus decisiones, los plazos de muchas decisiones administrativas y los requisitos burocrático-administrativos que deben cumplir los regulados. Esta falta de *accountability* facilita la discrecionalidad. Lo que se necesita en este caso es que el regulador esté obligado a poner por escrito cuáles son sus criterios, plazos y exigencias. La Comisión Jadresic propuso un instrumento apropiado para corregir estas deficiencias, el Manual de Procedimientos. En palabras de la Comisión: "Se proponer exigir que cada organismo regulador (...) publique y mantenga actualizado un Manual de Procedimientos que señale las etapas, requisitos, criterios de decisión y plazos de las principales decisiones administrativas que le competen. Dicho manual deberá ser coherente con las normas legales vigentes y en los casos en que la ley no indique procedimientos o plazos específicos le corresponderá al jefe de servicio definirlos. El manual estará permanentemente a disposición del público y podrá accederse a él mediante Internet".⁸⁴

Esta discusión nos conduce directamente a una de las cuestiones más relevantes del debate acerca de la revisión judicial de las agencias en Estados Unidos y el derecho comparado: la importancia del procedimiento, tanto en el proceso normativo como en el fiscalizador.

En este ámbito, como sostiene Ariño Ortiz, se constata una cierta diferencia entre el método de las comisiones reguladoras independientes norteamericanas

⁸² SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 169.

⁸³ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 111.

⁸⁴ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 112-13.

y el procedimiento del órgano regulador (unipersonal) inglés. El primero es un proceso excesivamente formal y sobrecargado, lento y largo; es ciertamente un proceso abierto a la participación pública con audiencias sistemáticas y con grandes facilidades para la intervención en él de los grupos de interés (*lobbying*); es también un procedimiento contradictorio y combativo del que con frecuencia se derivan apelaciones ante los tribunales. Por el contrario en Gran Bretaña el regulador actúa en un procedimiento ligero, no burocrático, no excesivamente abierto (no es público, no hay “*public hearings*”) y las decisiones no están excesivamente motivadas, quizá por ello y por su carácter un tanto esotérico, las apelaciones ante los tribunales frente a sus peticiones han sido hasta ahora escasas.⁸⁵ “En nuestra opinión” prosigue el autor “ni uno ni otro son un modelo a imitar. El procedimiento ante un ente regulador debe ser ante todo transparente, informal, abierto a la información del público, con una decisión final suficientemente motivada. Hoy no queda claro cómo los reguladores valoran la evidencia empírica o los argumentos jurídicos o económicos en los cuales basan sus decisiones. Entendemos que el sistema inglés resulta excesivamente cerrado y pretoriano. Las audiencias públicas, ordenadamente articuladas, con tiempos limitados y transcripción escrita de las mismas, resultan muy útiles como medio de enriquecer la información pública y la información al público. También constituyen un valioso elemento para una eventual revisión judicial a posteriori”.⁸⁶

Así las cosas, parece relevante en materia de fiscalización contar con un diseño institucional que garantice la autonomía –sobre todo del poder político– del regulador; y que en este diseño se potencien la calidad y experticia técnica del regulador, que se manifestará además en la calidad de la fiscalización y racionalidad de sus procedimientos, como asimismo en sus “prácticas regulatorias”, fundamentales para generar previsibilidad y certeza jurídica a los regulados.

3.3 Facultad sancionadora: un nuevo marco para el *ius puniendi*

Carmona, describe *grosso modo* las dos grandes concepciones respecto a los principios generales de las sanciones administrativas:⁸⁷⁻⁸⁸ “Para una posición,

⁸⁵ ARIÑO (1999) p. 599.

⁸⁶ ARIÑO (1999) p. 599.

⁸⁷ Manifestaciones de esta potestad las encontramos, por ejemplo, en materia de valores y seguros en el Artículo 27 del DL 3.538, en cuanto establece que las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de diversas sanciones. En materia de pensiones encontramos el artículo 17 del DFL 101 y respecto del servicio sanitario el artículo 11 de la Ley 18.902.

⁸⁸ Para Carmona, los elementos a partir de los cuales se construye la sanción administrativa son: el que sea aplicada por un órgano de la administración; consiste en la imposición de una medida que

el derecho administrativo sancionador no tiene sentido y debe ser resuelto y abordado desde el derecho penal. Para la otra posición, el problema no consiste en discutir la existencia o la justificación de la potestad administrativa sancionadora, sino el de su juridización, esto es, no se trata ya de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración, sino que conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales". En otras palabras, para el autor, "admitida la potestad sancionadora, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio. Dichos límites no son otros que aquellos que regulan toda la disciplina penal. Es decir, el principio de legalidad (no hay delito sin que haya sido previamente establecido por una ley previa a su realización); la tipificación (debe estar señalado con claridad en qué consiste la infracción); la culpabilidad (la existencia de algún elemento subjetivo que genere imputabilidad); el principio que sólo cabe una pena por infracción. También caben aquí los principios del racional y justo procedimiento, es decir, el derecho a defensa, la existencia de recursos, la imparcialidad del juez, etc.". ⁸⁹

Por otra parte, para Alcalde, en el marco de las discusiones en torno del modelo que en nuestro país debiera presidir la actividad punitiva del Estado, es común encontrarse con posiciones que todavía postulan una franca separación entre el derecho penal y la facultad de sancionar que se otorga a determinados organismos públicos, v.gr., superintendencias: "Desde un punto de vista teórico, quienes así piensan generalmente invocan criterios diferenciadores fundados en la distinta naturaleza que, se dice, tendrían los bienes jurídicos que se quieren amparar a través de uno u otro ordenamiento, lo cual, a su vez, justificaría entender que es igualmente diversa la naturaleza jurídica de la sanción aplicable en cada caso. Junto a ello, suelen esgrimirse razones "prácticas", como la necesidad que afrontaría la administración de adecuar sus prescripciones a una realidad esencialmente dinámica y que, por lo mismo, reclamaría una respuesta estatal oportuna que sólo puede darse en el plano de una menor rigidez en la determinación e imposición de las penas que aquella propia y característica del campo criminal. Todo lo anterior, en procura de otorgar mayor flexibilidad a la Administración al momento de estructurar las sanciones que puede aplicar en los supuestos de infracción a la legislación cuya observancia ha sido llamada a cautelar, cuando no de la reglamentación que la misma ha dictado en ejercicio de sus facultades legales. El resultado de tal concepción –confirmado a la luz de los numerosos ejemplos que nos entrega nuestra reali-

signifique la privación de un derecho preexistente o la imposición de un nuevo deber; debe existir una conducta antijurídica; la sanción debe buscar restablecer el orden previamente quebrantado por la acción del transgresor; y debe enmarcarse dentro de un procedimiento administrativo. CARMONA (1999) p. 18.

⁸⁹ CARMONA (1999) p. 18.

dad jurídica y la experiencia del foro— es evidente: se encomienda al burócrata de turno el ejercicio de un derecho que naturalmente debiera corresponder al legislador o al magistrado —según cuál sea el aspecto de la sanción de que se trate— desconociéndose en muchas ocasiones, si no infringiéndose abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal”.⁹⁰

Alcalde rechaza, “al igual que lo hace el sector dominante de la más autorizada doctrina” aquellas teorías que postulan una radical diferencia de naturaleza jurídica entre las sanciones penales y las administrativas, y cuya consecuencia, en general se traduce “en introducir una cuña entre ambos campos que posibilite desconocer la vigencia de los principios que limitan la aplicación de las primeras cuando se trata de imponer las segundas”.⁹¹

En relación con estas materias, Soto Kloss se expresa en los siguientes términos: “De admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración podría decirse entonces: Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez. Todo lo que no se adecua a este régimen es en Chile inconstitucional, antijurídico, injusto. En una palabra: repudiable; es más, parece repugnar al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada”.⁹²

Incluso bajo la segunda posición descrita por Carmona, el problema, entonces, de la facultad sancionadora de las superintendencias radica en verificar si los límites que han sido analizados están siendo respetados por las leyes que rigen a estos órganos. Para este autor, no se satisface la tipificación si se puede aplicar una multa por el solo hecho de que los sujetos fiscalizados “incurren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la superintendencia”. La misma aprensión surge si una superintendencia puede establecer prohibiciones para realizar ciertas actividades si estima que existe inestabilidad financiera o administración deficiente en la institución financiera fiscalizada. El asunto es más grave aún si la propia ley se encarga de establecer presunciones de inestabilidad o de administración deficiente. En estos casos, también se transgreden principios elementales de un racional y justo procedimiento.⁹³

⁹⁰ ALCALDE (2003) pp. 224-25.

⁹¹ ALCALDE (2003) p.226

⁹² SOTO KLOSS citado por ALCALDE (2003) p. 225.

⁹³ CARMONA (1999) p.19.

El problema de fondo y que probablemente constituye un punto de quiebre entre las posiciones antes descritas, consiste en la posición que defienden quienes, como Carmona, sostienen que “toda sanción que pueda aplicar una superintendencia supone una infracción de ley o de normas reglamentarias o de instrucciones que dicte el propio órgano fiscalizador. El bien jurídico tutelado es la sujeción al derecho que deben tener estos órganos durante todas sus actividades. Por lo mismo, no se puede tipificar más que señalando que “toda infracción a la normativa del sector”. Lo contrario significaría detallar una por una las infracciones”.⁹⁴

Bajo este escenario, hay dos aspectos de este debate que nos parece interesante analizar. En primer lugar, revivir algunos cuestionamientos e interrogantes generados tras las multas de la SVS en el denominado caso “D&S-Falabella”, lo que nos llevará a revisar algunas cuestiones relevantes acerca de la teoría económica de la imposición de sanciones por parte de una agencia regulatoria; y, en segundo lugar, dar buenas noticias respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de debido proceso administrativo de cara al *ius puniendi*.

Pocos podrán olvidar la verdadera “batalla jurídica” que se generó cuando en julio de 2008 la Superintendencia de Valores y Seguros impuso sendas multas contra ocho ejecutivos en el caso D&S-Falabella por uso y revelación de información privilegiada. Existe una serie de aspectos de la actuación de las SVS que pusieron al descubierto diversas falencias de las potestades sancionadoras de la SVS –y sin que entremos a pronunciarnos respecto del fondo de la controversia– y que nos parece fueron explicitadas de excelente manera por Buchheister⁹⁵ y Aróstica.⁹⁶

Buchheister sostuvo en primer lugar que las sanciones impuestas no se basaron en comprobaciones directas, sino en suposiciones que se iban retroalimentando. Si bien no se estaba ante situaciones idénticas, en todas ellas la inculpación obedecía a la misma lógica: como se realizaron adquisiciones con características anormales y en todas ellas había una persona vinculada con los adquirentes, se dio por acreditada la violación por ella del deber de reserva. “Con esto, quedó justificada a su vez que la adquisición de los segundos se hizo con información privilegiada. Entonces se declara a uno culpable, para inculpar al otro y viceversa. Esta forma de construir el ilícito es muy discutible frente a la presunción de inocencia. A quien se le acusa de una infracción debe

⁹⁴ CARMONA (1999) p.19.

⁹⁵ BUCHHEISTER (2008a).

⁹⁶ ARÓSTICA (2008) p. 172.

acreditársele su culpabilidad. Se ha dicho que en este tipo de casos es imposible condenar si no se recurre a presunciones (más bien suposiciones). Entonces, estamos aceptando que se cometan injusticias”, sostiene el autor.

En segundo lugar, el quebrantar el deber de reserva y el uso de información privilegiada son tanto infracciones administrativas como delitos a la vez. La reclamación de aquélla la ven los tribunales civiles y el delito los penales: “¿Y qué pasa si dictan fallos contradictorios? Debiera establecerse que la superintendencia decide si el caso amerita únicamente una sanción administrativa o bien una sanción penal. En este último caso, el asunto se tendría que entregar por entero al Ministerio Público, que perseguiría la aplicación de la pena privativa de libertad y la multa”. Este argumento es también compartido por Aróstica.

En tercer lugar, finaliza Buchheister, una de las cuestiones que se discutió en aquel momento fue la posición de algunos de los sancionados, no obstante declararse inocentes, de no recurrir a la justicia. Sin embargo, “puede que los críticos ignoraran dos aspectos claves de la decisión: para reclamar la ley les obligaba a consignar un 25% de la multa. Además, si se pierde el juicio, ésta debe pagarse reajustada por la variación de la suma y un interés de 1,5% al mes. En la práctica, la ley impide que las personas se defiendan”.⁹⁷

Aróstica, por su parte, se preguntaba: “¿Estaban los sancionados en condiciones de prever que la conducta imputada era definitivamente irregular, o se enteraron de ello al momento de ser notificados? ¿Precedió a las multas alguna norma o interpretación general, difundida ampliamente, que precisara en qué circunstancias tomaría cuerpo una violación a la obligación de reserva? Para Aróstica: “No parece sano que para enviar mensajes al mundo de los negocios se empiecen a crear criterios generales en el curso de una investigación en desarrollo a propósito de un caso particular, para terminar declarándolos recién en el acto de sanción, porque una sorpresa malhiere la lógica y el derecho a defensa de los acusados”.⁹⁸

Es decir, tanto Buchheister como Aróstica hacen presente un conjunto estructural de falencias, tanto conceptuales como prácticas, que constituyen un verdadero exocet al corazón de las potestades sancionadoras de la SVS y su praxis. No era primera vez que en esta materia la SVS estuvo en el “ojo del huracán”. En el denominado “caso Piñera”, meses antes, la institucionalidad de Valores y Seguros se había visto envuelta bajo un manto de cuestionamientos. Nuevamente la falta de autonomía de la SVS respecto del poder político había estado en el eje del debate.

⁹⁷ BUCHHEISTER (2008a).

⁹⁸ ARÓSTICA (2008) p.172.

Sin embargo, aquí el diseño normativo e institucional también importa. El régimen de sanciones que pone a disposición de la SVS el DL 3.538, no es sólo discutible sino de una vaguedad que efectivamente puede dar paso a un uso, en promedio, bastante más discrecional (y por tanto arbitrario), que el de otras superintendencias. Por ejemplo, el régimen de sanciones que establece la Ley 18.410 para la SEC. Estas últimas satisfacen de mucho mejor forma los principios del debido proceso que se espera imperen en este ámbito.

Con todo, es posible entender la racionalidad sobre la cual descansa este tipo de actuaciones y que, en el análisis económico del derecho, es conocida como la teoría económica del *enforcement* (exigibilidad de las normas).⁹⁹ Sobre la base de esta, es posible inferir algunos patrones del “comportamiento fiscalizador” de la SVS u otras agencias regulatorias, en situaciones similares para sancionar los incumplimientos de las empresas reguladas (o sus ejecutivos).¹⁰⁰

En primer lugar, en el modelo clásico de empresa maximizadora de utilidades (regulado), se asume que esta actúa sobre la base de información perfecta acerca de los costos y beneficios de su accionar incorrecto o temerario. Sin embargo, existe evidencia empírica que señala que esto no es así, por tanto, el regulador actuaría paternalísticamente enviando una señal al mercado, ejemplarizadora, para que se internalice dicho balance costo-beneficio.

En segundo lugar, podría ser común la litigación “por la prensa” y la búsqueda de sanciones sociales (informales) con ello. Puede tener mucha más efectividad como estrategia del regulador enviar una señal al mercado (al conjunto de regulados o agentes económicos relevantes), mediante sanciones ejemplarizadoras a uno o más regulados. La potencial publicidad negativa y los costos de imagen que podrían soportar regulados incumplidores, actuarían como disuasivo. De hecho, el solo anuncio de sanciones o el inicio de una investigación puede tener impacto en el valor bursátil del regulado “sospechoso”.

Con todo, esta literatura, también reconoce una serie de falencias que deben ser consideradas en la actuación de las agencias, más allá de las consideraciones sobre debido proceso. En efecto, las agencias regulatorias como las superintendencias en general tienen recursos limitados para cumplir con su cometido fiscalizador. Ello importa fiscalizar cuantitativamente poco (pocos casos), pero con un alto impacto (cualitativo), esto es, que sus actuaciones sean costo-efectivas. Asimismo, existe una serie de problemas que afectan el buen cometido de estas agencias: la cultura organizacional, acción colectiva,

⁹⁹ SHAVELL (2004), y SHAVELL y POLINSKY (2007).

¹⁰⁰ Agradezco a Juan José Romero las ideas en esta parte.

captura por la industria regulada, agendas propias de los directores de la agencia (el superintendente “candidato a”), la persecución del interés particular de la agencia (maximizar presupuesto y poder dentro del aparato estatal) más que del óptimo social (cumplir su cometido), entre otros.

Todo ello lleva a que el marco institucional que sostiene un modelo de “fiscalización” busque ser costo-efectivo, y por tanto, parece fácil construir una argumentación que permita una mayor discrecionalidad a las agencias o el que se busque un equilibrio distinto de recursos en el cumplimiento de tal labor.¹⁰¹

Y el problema radica precisamente en que llevado este modelo de *enforcement* al extremo pierde legitimidad social, como asimismo puede generar otros efectos negativos, entre otras consideraciones (v.g., distorsiones en el sistema completo de penas si acaso consagramos pena de muerte o presidio perpetuo calificado para los pocos hurtos que persigamos). Es en este punto donde adquiere gran relevancia la existencia de tests constitucionales en materia de razonabilidad, proporcionalidad, gravedad del daño, etc.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar, aunque sea de manera breve, el hecho que el Tribunal Constitucional ha generado una jurisprudencia sólida de respeto al debido proceso administrativo en el contexto del *ius puniendi*, particularmente desde 2003, que no puede quedar limitado a la posibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios, sino el debido proceso debe respetarse en el procedimiento administrativo mismo, respetándose a las personas derechos tan básicos como el emplazamiento y el derecho a defensa (en general, las garantías del artículo 19 N° 3 de la Constitución).¹⁰²

¹⁰¹ Respecto de este último punto, por ejemplo, y haciendo una analogía con el sistema penal, se puede disminuir el número absoluto de fiscalizadores (policías) si acaso se aumentan las sanciones (penas), dado que la sanción esperada se mantiene igual. Desde el punto de vista del regulado potencialmente infractor es lo mismo ex ante enfrentar una pena de 100 con una probabilidad de 1%, que una de 10 con una probabilidad de 10% (piénsese en una multa o en una condena privativa de libertad medida en años de condena). Sin ir más lejos, la Reforma Procesal Penal está construida sobre la base de esta lógica. En este contexto debe entenderse el uso del principio de oportunidad y los términos facultativos de que dispone el Ministerio Público para lograr una persecución criminal eficiente. El mejor ejemplo es el uso que se hace, bastante discrecional, del archivo provisional. Nótese, con todo, que es mucho más “barato” en términos de recursos públicos el primer juego de probabilidades (1% de 100) que el segundo (10% de 10). Pero aquí está también el problema.

¹⁰² Por ejemplo, en STC Rol N° 376 Gasto Electoral I (17 de junio de 2003) sostuvo en su considerando 30° que “(el art.19 N°3 CP) impone (...) al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que les formule la autoridad administrativa”. A su vez, en STC Rol N° 478 (21 de abril de 2005) estableció en el considerando 17° que: “(...) los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Consti-

Por ejemplo, el fallo STC Rol N° 389 de 2003 (Unidad de Análisis Financiero), sostuvo frente a un proyecto de ley que otorgaba la facultad de imponer sanciones administrativas que afectan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, que éstas debían aplicarse dentro de un debido proceso que entregue la oportunidad de defenderse de los cargos formulados por la autoridad (considerando 29°) y que no subsana esta necesidad el hecho que el afectado después pueda concurrir a los Tribunales de Justicia (considerando 36°). En efecto, en el considerando 36° sostuvo que *"(El) derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento (Administrativo), a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles"*.

Por lo demás, y siguiendo a Jara, es este el espíritu en que entendemos la Ley 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA), cuyo "núcleo irreductible" debe encontrarse en los derechos subjetivos que consagran los artículos 10, 17 y 34 inciso segundo: derecho al procedimiento debido. Ello es fundamental, porque es la manera de entender el sentido profundo de la Ley 19.880: aumentar los estándares de certeza jurídica (garantía del principio de legalidad) y de no discrecionalidad de la actuación de los órganos administrativos, especialmente garantizando el debido proceso. De ahí se puede entender, por ejemplo, la proscripción de las sanciones de plano.¹⁰³

Con todo, debemos finalizar advirtiendo que, siendo acertado sostener que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra sujeto al principio de legalidad y que, más aún, a él se aplican los principios y reglas que la Constitución ha contemplado, en materia penal, en su artículo 19 N° 3; en STC Rol N° 480 (de 8 de agosto de 2006), aunque manteniendo la jurisprudencia y lo sostenido por la doctrina, el TC, flexibiliza aquel principio, así como también el de tipicidad, admitiendo las leyes penales en blanco propias e impropias.¹⁰⁴ Para Fernández: "Unas y otras,

tución o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales (...) los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional (...)"

¹⁰³ Ver JARA (2008).

¹⁰⁴ Por ejemplo, en el considerando 28° el TC sostuvo: *"Que, tal como fluye de los considerandos anteriores, el hecho que una ley faculte a una Superintendencia a sancionar a las empresas sujetas a su supervisión ante la infracción de ley no constituye un acto constitucionalmente repudiable desde el punto de vista de la legalidad en su dimensión de reserva legal. Es obvio, por la propia definición del principio de reserva legal, que si el deber está establecido en una norma de rango legal, no cabe reproche de constitucionalidad alguno en su virtud. En cuanto al principio de tipicidad, el examen no puede hacerse sino al precepto que describe el deber, lo que ya se ha efectuado en los considerandos contenidos en el apartado IV que antecede. En este sentido, el precepto no resulta inaplicable por inconstitucionalidad y así se declarará"*.

sin embargo, resultan inconstitucionales, pues lesionan la seguridad jurídica, en el primer caso, y el principio de legalidad, precisamente, tratándose de las *impropias*".¹⁰⁵

3.4 Facultad jurisdiccional: la necesidad de contar con tribunales especializados y estándares de revisión judicial sofisticados

Uno de los aspectos más controversiales relativos a las superintendencias dice relación con si acaso estas poseen o no facultades para resolver algún tipo de controversias que surjan en el ámbito de sus competencias, esto es, facultades jurisdiccionales.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

El punto de conflicto radica aquí en que dichas facultades corresponden más bien a órganos que ejercen propiamente jurisdicción, es decir, a los tribunales de justicia. De ahí que algunos fallos de la justicia ordinaria, como sostiene Carmona, hayan señalado que la facultad de fiscalizar y la función de fijar sentido y alcance a las leyes de un sector sólo permiten observar o reparar infracciones objetivas y evidentes de dicha legislación, debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente ante los tribunales de justicia, porque la calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional.¹⁰⁸

No se puede olvidar que existe un fallo del Tribunal Constitucional, STC Rol N° 184 (de 7 de marzo de 1994) que declaró inconstitucional un proyecto de ley que pretendía facultar a la Superintendencia de Administradoras de

¹⁰⁵ Fernández (2007) p. 207. Este autor también destaca la prevención de los Ministros Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, quienes también concurren al fallo, teniendo adicionalmente presente otras motivaciones: "Destaco aquella según la cual el artículo 15 de la Ley N° 18.410 "autoriza al propio organismo fiscalizador sectorial, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, a sancionar eventualmente no sólo las conductas tipificadas en la ley y en los reglamentos dictados por expreso mandato del legislador, sino que incluso aquellas que pudieren establecerse en instrucciones y órdenes emanadas de la propia Superintendencia; todo lo cual no parece conciliable con el principio de legalidad, desde el momento que la autoridad administrativa por sí y ante sí –y sin suficiente respaldo legal– estaría determinando la conducta a sancionar, la que puede llevar aparejadas multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales, y respecto de cuya imposición puede reclamarse a los tribunales de justicia, siempre que se consigne previamente un determinado porcentaje de la misma".

¹⁰⁶ Además, puede confundirse con la potestad sancionadora de dichos órganos, lo que implica revisar ambas cuestiones como un todo.

¹⁰⁷ Ejemplos de esta potestad de las superintendencias los encontraríamos, por ejemplo, en materia de salud en el artículo 6° de la Ley 19.833, que establece que en contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia podrá deducirse recurso de reposición ante esa misma autoridad dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución o instrucción. La Superintendencia deberá pronunciarse sobre el recurso en el plazo de cinco días hábiles, desde que se interponga. El artículo 33, inciso final, del mismo estatuto jurídico establece que corresponderá a la Superintendencia vigilar el adecuado ejercicio de esta facultad y resolver los conflictos que puedan producirse entre los prestadores y las Isapres. En materia de electricidad y combustibles encontramos el artículo 3° de la Ley 18.410, y en la Ley General de Bancos, el artículo 12.

¹⁰⁸ CARMONA (1999) p. 21.

Fondos de Pensiones, para intervenir estas últimas mediante la designación de un administrador delegado, ya que como se sostuvo en las letras e) y f) del considerando 7° ello era adoptar una medida precautoria que es *“inherente, propio y consustancial al ejercicio de potestades jurisdiccionales, exclusivas y excluyentes de los tribunales de justicia, y no de órganos de la Administración del Estado. Como es sabido, se trata de medidas cautelares, propias de quien ejerce función jurisdiccional y jamás de quien ejerce funciones administrativas, como es el caso de las Superintendencias, cualquiera que sea su denominación (...) f) dicho precepto vulnera también lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, inciso cuarto, de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho al juez natural y prohíbe el ser juzgado por “comisiones especiales”, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho”*.

A mayor abundamiento, en días recientes hemos sido testigos de un debate a través de cartas al director en un diario entre el destacado constitucionalista de la Universidad Católica de Chile, Arturo Fernandois, y, el Jefe de Asesores de la Ministra de Medioambiente y destacado profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Luis Cordero; en el contexto del proyecto de ley que crea el Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia del ramo. En este, Fernandois cuestiona fuertemente las potestades jurisdiccionales con que se está dotando a la Superintendencia de Medioambiente: *“En mi minuta de cinco páginas sobre el proyecto formulé cuatro objeciones directas de constitucionalidad, las que se resumen en una: se propone crear una verdadera magistratura ambiental de primera instancia enclavada en la Administración del Estado, lo que no es tolerado por la Constitución”*.¹⁰⁹

Tanto el debate en materia de repensar las potestas sancionadoras de las superintendencias, como el relativo a si poseen o no facultades jurisdiccionales –y de ser así, su naturaleza, ámbito y restricciones– nos está conduciendo inevitablemente a la necesidad de separar, como primer paso, al interior de las superintendencias, el rol de investigación de infracciones del sancionador de las mismas; y, eventualmente, revisar su rol jurisdiccional. Buchheister propone derechamente la creación de tribunales especializados para los distintos sectores regulados.¹¹⁰

¹⁰⁹ FERNANDOIS (2008).

¹¹⁰ BUCHHEISTER (2008b). En efecto, sostiene el autor: *“El otro aspecto importante es la separación interna del área reguladora de la investigación de infracciones. Más significativo aún será que las sanciones no las seguirá aplicando el mismo órgano regulador, sino que éste deberá presentar el caso ante una “audiencia”, organismo dotado de cierta autonomía y que decidirá si procede una sanción. De éstas se podrá recurrir ante la Corte de Apelaciones. Actualmente, la impugnación judicial de las sanciones impuestas por la SVS se hace ante un juzgado de letras, lo que supone una revisión completa por un tribunal. En las demás superintendencias se recurre ante la Corte de Apelaciones, lo que implica*

Un último punto que nos parece relevante en la materia dice relación con la necesidad de contar con estándares sofisticados de revisión judicial del accionar de las superintendencias, sea bajo el esquema actual o, pensando en el futuro, con la existencia de tribunales especializados. Para ello, analizaremos brevemente cómo se ha desarrollado este debate en Estados Unidos, en el control de las *agencies*.

La práctica constitucional americana, manifestada en la llamada *non delegation doctrine*, exige que las leyes delegatorias contengan un “principio inteligible” en virtud del cual las agencias puedan guiar su acción regulatoria. Esta doctrina descansa fuertemente en las concepciones de separación de funciones en el derecho constitucional moderno, sin embargo, actualmente se discute si sigue “viva” o no.¹¹¹

Para García de Enterría, uno de los conceptos básicos del Derecho Administrativo americano es el concepto de delegación, con el que se explica la atribución de los órganos administrativos de tales funciones legislativas y judiciales. En estas circunstancias, y dentro de este marco general de encuadramiento, “no sorprenderá el surgimiento de la doctrina de la [deferencia] de los tribunales a la Administración. Desde el siglo XIX y con un robustecimiento espectacular en el tribunal reaganiano de 1985, con la Sentencia Chevron, se ha formulado una doctrina según la cual los tribunales deben otorgar una especial [deferencia] a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control (...) en cuanto

una revisión somera que se basa en lo actuado ante la SVS. La garantía del debido proceso exige que el sancionado tenga un juicio cabal, que se lleve a cabo frente un juez independiente. Por lo mismo, sólo la hipótesis del juez de letras satisface ese principio básico. Sin embargo, es menester reconocer que no es el tribunal apropiado para el tipo de materias debatidas. Entonces, siendo una iniciativa bien encaminada, la audiencia –en cuanto órgano administrativo– no es la solución pertinente. Si ya se da el paso fundamental de hacer un ente separado y especializado, ¿por qué no avanzar propiamente a un tribunal especializado e independiente que conozca de estas causas? Y no sólo de ellas, sino también las que correspondan a las demás superintendencias.

¹¹¹ Para HEINZERLING y TUSHNET (2006) lo cierto es que desde 1935 la Corte Suprema no ha invalidado ninguna ley en virtud de esta doctrina. Este contexto facilita la delegación a las agencias e incentiva la presión de los grupos de interés sobre la burocracia. Para ARANSON ET AL (1982) p. 137: “(...) aun cuando el desarrollo de la doctrina se mantuvo disperso hasta este siglo en gran número de casos decididos entre 1892 y 1934, proveyeron validez judicial para incrementar expansivamente la concesiones del Congreso de la autoridad legislativa. Las Cortes mantuvieron la doctrina viva solo en sentencia, hasta que la Corte Suprema la revivió en tres casos para invalidar delegaciones del “*new deal*”. Estos pocos casos, sin embargo, permanecen como los únicos en que la Corte empleó la doctrina de la no-delegación para dejar sin efecto las concesiones de autoridad legislativa, ya que pronto retornó a aceptar amplias delegaciones. Tal es así que los comentaristas se refieren a la doctrina como muerta, aunque la Corte se niega a enterrarla (...)”. Sin embargo, para estos autores: “(...) Una revigorización de la doctrina de la no-delegación absoluta podría resucitar el principio que todo el quehacer legislativo debe residir en el Legislativo. Tal y como propuesta, la doctrina invalidaría todas las acciones de las agencias concernientes a políticas públicas cuando la agencia ha actuado sin un estatuto autorizador explícito (...)”. ARANSON ET AL. (1982) p. 176.

a la apreciación de los hechos, la tradición americana es que la *judicial review* sobre la Administración se configure con *appeal*, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (...) este criterio está robustecido de hecho por circunstancias de que las leyes reguladoras de cada materia (...) atribuyen normalmente la *judicial review* inicial a las *Courts of Appeal* federales, que no hacen más que repetir en esta *review* sus hábitos enjuiciadores ordinarios como jueces de apelación, partiendo, pues, de la apreciación de hechos realizada por la Administración. Aunque hoy ese dogma tradicional no se mantiene tan rígidamente, sigue preponderando”.¹¹²

En este contexto, la revisión judicial en Estados Unidos de las actuaciones de la agencia se centra en aspectos orientados al control del procedimiento seguido por la agencia, y no en un control de mérito: (a) control del procedimiento, donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; (b) control del expediente, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y, (c) aplicación de la doctrina del *hard-look* (mirada dura), que implica que el juez analice el proceso analítico de la agencia conducente a la decisión final, esto es, por qué tomó una decisión y descartó otras.

Como recuerda Comella, en el pasado, el estándar de revisión aplicado tradicionalmente a los reglamentos había sido el *arbitrary and capricious*: “Este criterio se traducía en un primer periodo en una mínima indagación en la racionalidad de la norma, esto es, su capacidad general para acomodarse al mandato legislativo. Con el tiempo, esta doctrina general de interdicción de la arbitrariedad se desdobló en un criterio de racionalidad y otro de razonabilidad. Este último supone una indagación más profunda en el concreto proceso decisorio, al objeto de averiguar si la resolución final fue emitida a la luz de una completa información sobre el problema a resolver y si las técnicas adoptadas permiten un cumplimiento de los fines propuestos que guarde una relación de proporcionalidad en relación a los objetivos de la ley. En todo caso, se trata de un juicio negativo; el tribunal nunca se pronuncia sobre cuál hubiera sido la solución óptima, sino únicamente sobre si la adoptada puede incluirse dentro del elenco de las posibles. Ello acota el campo de discrecionalidad administrativa, excluyendo de la competencia judicial el juicio de oportunidad. En la idea del *hard-look* lo que interesa es el procedimiento como mecanismo suficiente para examinar la diligencia del órgano en procura de una decisión bien informada”.¹¹³

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p.183.

¹¹³ COMELLA (1997) pp. 53-54.

En este sentido, exigir a la agencia que desvele la gama de alternativas consideradas y las razones técnicas o jurídicas para el rechazo o adopción de cada una de ellas, el tipo de datos obtenidos o las extrapolaciones realizadas y su justificación, suponen en realidad un examen sobre la conveniencia o la proporcionalidad de los aspectos sustantivos del reglamento.¹¹⁴

Así, el juez americano no construye su propio expediente (v.g., analizando e incorporando nuevos documentos), sino que analiza y vuelve sobre el proceso efectuado por la agencia. Hay, por tanto, bastante deferencia respecto de la interpretación de la agencia, porque se acepta su mayor experticia en el ámbito regulatorio.

Esta deferencia es fruto de la doctrina *Chevron*, que obliga al juez a seguir el *test de dos pasos* (*two-step inquiry*). El primer paso le obliga a examinar la ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la Administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar preferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable.¹¹⁵

Con todo, la doctrina *Chevron*, defendida férreamente por el constitucionalismo conservador americano (siendo el ícono el destacado constitucionalista y Ministro de la Corte Suprema Anthonin Scalia), ha sido duramente criticada. Por ejemplo, Cass Sunstein sostiene que "aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de *Chevron* rompe este principio al permitir a las agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente".¹¹⁶

Nótese que este debate se da en un contexto de relativa independencia política y económica de las agencias regulatorias, y en un contexto de transparencia y rendición de cuentas (*accountability*) extraordinariamente superior al que tenemos en Chile.¹¹⁷

¹¹⁴ COMELLA (1997) p. 56.

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

¹¹⁶ SUNSTEIN en GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 194.

¹¹⁷ Para ARIÑO ORTIZ (1999) p. 597, no es posible desconocer la dificultad de separar política y regu-

IV. Conclusiones

El presente documento ha tenido por objeto poner sobre la mesa algunos de los debates que se han generado en torno a las superintendencias, frente al verdadero proceso de inflación de las mismas en el panorama regulatorio de nuestro país. En este sentido, hemos tratado de realizar un diagnóstico, una suerte de radiografía, de carácter exploratorio, a las facultades y praxis de las superintendencias. Por las razones que hemos esgrimido a lo largo de este documento, nuestro diagnóstico es más bien negativo en esta materia.

Hemos sostenido que desde una mirada económica, el rol de las superintendencias y la regulación económica responden a la necesidad de generar mejores y más competitivos mercados, por lo que la intervención reguladora debe ser excepcional. Lo anterior, creemos es un enfoque recogido en el nuevo Orden Público Económico que consagra nuestra Constitución, concepto que hemos sostenido, siguiendo a Fermeo, que refleja la consagración en la actividad económica de los principios estipulados en el Capítulo I de la Constitución de 1980, sobre Bases de la Institucionalidad.

Asimismo, se analizaron un conjunto de criterios legitimadores, reconocidos en la literatura regulatoria que permiten calificar de buena una determinada regulación y su diseño institucional marco; criterios que confrontamos tanto explícita, como implícitamente, en la evaluación de las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias. Creemos que la fusión de estos criterios regulatorios, con los viejos principios constitucionales de siempre (v.g., principio de reserva legal, debido proceso administrativo, etc.), los cuales vemos gozan de gran robustez al amparo de la Constitución de 1980 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permiten argumentar que pese a la gran cantidad de facultades discrecionales que poseen estos órganos, vemos en esta fusión una verdadera camisa de fuerza, restricciones institucionales potentes, a la actuación discrecional de las superintendencias. Ello se ha visto reflejado en debates y controversias recientes que operan como catalizadores de un proceso de reforma en esta área que aparece como fundamental.

Entre estas reformas, y en materia de facultades normativas de estos órganos, creemos que el principio de reserva legal en materia económica sigue siendo

lación, por las innegables connotaciones políticas de muchas decisiones del regulador: "De ahí que, tras algunos años de experiencia, se haya propuesto en Inglaterra, tanto por las empresas como por los laboristas (curiosa coincidencia), el reforzamiento, de la responsabilidad de los reguladores ante el Parlamento, manteniendo su independencia política. Asimismo, se postula la creación de una organización común de reguladores, para elevar la formación de su personal y para intercambiar experiencias entre distintos sectores".

un escudo poderoso ante las embestidas normativas de las superintendencias. En materia de facultades fiscalizadoras parece fundamental replantear el marco institucional, sobre todo en materia de consagrar agencias regulatorias independientes como en el derecho comparado. Las propuestas de transformar la SVS en una Comisión de Valores y Seguros va en la dirección correcta. En esta área vimos que es además relevante separar completamente las funciones de fijación de política con la actividad fiscalizadora, revisar los procedimientos y generar prácticas que permitan mayor previsibilidad de la actuación del regulador, en aras de mejorar la certeza jurídica.

Sostuvimos también que, en materia sancionadora, los acontecimientos recientes en materia de información privilegiada dieron pie para mirar críticamente la arbitrariedad y los problemas de defensa efectiva que tienen los sancionados, lo que nos lleva a mirar la necesidad de separar la investigación de las infracciones de la labor sancionadora. Pudimos observar en este campo que pueden coexistir esquemas de sanciones tan amplios y ambiguos como el de la SVS, con uno mucho más explícito y cercano a las garantías del debido proceso como el de la SEC. Revisada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derecho administrativo sancionador en el marco del *ius puniendi* estatal, constatamos que se ha forjado una jurisprudencia que busca respetar las garantías del artículo 19 numeral 3 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que los criterios del TC han comenzado a admitir cierta deferencia hacia la potestad sancionadora de las superintendencias.

Finalmente, respecto de las facultades jurisdiccionales, es probablemente la más discutible, y que potencia las facultades sancionadoras, y en esta materia parece fundamental estudiar la posibilidad de establecer tribunales especializados. Asimismo, es necesario elaborar parámetros o tests de revisión judicial sofisticados, para lo cual se examinó la experiencia americana, la que sólo puede entenderse desde un marco institucional que garantice una mayor autonomía de las agencias respecto del poder político, cuestión que, como hemos visto, no es el caso chileno.

Bibliografía

Publicaciones académicas

- ALCALDE, Enrique (2003): *Los principios generales del derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 248 pp.
- ARIÑO, Gaspar (1999): *Principios de Derecho público económico* (Granada. Editorial Comares) 601 pp.
- ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás) 164 pp.
- ARÓSTICA, Iván (2008): "Chile, always surprising: ¿sanciones sobre la marcha?", *Ius Publicum* (N° 21) pp. 170-173.
- BALDWIN, Robert (1996): *Rules and Government* (Oxford, Clarendon Press) 360 pp.
- BARANDARIÁN, Edgardo (2001): "La regulación de los derechos fundamentales", *Revista Chilena de Derecho*, (vol.2) (N° 28) pp. 363-394.
- BREYER, Stephen G. et al. (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems text and cases* 5ª edición (Nueva York, Aspen) 1.224 pp.
- BECKER, Gary (1983): "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", *Quarterly Journal of Economics* (N° 98) pp. 371-400.
- BREYER, Stephen G. (1982): *Regulation and its Reform* (Cambridge, Harvard University Press) 486 pp.
- BUCHANAN, James M., y TULLOCK, Gordon (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press) 247 pp.
- CAMACHO, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las superintendencias", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 423-432.
- CARMONA, Carlos (2005): *Unidad VI. El principio de control* (vol. 2) (apuntes de clases) 60 pp.
- CARMONA, Carlos (2002): "Un nuevo estado de la relación ley-reglamento: El ámbito del reglamento" *Revista de derecho Público* Vol. 63: N° 2: pp.154-190.
- CARMONA, Carlos (1999): *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho* (apuntes de clases) 45 pp.
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos Deberes y Derechos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 679 pp.
- FARBER, Daniel A. (Ed.) (2007): *Public Choice and Public Law* (Massachusetts, E. Elgar) 408 pp.
- FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* 2ª edición (Santiago, Universidad Católica) 333 pp.

FERNANDOIS, Arturo (2001): "La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 18) (N° 2) pp. 287-298.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006): "Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional", en Arturo Fernandois. (ed.) *Sentencias Destacadas*, pp. 177-210.

GALETOVIC, Alexander, y SANHUEZA, Ricardo (2002): *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* [04 de diciembre 2008] Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf.

GARCÍA, José Francisco (2008): "Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado" *Revista Chilena de Derecho* Vol. 1: N° 35: pp. 107-134.

HEINZERLING, Lisa, y TUSHNET, Mark (2006): *The Regulatory and Administrative State, Materials, Cases, Comments* (Oxford, University Press) 356 pp.

JARA, Jaime (2008): "Acto y Procedimiento Administrativo. Ley 19.880". Apuntes del curso "Nuevo Procedimiento Administrativo", Magíster en Derecho Público Universidad Católica de Chile (apuntes de clases) 159 pp.

LANDES, William M., y POSNER, Richard A. (1975) "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective", *Journal of Law and Economics*, N° 18: pp. 875-914.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2003): "Las Nuevas "Super" Intendencias", *Temas Públicos* N° 637: pp. 5-9.

LOCKE, John (2002): *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza) 232 pp.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John (2001): *El federalista* 2ª edición en español (México D.F, Fondo de Cultura económica) 378 pp.

MONTT, Santiago (2004): "Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891", *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N° 13) pp. 65-98.

MORAND, Luis (2000): *Apuntes sobre la fiscalización bancaria en Chile* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf.

MUELLER, Dennis (1997): *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge, Cambridge University Press) 389 pp.

MUELLER, Dennis (2003): *Public Choice III* (Cambridge, Cambridge University Press) 681 pp.

NISKANEN, William A. (1971): *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago, Aldine, Atherton) 356 pp.

OGUS, Anthony (2008): *Economics and the design o regulatory law* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.iea.org.uk/files/upld-book438pdf?.pdf.

OGUS, Anthony (1994): *Regulation Legal Form and Economic Theory* (Oxford, Clarendon Press) 160 pp.

PELZTMAN, Sam (1976): "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics* N° 16: pp. 211-240.

POSNER, Richard (2000): *El Análisis Económico del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica) 682 pp.

Reforma del Estado, Dirección pública y compras públicas (2002) (vol. 2) 607 pp.

ROMERO, Juan José (2008): "Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad en los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?", en Arturo Fermandois (ed.), *Sentencias Destacadas 2007* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp.19-60.

ROMERO, Juan José (2005): "¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de legitimidad", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 539-554.

SÁNCHEZ, José Miguel, y SANHUEZA, Ricardo (2000): *Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno*, [04 de diciembre de 2008] Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_1511_833/rev77_sanchez_sanhu.pdf.

SHAVELL, Steven, y A. POLINSKY, Mitchell (eds.) (2007): *Handbook of Law and Economics*, (vol.1) (New York, North-Holland) 826 pp.

SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press) 738 pp.

SIERRA, Lucas I. (2008): *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades* [04 de diciembre 2008] Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4238.html.

SILVA, Ernesto (2008): "Introducción a la Economía Política Constitucional", *Actualidad Jurídica* N° 18: pp. 189-204.

SOTO, Sebastián (2007): "Las Comisiones Mixtas en las Reformas Constitucionales: Efectos de la Reforma al Artículo 127 de la Constitución" XXXVII.

STIGLER, George, (1971): "The Theory of Economic Regulation," *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2: N° 1: pp. 1-21.

Jornadas de Derecho Público, (Universidad Católica de Valparaíso (no publicado)).

SUNSTEIN, Cass R. (2005): *Boundedly Rational Borrowing: A Consumer's Guide* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=772186>.

Otros documentos

BUCHHEISTER, Axel (2008a): *Sanciones por uso de información privilegiada* [04 de diciembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.cl/blog/abuchheister/entry/sanciones_por_uso_de_informaci%C3%B3n.

BUCHHEISTER, Axel (2008b): *Nueva comisión de Valores y Seguros* [04 de diciembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.com/blog/abuchheister/entry/nueva_comisi%C3%B3n_de_valores_y_seguros.

FERMANDOIS, Arturo (2008): *Ministerio del Medioambiente* [20 de noviembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.com/blog/3cartas/entry/20_de_noviembre_de_2008.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (2008): *Reseña histórica de SBIF* [24 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/ConozcaSBIF?indice=7.5.1.1&idContenido=525>.

SUPERINTENDENCIA DE CASINOS Y JUEGOS (2008): *Acerca de la SCJ* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.scj.cl/superintendencia/que_esla_scj.html.

SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2008): *Misión y autoridades SEC* [23 de noviembre 2008]. Disponible en: http://www.sec.cl/portal/page?_pageid=33,2557373&_dad=portal&_schema=PORTAL.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2008): *La Institución* [23 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.safp.cl/573/article-2651.html>.

SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS (2008): *Un servicio con historia* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.squiebras.cl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=62&Itemid=106.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2008): *Historia* [24 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.supersalud.cl/568/article-563.html>.

SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2008): *Quiénes somos* [24 de noviembre 2008] Disponible en: [http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/pagDefault.asp?boton=Doc206&argInstanciald=206&argCarpetald=301&argTreeNodoActual=301&argTreeNodoSel=301&argTreeNodosAbiertos=\(301\)&argRegistroid=750](http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/pagDefault.asp?boton=Doc206&argInstanciald=206&argCarpetald=301&argTreeNodoActual=301&argTreeNodoSel=301&argTreeNodosAbiertos=(301)&argRegistroid=750).

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2008): *Historia de la SISS* [23 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.siss.cl/propertyvalue-2105.html>.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2008): *Reseña histórica* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.svs.cl/sitio/acerca/quees_resena.php.

VALDÉS, Domingo (2006): *Libre competencia y monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 722 pp.

Inconstitucionalidad por omisión del legislador¹

Sergio Verdugo Ramírez

PROFESOR FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El autor aborda el problema de la inconstitucionalidad por omisión del legislador examinando las posibilidades de solución con la normativa constitucional actual, haciendo referencias al derecho comparado y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ante la poca esperanza de una reforma constitucional, propone utilizar el mecanismo de integración del vacío o laguna legal por parte de la justicia ordinaria como una respuesta para casos particulares.

I. Introducción

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo que la subordinación de las potestades normativas a ella es indispensable. El principio de supremacía constitucional requiere para su aplicación de la existencia de distintos sistemas de control normativo que aseguren su respeto, sancionando o impidiendo la proliferación de normas inconstitucionales. El problema se suscita porque la inconstitucionalidad no sólo puede tener lugar por una acción normativa, sino que también por una abstención de la potestad encargada de desarrollar y complementar los preceptos constitucionales. En este sentido, si un precepto de la Constitución encarga al legislador la confección de preceptos que ejecuten y pongan en movimiento el contenido de la Carta Fundamental, y este no actúa, entonces nos encontramos en presencia de una inconstitucionalidad por omisión, siempre y cuando consideremos que el legislador tiene el deber constitucional de legislar.

Es diferente del mero señalamiento de las materias de ley del Art. 63, de la Carta Fundamental, que constituyen facultades que el legislador puede o no ejercer,

¹ Agradezco a la Ministra del Tribunal Constitucional (TC) profesora Marisol Peña, por su valiosa orientación en la confección de este trabajo. Asimismo, agradezco los comentarios de los profesores José Manuel Díaz de Valdés, José Francisco García y Camila Boettinger.

de acuerdo con su autonomía. La omisión sólo puede originarse si existe un deber, y este deber es posible de apreciar en la Constitución. Existen, a mi juicio, deberes de legislar en la Carta, cuando hay mandatos constitucionales específicos y vinculantes para que el legislador actúe.² Así, puede darse la posibilidad de que exista un imperativo constitucional de hacer que ha quedado sin ejecución por la abstención del legislador.³ Este mandato de legislar puede darse, a mi modo de ver, en dos circunstancias: por una parte, cuando la Constitución lo ordena directamente, como por ejemplo, al determinar la creación de una ley orgánica constitucional o encargar al legislador común que regule un aspecto específico. Este deber puede deducirse de varias normas constitucionales. Una de las más importantes es, a mi modo de ver, la del Art. 63, N° 2, que dispone que sólo son materias de ley “Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, precepto que debe relacionarse con todas las disposiciones que contienen mandatos específicos de legislar. Por otra parte, también habrá un deber cuando el legislador decide autónoma y espontáneamente legislar en ciertas materias que contienen imperativos regulatorios. La decisión de legislar es del legislador, pero dando cumplimiento a ciertos contenidos que la Carta Fundamental ordena promover. En esta materia, deben recordarse las normas constitucionales que ordenan a los órganos del Estado respetar y promover los derechos de las personas (como ocurre con los Arts. 1º, 5º y 19), especialmente en materia de derechos de contenido social, prestacionales, o de segunda generación. Lo anterior trae consecuencias importantes, por cuanto el legislador es un órgano del Estado que debe someter su acción a la Constitución.

Si el legislador incumple su deber de legislar en los casos en que es posible apreciar la existencia de este deber, entonces hay una omisión. La omisión puede ser total, cuando el legislador no legisla en lo absoluto, como ocurre con la inactividad del legislador en relación a no dictar la norma complementaria del Art. 121 de la Constitución. Dicha disposición faculta a las municipalidades para crear o suprimir empleos, fijar remuneraciones y “establecer los órganos o

² En palabras del profesor Silva Bascuñán, “Hay en tales situaciones no sólo autorización, sino mandato específico destinado a completar la preceptiva constitucional (...)”. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), t. VII, p. 25.

³ Por supuesto, no es sólo el legislador el que puede infringir la Constitución, sino cualquier potestad remitida o incluso los particulares si la Constitución los requiere imperativamente, como ocurre con la obligación de los colegios profesionales de ejercer la tuición ética sobre sus miembros (Art. 19, N° 16, de la Carta Fundamental), o de los tribunales de justicia de ejercer su jurisdicción (Art. 76). No obstante, este trabajo sólo tratará el incumplimiento del legislador. Por el mandato del Art. 1º, y del Art. 5º, inc. 2º, de la Constitución, el Estado tiene el deber de respetar y promover los derechos fundamentales (entre otros muchos deberes), inspirado en el principio de la primacía de la persona. Este mandato va mucho más allá del legislador, ya que está dirigido al Estado en su conjunto (todos sus órganos y funciones). No obstante, si se armoniza con el principio de reserva legal en la regulación de los mismos, es posible advertir que si el legislador deja de promover derechos, estaría incurriendo en una omisión inconstitucional. Esta materia, que para el autor despierta mucho interés, no será tratada en particular en este trabajo.

unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita". Dicha facultad se encuentra subordinada a la dictación de la ley que corresponde a la función legislativa, por mandato expreso de la disposición décima transitoria, la que utiliza la voz "cuando se regulen en la ley".⁴ Si dicha ley no ha sido dictada, entonces resulta evidente que un mandato constitucional queda sin aplicación.⁵⁻⁶ Este tipo de omisión, como puede apreciarse, puede generar la existencia de una norma constitucional programática incumplida.⁷⁻⁸

Por otra parte, la omisión del legislador también puede ser parcial, esto es, el caso en que el legislador actúa de manera incompleta, sin satisfacer los imperativos constitucionales, como ocurre cuando dicta las normas procesales sin respetar todas las garantías del debido proceso.

⁴ A mayor abundamiento, la Ley N° 20.198, que modifica las normas sobre remuneración de los funcionarios municipales, reconoce expresamente la existencia de la norma constitucional incumplida, al disponer que la norma modificada sólo tendrá aplicación "hasta la entrada en vigencia de la regulación del artículo 121 de la Constitución Política de la República".

⁵ No obstante, debe hacerse presente que el proyecto de ley que pone en movimiento la norma constitucional se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional. Véase el Boletín N° 3768-06, iniciado en mensaje del Presidente de la República con fecha 15 de diciembre de 2004. De especial importancia resultan las indicaciones sustitutivas presentadas por el Ejecutivo el 27 de mayo de 2008.

⁶ Otro ejemplo es el del procedimiento del recurso de protección de las garantías constitucionales que complementa el Art. 20, de la Carta Fundamental. Dicho procedimiento no existe en una ley, sino en un auto acordado de la Exma. Corte Suprema de dudosa constitucionalidad. Se trata de una materia de reserva legal en virtud del Art. 7° y el Art. 19, N° 3, de la Constitución, y el legislador ha omitido pronunciarse respecto a ello. No obstante, se reconoce la inercia inconstitucional por cuanto existe un proyecto de ley que persigue salvar dicha situación. En la moción que origina dicho proyecto se dispone que este "pretende llenar un vacío jurídico de la mayor relevancia, permitiendo con su aprobación la existencia de un ordenamiento jurídico en materia de protección de los derechos fundamentales (...)". Moción del proyecto de ley citado, véase en <http://sil.senado.cl/docsil/proy3097.doc>

⁷ La que se traduce en aquel precepto constitucional que contiene un mandato que no es obedecido dejando a la norma superior sin aplicación debido al silencio de la autoridad llamada a complementarla y ejecutarla. Esta materia no es nueva en Chile. En efecto, bajo la Constitución de 1925 se presentaron varios casos que son citados por el profesor Jorge M. Quinzio F. Dicho autor conceptualiza las normas programáticas incumplidas señalando que son aquellas "que para su cumplimiento están condicionadas a la dictación de las leyes reglamentarias correspondientes". Y pone como ejemplos distintos preceptos de la primitiva Constitución chilena que constituyen casos de omisión parcial y total. Así, por ejemplo, cita la norma que obliga a propender a la división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar (primitivo Art. 10, N° 14, inc. 2°); la indemnización por error judicial "en la forma que determine la ley" (primitivo Art. 20); la constitución de los Tribunales Administrativos, en que "su organización y atribuciones son materia de ley" (primitivo Art. 87); las Asambleas Provinciales, "en la forma que ...", "las leyes confiarán paulatinamente a los organismos ..." (primitivos Arts. 94 y 107). QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (1969) pp. 60-63.

⁸ Por otra parte, la inconstitucionalidad por omisión también ha sido conceptualizada como aquella "falta de desarrollo por parte de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas cláusulas constitucionales que requieren de un desarrollo normativo ulterior para gozar de eficacia." OROZCO S., Víctor, PATIÑO C., Silvia, pp. 2-3. Los autores citados señalan que la inconstitucionalidad por omisión sólo es posible respecto a aquellas normas constitucionales "incompletas", esto es, condicionada a un desarrollo posterior por normas de inferior jerarquía. Este tipo de normas se opone a las denominadas "autoaplicativas" (p. 3). Interesante resulta la diferencia que realizan entre los mandatos y los permisos constitucionales. Sólo son obligatorios los mandatos, por cuanto los otros dependen del "albur" de los poderes del Estado (p. 4).

Existen opiniones contrarias, por las cuales hay mandatos que no constituyen obligaciones positivas que puedan conducir a una omisión ilícita, al no existir un imperativo específico para legislar.⁹ En realidad, la inconstitucionalidad se daría cuando, existiendo una ley, esta es contraria a los preceptos constitucionales. Estimo que esta posición no puede ser acogida en nuestro sistema constitucional, por cuanto se admite la inactividad ilícita del legislador, como demostraré.¹⁰

Bajo la Carta de 1925, se entendió que si la Constitución se remitía a la ley, y dicha norma legal no cumplía el mandato constitucional, entonces la aplicación de la norma constitucional no podía tener lugar.¹¹ Dicha tesis encuentra un difícil asidero bajo los principios que recoge la Carta de 1980, por cuanto se dispone su aplicación directa.¹² Así, la existencia de una ley no obsta ni puede constituir una barrera a la fuerza normativa de la Constitución, debido al prin-

⁹ Hay autores que señalan que para que la inconstitucionalidad por omisión pueda producirse se requiere de la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer excluyendo del incumplimiento los mandatos abstractos que no pueden ser vinculantes al legislador. Tal es el caso citado por el autor uruguayo Martín Risso Ferrand, quien pone como ejemplo no imperativo para el legislador el deber general de promover condiciones de libertad e igualdad (RISSO FERRAND, Martín, pp. 12 y 34). Para el autor, dicha norma programática produce un efecto limitado. Por una parte no es exigible al legislador, pero por la otra implica la existencia de un elemento de interpretación normativo del orden jurídico, la derogación de aquella legislación anterior, la declaración de inconstitucionalidad activa de un precepto que la vulnera (no por omisión), y la responsabilidad civil que podría nacer para la autoridad respectiva. El autor también prevé la existencia de un mecanismo de integración de los vacíos legales, los que procederán cuando corresponda.

¹⁰ No sólo a nivel constitucional es factible encontrar normas incumplidas por la omisión del obligado a ponerlas en movimiento, sino que también a nivel de normas inferiores. Así ocurrirá, por ejemplo, si una ley remite su contenido complementario a un reglamento, y este no es dictado por el Presidente de la República o la autoridad competente. En el caso que pongo como ejemplo, la autoridad administrativa tiene la obligación de poner en movimiento la norma mediante las disposiciones complementarias, e infringe dicha obligación por la omisión. Se trata de la infracción a la obligación de hacer una norma complementaria.

Lo anterior también ocurre con ocasión de las disposiciones de un tratado internacional. En esta materia, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que no hay inconstitucionalidad de un precepto programático incumplido en sí mismo, debido a que la propia norma puede subordinar su aplicación a la dictación de una disposición complementaria. Así, el TC ha acogido la constitucionalidad de normas que no se bastan a sí mismas, como ocurre con las que contienen cláusulas internacionales "*non self executing*". "(...) son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 309, 4 de agosto de 2000, considerando N° 48.

¹¹ Como constata la profesora Luz Bulnes "nuestra doctrina no fue unánime en esta materia, y consideraba a la Norma Constitucional como meramente programática mientras no se dictara la ley complementaria (...). Han desaparecido las antiguas polémicas suscitadas bajo la Constitución de 1925 (...)". BULNES ALDUNATE (1998), pp. 139-140.

¹² El principio de vinculación directa consiste en "la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) t. I, p. 132.

cipio de eficacia directa dispuesto en el Art. 6º, inc. 2º, del texto constitucional vigente.¹³⁻¹⁴⁻¹⁵

Una clasificación diferente de la omisión legislativa la encontramos en otro trabajo de Luz Bulnes A., en el cual distingue la omisión absoluta de la omisión relativa.¹⁶ La primera consiste en la ausencia total de la norma complementaria, mientras que la relativa consiste en que la norma produce “un resultado discriminatorio o arbitrario afectando el principio de igualdad y cuando el legislador no introduce disposiciones transitorias que reglamenten los derechos adquiridos de quienes los habían ejercido anteriormente”.¹⁷ Se trata de un caso en que el legislador establece una normativa dirigida a un sector determinado, olvidando otros sectores análogos, constituyendo una omisión arbitraria que sería contraria al principio de igualdad. De allí su inconstitucionalidad.¹⁸ Ello ocurre, por ejemplo, con el caso que denuncia Arturo Fernandois relativo a los “cariños monetarios” dirigidos a “transportistas, trabajadores portuarios y subcontratados de Codelco”.¹⁹ El profesor Nogueira propone una clasificación muy parecida a la anterior, diferenciando la inconstitucionalidad por retardo y

¹³ Este principio ha sido recogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. “10º. Que, por su parte, el artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la “supremacía constitucional” sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Y, acto seguido, se agregue que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 19, 27 de octubre de 1983, considerando N° 10.

¹⁴ Así –en palabras de la profesora Luz Bulnes A.– “si la Norma Fundamental se remite a la ley, ello no implica que el precepto constitucional no sea obligatorio.” BULNES ALDUNATE, Luz (1998), p. 139. Dicha autora trata la mencionada idea como la primera consecuencia de la doctrina de aplicación directa y concluye que si dicha doctrina “no se respeta en muchos casos el precepto pasaría a ser letra muerta (...).” BULNES ALDUNATE, Luz (1998), p. 142.

¹⁵ Por esta misma razón –y sólo a modo de ejemplo–, es de público conocimiento el hecho de que el Tribunal Constitucional (TC) ejerce continuamente las nuevas atribuciones de que goza en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de agosto de 2005. Dichas atribuciones deben ser complementadas por una ley orgánica constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 92, inc. final, y a lo establecido en los distintos numerales del Art. 93, como ocurre por ejemplo con el recurso de inaplicabilidad, donde se exige el cumplimiento de “los demás requisitos que establezca la ley”. Si la ley no establece dichos requisitos, entonces no puede entenderse restringido o subordinado el texto constitucional a la omisión del legislador, teniendo plena aplicación y vigencia la atribución del Art. 93, N° 6, de la Carta Fundamental. En efecto, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica del TC aun se encuentra en trámite legislativo, pendiente desde diciembre de 2005. Corresponde al boletín N° 2809-07-1, del Congreso Nacional.

¹⁶ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), pp. 253-254.

¹⁷ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 254.

¹⁸ La exclusión arbitraria o la discriminación de un beneficio entendido como una omisión inconstitucional, fue obra de la jurisprudencia alemana. RISSO FERRAND, Martín, p. 14.

¹⁹ FERNANDOIS V., Arturo (2008).

la inconstitucionalidad por negación del legislador.²⁰ La primera resulta de la inercia legislativa en establecer la ley correspondiente y la segunda se produce cuando el legislador sanciona la ley de manera incorrecta, omitiendo algunas hipótesis que constitucionalmente deben estar presentes.²¹

Como ya expliqué, el presupuesto para que opere la inconstitucionalidad es la inactividad total o parcial del legislador, sobre la base de un mandato constitucional definido. En estos casos, podría pensarse en el establecimiento de un plazo para que el legislador cumpla el mandato constitucional. Dicho plazo puede estar establecido de manera expresa, o simplemente puede tratarse de un plazo que se estima como razonable.²² Como se verá, esta solución no es posible en Chile sino mediante una reforma constitucional, por lo que se hace necesario buscar otros mecanismos de solución. Ese es el objetivo del presente trabajo.

II. El Tribunal Constitucional (TC) y sus facultades

Desde el punto de vista de la concepción clásica kelsiana no es posible visualizar una solución a este problema en la justicia constitucional. Para Hans Kelsen, el TC es un “legislador negativo” encargado de expulsar del sistema jurídico a aquellas normas legales que adolezcan de un vicio de constitucionalidad.²³ La función consiste en la expulsión de una producción normativa ilícita. Es decir, se hace desaparecer una norma positiva existente.

La inconstitucionalidad por omisión se caracteriza porque la norma legal inconstitucional no existe, por lo que el ilícito tiene lugar debido a un no hacer. No puede concebirse una inexistencia digna de expulsión, ya que no se puede expulsar lo que no existe y no se puede dar inexistencia a lo que no es. En efecto, la omisión es y no puede ser revertida por una desaparición.²⁴ En consecuencia, la única vía para enmendar la omisión inconstitucional consiste en una acción

²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), pp. 235-236.

²¹ Otra clasificación interesante, relativa al tipo de normas cuya inconstitucionalidad podría ser declarada, la propone Laura Rangel –siguiendo a Gustavo Zagrebelsky–, quien distingue entre normas constitucionales de eficacia directa, y normas de eficacia indirecta. Dentro de este segundo grupo ella distingue entre las de eficacia diferida, las normas de principio, y las normas programáticas. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008), pp. 205-206.

²² A ello debe sumarse lo expresado por el autor argentino Néstor Sagüés, en que el encargo constitucional incumplido puede ser expreso o tácito. SAGÜÉS, Néstor P. (2002), citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 235.

²³ Véase KELSEN, Hans (1999). *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid.

²⁴ Muy bien lo señala el profesor Soto Kloss, aunque a propósito de la nulidad de derecho público, “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”. SOTO KLOSS, Eduardo (1996), pp. 175-176.

positiva que genere un acto legislativo nuevo, para lo cual se hace necesario convocar al “legislador positivo”. Para ello, en un sistema democrático basado en la separación de funciones, en el principio de juridicidad y de competencia, la única forma de poner en movimiento al “legislador positivo” se traduce en que los poderes colegisladores realicen su tarea.²⁵

Si el TC se atribuyera competencias propias del “legislador positivo”, desnaturalizaría su función y menoscabaría los principios constitucionales ya enunciados, en especial el Art. 7° de la Carta Fundamental, por cuanto se estaría excediendo de las atribuciones que le establece taxativamente el Art. 93 de la Constitución, e invadiendo la esfera de competencia del verdadero “legislador positivo”, contenidas en el Art. 63 del mismo cuerpo constitucional. De esta manera, el TC estaría vulnerando el principio de competencia, por el cual “los órganos del Estado actúan válidamente (...) dentro de su competencia”, que debe ser expresa y no implícita; estaría ejerciendo atribuciones sin gozar de la investidura regular para ello; omitiendo la forma que señala el orden jurídico; y vulnerando la separación de funciones del Estado.

Por lo demás, el propio TC ha sostenido en su jurisprudencia al conocer de recursos de inaplicabilidad que debe existir un precepto legal para que se puedan ejercer sus atribuciones. La inexistencia de un precepto legal obedece a que no habría una norma que declarar inaplicable, por lo que resultaría absurdo controlar en concreto un precepto inexistente.²⁶ Si no existe un precepto legal, entonces no procede el control. Este criterio podría utilizarse para el problema de la inconstitucionalidad por omisión del legislador, ya que –y aunque pueda parecer obvio y redundante– todo control normativo exige la existencia de una norma a controlar, aun en su estado de elaboración (control preventivo). En casi todas las atribuciones que el Art. 93 de la Carta le otorga al TC, se dispone expresamente la existencia de algún tipo de norma a controlar.²⁷

El único caso en que el TC está facultado expresamente para controlar una inconstitucionalidad por omisión es el del Art. 93, N° 8, primera parte, de la Carta Fundamental, el que consiste en “Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República *no promulgue* una ley cuando deba hacerlo (...)”.

²⁵ Congreso Nacional y Presidente de la República, por mandato de los Arts. 32, N° 1, y 46 de la Constitución.

²⁶ Lo anterior tuvo lugar con ocasión de la sentencia derogatoria del primitivo Art. 116 del Código Tributario, frente a la cual prosperaron recursos de inaplicabilidad en contra de un precepto que ya no se encontraba vigente, por lo que fueron rechazados. Véanse, sólo a modo ejemplar, las sentencias del Tribunal Constitucional, rol N° 686-2006, rol N° 870; rol N° 871; rol N° 885; rol N° 964.

²⁷ Las atribuciones del TC enumeradas en el Art. 93 de la Carta Fundamental implican ejercer el control “de las leyes” (N° 1), “de las normas de un tratado” (N° 1), “de los autos acordados” (N° 2), “de un decreto con fuerza de ley” (N° 4), “de la convocatoria a un plebiscito” (N° 5), “de un precepto legal” (N° 6 y 7), “de un decreto o resolución” (N° 9 y 16).

La expresión “no promulgue” evidentemente significa un caso en que el Jefe de Estado no ha puesto en movimiento un mandato constitucional, constituyendo una inconstitucionalidad por omisión.²⁸ Ello vulneraría los Arts. 32, N° 1, 72, 73, 75, en virtud de los cuales el Presidente de la República tiene el imperativo constitucional de promulgar la ley en los casos que corresponda.²⁹ La solución que el TC puede establecer en el caso analizado está dispuesta directamente por la Carta Fundamental, existiendo por consiguiente facultades expresas para solucionar el problema, lo que no ocurre con el resto de los casos que pueden originarse con la omisión legislativa.

Otro problema radica en la imposibilidad de exigir al legislador la dictación de las normas a que está obligado, no obstante la existencia del deber de legislar en ciertas materias. El legislador es una función autónoma del Estado no sujeta al principio de inexcusabilidad que vincula a la Judicatura. Así, sería muy difícil imaginar bajo los preceptos actuales de nuestra Constitución la posibilidad de exigir la dictación de la legislación que corresponde. Si se piensa en las herramientas que la Carta entrega fuera del control constitucional, podemos advertir la presencia del mecanismo de acusación constitucional contra Ministros de Estado por “infringir la Constitución” (Art. 52, N° 2, letra b) o contra el Presidente de la República por haber “infringido gravemente la Constitución”. Sin embargo, no existe acusación constitucional en contra de parlamentarios. Por lo demás, en caso de tener éxito este mecanismo, sólo podría tener como consecuencia la remoción de la autoridad afectada, y no la reparación de omisión. En definitiva, el control político tampoco es de utilidad para los problemas que genera la norma inexistente o parcialmente completa.

²⁸ Como señalan algunos connotados autores, “El Presidente de la República, como colegislador, está obligado constitucionalmente a dictar el decreto promulgatorio y, en consecuencia, importaría un incumplimiento a su deber constitucional no hacerlo, el cual debe sancionar el Tribunal. En este caso el pronunciamiento del Tribunal no recaerá sobre una norma, sino frente a una omisión, consistente en no promulgar dentro del plazo el texto aprobado por las Cámaras (...). Cabe señalar que la sentencia que dicta el Tribunal Constitucional tendrá una enorme importancia, de acogerse el reclamo, pues pasa a sustituir la potestad no ejercida o mal ejercida por el Presidente de la República, promulgando el fallo la ley que no lo haya sido o rectificando la promulgación incorrecta”. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999), t. II, pp. 292-293.

²⁹ La propia Constitución es la encargada de señalar la manera de reparar esta omisión inconstitucional: “si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta” (Art. 93, inc. 13). El Tribunal sustituye la competencia del Jefe de Estado de promulgar la ley (Art. 32, N° 1) y se atribuye una facultad ejecutiva para reemplazar la inactividad del Presidente de la República.

A diferencia de este caso, en que el TC ejerce una atribución propia de la función ejecutiva por su omisión ilícita para poner en movimiento una ley que no tiene vigencia por la desidia del Jefe de Estado, el TC no tiene facultades expresas para reemplazar la inactividad de la función legislativa sustituyendo su omisión en dictar una ley. El caso que señalo es el único en que la Constitución autoriza expresamente a solucionar un problema de omisión legislativa, y se refiere a una situación específica, por lo que no cabe una interpretación extensiva del mismo a otras situaciones. De más está recordar que en Derecho Público las atribuciones deben ser expresas, por lo que no cabe la interpretación por analogía. De esta manera, hay que entender que esta facultad es de naturaleza excepcional.

En el derecho comparado se han elaborado ciertas fórmulas que persiguen dar una solución al problema. Sin embargo, ninguna de ellas trae como consecuencia la reparación definitiva de la omisión sin la participación del órgano legislativo.

La acción constitucional conducente a ello aparece de manera expresa por primera vez en el Art. 377 de la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia, de 1974, donde el tribunal tenía facultades para constatar la omisión e informar de dicha situación al legislador.³⁰ El efecto directo que se generaba se limitaba a la información o comunicación de la situación inconstitucional al legislador. Posteriormente, la Constitución portuguesa de 1976 dio un paso más, apareciendo la facultad de establecer un plazo razonable al legislador (Art. 279).³¹ Hoy, Brasil,³² Colombia, Venezuela, Costa Rica³³ y algunas Constituciones locales mexicanas, son ejemplos de países latinoamericanos cuyas Constituciones contienen expresamente el control de la omisión legislativa.³⁴ Otros Estados, careciendo de facultades expresas para declarar la inconstitucionalidad por omisión, han desarrollado una jurisprudencia a través de la "vía de la interpretación e integración constitucional", como ocurre con Alemania, Austria e Italia, e incluso Chile, como se verá.³⁵

Casos muy interesantes los constituyen el de la provincia de Veracruz (estado mexicano), la provincia de Río Negro argentina. En la primera, la Constitución local (modificada el 2000) dispone que el gobernador del Estado o al menos la tercera parte de los ayuntamientos cuentan con una acción especial cuando el Congreso no haya aprobado una ley o decreto. Se determina un plazo para

³⁰ RISSO FERRAND, Martín, p. 13.

³¹ En el caso de Portugal, existe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional determine la existencia de la omisión generando sobre el legislador la obligación de legislar, pero sin establecer una consecuencia mayor ante la reiteración de su inactividad. Se reconoce que el Tribunal no puede completar o desarrollar el vacío, ya que se estaría convirtiendo en un legislador positivo. Este control sólo procede cuando resulta imposible la aplicación de la norma constitucional sin la existencia de una ley.

³² Interesante es el Art. 103 de la Constitución de Brasil, que dispone de un plazo de 30 días para la adopción de las providencias necesarias cuando la obligación recayere sobre un órgano administrativo.

³³ No obstante ello, en Costa Rica "la Sala Constitucional ha sido cautelosa en tratándose del control sobre las omisiones legislativas inconstitucionales, incursionando únicamente y en algunos casos en el control de las omisiones reglamentarias, a pesar que en el ordenamiento costarricense existen las previsiones constitucionales y legales suficientes para instaurar el control de constitucionalidad por omisión en toda su extensión." OROZCO S., Víctor; PATIÑO C., Silvia, p. 5.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 234.

³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 236. De esta manera, por ejemplo, en sentencia de la Corte Constitucional alemana de enero de 1969, interpretó la Ley Fundamental determinando que la legislación debía asegurar iguales condiciones a hijos legítimos y naturales. Ante la omisión del legislador, la Corte decidió aplicar directamente la norma constitucional en un caso que se suscitó 20 años después. Tal es la fuerza de la Constitución, que resultó la derogación jurisprudencial de las leyes que son contrarias. En este mismo texto también se citan interesantes casos en Italia y Colombia, pp. 238-239.

que se apruebe la normativa omitida, y si ello no ocurre entonces “el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, mientras se expide la normativa faltante”.³⁶ En este caso, el Tribunal puede convertirse en un legislador positivo de manera temporal, supliendo la omisión. El Art. 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de Argentina, dispone que el afectado en su derecho individual o colectivo podrá recurrir al Supremo Tribunal, el que podrá determinar un plazo para que la omisión sea subsanada. Si el plazo no se cumple, el propio Tribunal podrá completar el vacío para el caso particular con efecto limitado y, de no ser posible, se determinará el monto a indemnizar. Lo interesante radica en que los casos particulares quedarán resueltos sin que el Tribunal entre a legislar. Si legisla, sólo lo hace en la medida de lo posible y con el efecto relativo propio de una sentencia judicial ordinaria. Si ello no es posible, entonces obliga a reparar los daños originados por la omisión legislativa.³⁷

Sin una reforma constitucional, resultaría difícil importar a Chile las instituciones del derecho comparado en esta materia, ya que nuestro sistema requiere de una consagración normativa expresa, por cuanto se trata de una materia de competencia de un órgano de derecho público.

Algunos sistemas normativos –donde no obstante no existir una consagración normativa expresa– reconocen la posibilidad de dictar sentencias declarativas de la inconstitucionalidad por omisión, tal como ocurre con España, Italia y Alemania.³⁸ Así, la práctica de la justicia constitucional comparada ha admitido la existencia de sentencias aditivas, que reemplazan la omisión del legislador por una norma que completa los vacíos inconstitucionales. Esto es difícilmente reproducible en Chile. Por lo demás, dichas sentencias constituyen un peligro de difícil solución, por cuanto son un evidente quebrantamiento a la separación de las funciones estatales, implican que el TC se atribuya la función de legislar positivamente. La diferencia de estas sentencias con aquellas que se limitan a constatar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, e incluso de

³⁶ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008), pp. 210-211.

³⁷ Otro caso interesante lo constituye la Constitución venezolana de 1999, donde la sala constitucional del Tribunal Supremo está facultada para “Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (Art. 336, N° 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Con ello se reconoce que el único facultado para solucionar este problema constitucional es el legislador positivo, a través del mandato del legislador negativo, quien no se atribuye competencias legislativas, sino que simplemente vela porque estas se subordinen a la Carta Fundamental, no pudiendo jamás completar por sí mismo los vacíos que observe. En consecuencia, los efectos de su decisión resultarán en la obligación de cumplir un plazo para legislar respetando las recomendaciones de hermenéutica constitucional que se le hagan.

³⁸ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 257.

aquellas que sugieren o recomiendan prácticas constitucionales al legislador, se traduce en que estas últimas nada agregan al sistema jurídico positivo. No legislan. Por ello, deben ser medidas con parámetros diversos.

Con las herramientas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, me inclino por pensar que la justicia ordinaria puede aportar una solución a lo menos parcial, integrando el vacío normativo existente, asunto sobre el cual volveré.

III. El vicio de la omisión legislativa

Sin perjuicio de lo ya señalado en materia de atribuciones del TC, es posible advertir jurisprudencia constitucional reiterada que constata la omisión inconstitucional sin efectos jurídicos directos, y otro grupo de sentencias aisladas que le otorga un efecto a la declaración de inconstitucionalidad por la omisión del legislador. Debo advertir, eso sí, que todos los casos que mencionaré tienen lugar por omisiones parciales (y no totales), debido a que el pronunciamiento del TC requiere de la existencia de una norma a controlar, como ya expliqué.

Resulta claro que la solución que se proponga dependerá del tipo de vicio de omisión que se invoque. Un aporte en esta materia lo realiza el profesor Patricio Zapata, quien hace una interesante distinción. El tratamiento será diferente si el vicio es de fondo o de forma. Si el vicio de omisión es de fondo, debe subdistinguirse. Si es de "contenido prescindible" o de "menor entidad", es partidario de que el TC, "en vez de anular la normativa deficitaria, haga presente al legislador la existencia de vacíos u omisiones (...). El objeto de esta advertencia es, precisamente, 'llamar' al legislador a que subsane el vacío referido (...)". Por el contrario, si el vicio de fondo es "de mayor entidad" o "prescindible", la mera advertencia no es una respuesta satisfactoria, por lo que el proyecto de ley debiera ser declarado inconstitucional.³⁹

Si el vicio es de forma, esto es, cuando se han omitido ciertos requisitos de procedimiento en el proceso de generación de la ley, la solución es más simple: la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC.⁴⁰ Sin embargo, ello desplaza el problema a determinar cuáles serán los trámites cuya omisión

³⁹ ZAPATA L., Patricio (1994) pp. 31-32 y 39.

⁴⁰ Me parece a lo menos discutible la procedencia del recurso de inaplicabilidad, por cuanto si bien éste no distingue entre vicio de forma y fondo, es claro que en este tipo de control lo inconstitucional es una situación eventual producida por un precepto legal, y no la norma misma. Normalmente el vicio de forma es en abstracto, y no en concreto, como exige el recurso de inaplicabilidad. Existen, como veremos, declaraciones de inaplicabilidad por omisión del legislador, pero siempre por vicios de fondo. No obstante, podría argumentarse que el vicio de forma podría ser constatado por cualquier tribunal mediante la nulidad de derecho público. Tal es la posición del profesor Silva Bascañán. "Desde luego,

justifica dicha declaración.⁴¹ No obstante lo anterior, el autor citado no se hace cargo de la situación en que derechamente no exista un proyecto de ley (omisión total), tal vez porque esa situación es insalvable por la vía de la justicia constitucional.

Me parece que la solución de las “advertencias” resulta muy poco eficaz. Trataré este punto en el apartado siguiente.

IV. La constatación de la omisión sin efectos jurídicos directos. La advertencia.

Como ya lo enuncié, podría pensarse que el TC está facultado para declarar la inconstitucionalidad por omisión, sin tomar medida directa alguna. En otras palabras, ¿puede el TC constatar la existencia de dicha inconstitucionalidad sin consecuencias directas para la norma sujeta a su control? La respuesta a esta pregunta debe considerar que la posibilidad de constatar la inconstitucionalidad no puede significar en caso alguno el reemplazo de la omisión o la imposición de consecuencias obligatorias para los legisladores. Si se sostuviera –como dice el profesor Zapata, ya citado– que este es el camino adecuado para superar la omisión, entonces se estaría reconociendo que la omisión continuará existiendo ilícitamente mientras no haya un acto del legislador positivo.⁴² Se trata, entonces, de una nueva categoría de normas inconstitucionales.⁴³ Esta solución es insuficiente al existir el camino alternativo de la integración.

No obstante, hay razones que permitirían sostener que la advertencia goza de una cierta utilidad: el otorgamiento de certeza jurídica relativa a la infracción

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. 7º, 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).” SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997), pp. 155-156.

⁴¹ ZAPATA L., Patricio (1994), pp. 35-37, y 39.

⁴² En palabras de Teodoro Ribera “El Tribunal se ha visto confrontado con que una determinada normativa es contraria a la Carta Fundamental, pero que su declaración generaría una situación aun más alejada de la Constitución que la consagrada. Ante tal situación, el Tribunal utiliza las prevenciones para advertir al legislador sobre la carencia de tal o cual materia sometida a su control y le hace presente que no declara su inconstitucionalidad, pues ello traería como consecuencia una situación peor a la detectada. (...)Por otra parte, debe recordarse que –en palabras del profesor Ribera– “Cuando el Tribunal Constitucional advierte al legislador sobre una carencia en la ley y lo conmina a corregirla ‘oportunamente’, está respetando en un grado sumo la autonomía legislativa. Esto es tal, pues en estricto Derecho el Tribunal debería declarar la inconstitucionalidad y no sólo comunicársela al legislador. Son las consecuencia posteriores las que le indican que es mejor abstenerse de hacerlo.” RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989), pp. 220-221.

⁴³ En este mismo sentido, Teodoro Ribera considera que el “camino adecuado para superarla (la omisión) está en su regulación posterior y no en su rechazo. Las advertencias al Legislador significan, de

constitucional; el reproche político que puede significar para los responsables; podría servir de fundamento a una demanda civil para que el Estado repare los perjuicios ocasionados por la omisión ilícita (responsabilidad patrimonial del Estado legislador). También podría pensarse que la advertencia busca generar un diálogo entre los distintos órganos del Estado que se ven involucrados, para que el legislador vaya adaptando su práctica a la interpretación que realice el TC. Sin embargo, en la práctica este diálogo no se produce. En efecto, las sentencias donde el TC previene a los órganos colegisladores la manera en que éstos deben comportarse, sin declarar derechamente la inconstitucionalidad, no han servido para ajustar la práctica legislativa a la correcta interpretación de la Constitución. Evidencia empírica de lo anterior puede apreciarse en un trabajo del profesor Arturo Fermandois.⁴⁴

Por lo demás, útil es preguntarse: ¿cuál es la parte de las sentencias del TC que obligan? ¿Sólo la parte resolutive? ¿Tiene algún grado de obligatoriedad la parte considerativa de la sentencia constitucional? ¿Puede hablarse de cosa juzgada constitucional en los considerandos que el TC ha tomado en cuenta? ¿Qué ocurre con las prevenciones que no están conformes con el criterio utilizado por el TC, pero sí con el resultado final de la sentencia?

La práctica constitucional chilena suele emplear la técnica de la advertencia. En mi opinión, no rechazo dicha práctica mientras se admita que existe una vía complementaria de solución, reconociendo una utilidad a lo menos teórica.

Así, el TC ha constatado casos de inconstitucionalidad por omisión sugiriendo al legislador la adopción de ciertas medidas o a lo menos constatando el vacío.⁴⁵ A continuación expongo brevemente algunos casos de modo ejemplar:

1. La sentencia recaída en el proyecto de ley de votaciones populares y escrutinios:⁴⁶ en este pronunciamiento, el TC, al verificar la desigualdad que se establece dentro del proceso electoral entre los candidatos independientes y los pertenecientes a los partidos políticos, decide hacer presente tal situación

esta manera, abandonar la clara distinción en el control normativo entre las disposiciones declaradas constitucionales y las declaradas inconstitucionales al momento de la sentencia, e incorporar también una situación intermedia de "constatación de inconstitucionalidad". La contraposición que se acepta con la Constitución es meramente coyuntural y no esencial, y está motivada por la carencia de la normativa complementaria". RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989) p. 221.

⁴⁴ FERMANDOIS V., Arturo (2005), pp. 685 y ss.

⁴⁵ Debe recordarse que dichas sugerencias no tienen ningún poder vinculante, ya que de lo contrario estaría invadiendo atribuciones legislativas que no le corresponden. Se trata de sentencias declarativas que "sólo constatan la inconstitucionalidad por omisión y lo comunican al órgano legislativo para que tome las medidas del caso o de recomendación al legislador". BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 254.

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988.

sin impedir que el proyecto prospere.⁴⁷ De esta manera, se opta por hacer recomendaciones al legislador: “se infieren algunas reglas concretas que el legislador deberá tener presente en la regulación de los procesos electorales y plebiscitarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1°, inciso final, 18 y 19, N° 2, de la Carta Fundamental (...)” (considerando N° 17). La sentencia recalca la existencia de reglas constitucionales que el legislador positivo deberá aplicar de manera imperativa. Dicha obligatoriedad, a mí modo de ver, emana directamente de la Carta Fundamental, y no de la sentencia del TC.

Con posterioridad, y como se verá, el TC modifica su posición, declarando derechamente dicha inconstitucionalidad en una reforma a la citada ley de votaciones populares y escrutinios, como se verá más adelante.⁴⁸

2. La sentencia recaída en el decreto supremo que regula la restricción vehicular:⁴⁹ El TC expresó que “(...) a fin de cumplir debidamente con el mandato constitucional sobre limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales que nuestra Carta Política establece en su artículo 19, este Tribunal insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley N° 19.300 (...). Lo anterior resulta enteramente pertinente, porque si el legislador hubiere estimado que las normas invocadas en esta sentencia para justificar la restricción vehicular eran completamente suficientes, no habría incluido en el proyecto de la Ley N° 19.300 el referido artículo 49, que regulaba precisamente esta materia (...)” (considerando N° 47). La constatación de la omisión o el “vacío” culmina con una sentencia que exhorta al legislador a cumplir su mandato constitucional, sin perjuicio de que la norma impugnada fuera declarada constitucional y se permitiera su vigencia. Es la situación normativa inexistente la que resulta inconstitucional.

⁴⁷ “(...) no conteniéndose en ella las normas correspondientes para asegurar una efectiva igualdad entre las diferentes candidaturas, en el caso de los actos electorales o de las distintas proposiciones, tratándose de procesos plebiscitarios, el Tribunal estima que es su deber prevenir sobre la necesidad de que se dicten, oportunamente, las normas legales complementarias pertinentes destinadas a cumplir tal objetivo” (considerando N° 11, véase también el N° 25). Asimismo, la sentencia reconoce que “(...) es cierto que el Tribunal Constitucional pudo restablecer la igualdad reparando los preceptos del proyecto que confieren estos derechos a los partidos políticos y a la persona propuesta por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, titulares, o por el Consejo de Seguridad Nacional, en su caso; pero es cierto también que si así hubiere procedido, habría generado una inconstitucionalidad de vastas proyecciones como sería infringir el derecho de asociación política consagrado en el artículo 19, N° 15 (...)”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988, considerando N° 20.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 141, de 12 de febrero de 1992.

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 325, de 26 de junio de 2001.

3. La sentencia que rechaza la inconstitucionalidad del inciso 3° del Art. 416, del Código Procesal Penal:⁵⁰ Previo a esta sentencia, el TC había declarado la inaplicabilidad de la norma citada.⁵¹ Ella tuvo lugar por faltar garantías relativas al debido proceso. Se trata de la omisión legislativa en el cumplimiento del mandato constitucional del Art. 19, N° 3. Con posterioridad, se solicitó al TC que declarara la inconstitucionalidad con efectos generales de dicho precepto, lo que fue rechazado en la sentencia respectiva por “no existir una contradicción evidente” (considerando N° 11). No obstante, se reconoce “la ausencia de un mecanismo de defensa pleno y adecuado, al carecer de la posibilidad de rendir pruebas en resguardo de sus derechos” (considerando N° 10), con lo que se fundó la inaplicabilidad previa.⁵² La sentencia previa de inaplicabilidad constituye un caso de efecto directo de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que será analizada en el apartado correspondiente. Me parece que el TC optó por el camino correcto al rechazar la inconstitucionalidad con efectos generales, ya que ello lo fundamenta en la posibilidad de los tribunales ordinarios de integrar la laguna legal para suplir la omisión del legislador en los casos concretos.

V. La declaración de inconstitucionalidad por omisión con efectos jurídicos

En la práctica constitucional chilena existen sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos directos, por haber omitido el legislador ciertos aspectos esenciales que la Carta Fundamental ordena insertar. En este caso, resulta más fácil argumentar la existencia de la facultad del TC, por cuanto se enmarca dentro de su función de control de un precepto existente, pero incompleto. Existen varios ejemplos. Veamos algunos.

1. Sentencia que declara la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica la ley orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios:⁵³ La sentencia acoge el requerimiento parlamentario “en cuanto el proyecto de ley no otorga la igualdad requerida por la Cons-

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 558 (590), de 5 de junio de 2006.

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478, de 8 de agosto de 2006.

⁵² Asimismo, se señaló que “es posible comprobar que el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia. La mencionada omisión provoca un vacío legal, que sin embargo puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”. Aquí es posible apreciar una recomendación hermenéutica al juez ordinario (considerando N° 12, de la sentencia rol 558 -590-, ya citada).

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 141, de 12 de febrero de 1992.

titución Política de la República a candidatos independientes y candidatos miembros de partidos políticos en las elecciones municipales, al restringirse el derecho a subpactar” (parte declarativa, punto N° 1).⁵⁴ Se trata de la omisión de las condiciones que permiten esta igualdad. Lo interesante de esta sentencia es que constituye un cambio en la doctrina del TC, ya que en una sentencia anterior recaída en dicha ley –y como ya se explicó– el TC se había limitado a constatar la omisión sin declarar la inconstitucionalidad.⁵⁵⁻⁵⁶

2. Sentencia recaída en el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero: –ejemplo que propone Luz Bulnes–.⁵⁷ En esta sentencia se declara la omisión legislativa del mandato constitucional del Art. 19, N° 3, de la Carta Fundamental, al no disponer la concreción del derecho constitucional a la defensa jurídica.⁵⁸ Ello se castiga con la declaración de inconstitucionalidad de las normas del proyecto que debieron prever el reconocimiento del derecho citado.

3. Sentencia que declara la inconstitucionalidad de ciertos preceptos legales que modifican la Ley General de Urbanismo y Construcciones:⁵⁹ Esta sentencia constata la existencia de remisiones que el proyecto de ley realiza a reglamentos, omitiendo “toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor” (considerando N° 22). Dichas materias están reservadas a la ley, por lo que “las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado lo que constituye una omisión legislativa que vulnera las garantías del Art. 19, N° 3, de la Constitución” (considerando N° 23).

⁵⁴ En la parte considerativa ya se había señalado “(...) que la omisión representada constituye una situación de vacío legal; que lo que se objeta no representa entonces un vicio de inconstitucionalidad, sino sólo el incumplimiento de una obligación que tiene el legislador, lo que si bien hace improcedente la objeción de constitucionalidad planteada, aconseja hacerlo presente para los efectos de que sea oportunamente subsanado” (considerando N° 29).

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988.

⁵⁶ Debe citarse también que luego de la parte declarativa de la sentencia en estudio, el TC exhorta al legislador disponiendo que “Se hace presente la necesidad de complementar oportunamente la ley cuya modificación se trata con las materias indicadas en los fundamentos 29 y 31 de esta sentencia”. Con ello, el TC hace compatible la doctrina de la recomendación sin efectos jurídicos directos.

⁵⁷ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), pp. 259-260.

⁵⁸ “Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, determinan la imposición de una sanción”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 389, 28 de octubre de 2003, considerando N° 34.

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 437, de 21 de abril de 2005.

4. Sentencia que declara la inaplicabilidad el inc. 3°, del Art. 416, del Código Procesal Penal:⁶⁰ Como ya se señaló en este trabajo, esta sentencia reconoce la ausencia de las garantías del Art. 19, N° 3. Se trata, no obstante, de un control concreto con efectos particulares, por lo que los efectos directos de dicha declaración sólo operan respecto de la gestión pendiente de que se trate. Debe precisarse que el hecho de acogerse la inaplicabilidad previa incidió con las características concretas del caso, lo que no siempre es posible advertir en el control abstracto. Por esta misma razón, me atrevo a aventurar que la declaración de inconstitucionalidad por omisión debiera tener más éxito en las declaraciones de inaplicabilidad que en la inconstitucionalidad con efectos generales.

5. La sentencia que declara inaplicable la gratuidad del turno de los abogados:⁶¹ el TC declara la inaplicabilidad de la expresión “gratuitamente”, dispuesta en el inc. 1° del Art. 595, del Código Orgánico de Tribunales. El fin de la norma es la satisfacción del derecho constitucional de acceso a la justicia y la defensa jurídica (considerando N° 37), correspondiendo al legislador escoger el medio para atender dicho derecho esencial. El medio escogido por el legislador para cumplir con el mandato constitucional es el turno gratuito de los abogados.⁶² La inconstitucionalidad de la gratuidad deja en evidencia un vacío, por cuanto no existe una norma que permita la remuneración a los abogados. En este sentido, puede fácilmente advertirse que el legislador tiene el deber constitucional de establecer un sistema que no implique la gratuidad. Por esta misma razón, el tribunal sugiere o recomienda la adopción del sistema de defensorías (considerando N° 46). Por supuesto, debe recordarse que esta sentencia sólo produjo efectos relativos, por lo que no puede señalarse que la norma del Código Orgánico de Tribunales esté derogada. Por lo tanto, no existe un vacío, sino una norma inconstitucional vigente.

Como puede apreciarse, existen varios casos en que el TC chileno otorga un efecto directo a la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Es de esperar que con el control represivo concreto de la declaración de inaplicabilidad, más omisiones legislativas sean declaradas inaplicables para los casos particulares que se presenten, tal como ya ha ocurrido en las sentencias anotadas. Estas sentencias están lejos de ser aditivas, ya que sólo se limitan a impedir que un cuerpo jurídico incompleto desde una perspectiva constitucional pueda apli-

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478, de 8 de agosto de 2006.

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 755, 31 de marzo de 2008.

⁶² “Para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no puedan procurársela por sí mismo, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional” (considerando N° 41 de la sentencia citada).

carse en un caso concreto con un resultado inconstitucional en la situación particular de que se trate. En Chile no es admisible la existencia de sentencias aditivas.⁶³ La práctica chilena es muy diferente de aquellos casos ya citados del derecho comparado, donde existen sentencias que completan la omisión legislativa mediante un acto de legislación positiva.⁶⁴

VI. La integración de la laguna legal como solución para la omisión legislativa

A mi parecer, la existencia de una omisión del legislador conduce necesariamente a la presencia de una laguna legal. Jurídicamente, la omisión no traerá problemas mientras no exista un interesado afectado con el vacío. De esta manera, me parece que la solución, a falta de una reforma constitucional, puede existir por la vía de la integración de la laguna legal.⁶⁵

Si asumimos que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, y que sólo la ley puede adolecer de ciertos vacíos, y observamos el principio de inexcusabilidad de los tribunales que dispone el Art. 76, de la Constitución,⁶⁶ y el derecho a la acción que se encuentra implícito en el Art. 19, N° 3, entonces fácilmente puede decirse que el juez (no el TC) está llamado a dictar una regla particular

⁶³ Así se declaró en la fundamentación N° 3 de un voto disidente de los Ministros señora Luz Bulnes, señores Osvaldo Faúndez y Ricardo García en una sentencia del TC: "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, sentencia rol N° 220, de 13 de agosto de 1995.

⁶⁴ Así ha ocurrido, por ejemplo, en países como Italia o España. En efecto, el Tribunal Constitucional español dictó una sentencia donde añadió una palabra a la ley sometida a su conocimiento, con el objeto de evitar la discriminación arbitraria que ella traía, en virtud del principio de igualdad. Se advierte la eventual presencia de lo que denominan como "adición indirecta", donde no se elimina la norma impugnada, sino que se la declara inconstitucional en la parte que ella no regula. Lo inconstitucional no es lo que existe, sino lo que falta para que la existencia sea ajustada a la Constitución. Citan un caso de la Corte Constitucional italiana, donde se le agregó la expresión "si fuera creyente" a una ley que establecía el juramento de los testigos de decir la verdad. Estas sentencias resultan igualmente aditivas, ya que se estarían completando por una vía legislativa, función que no le corresponde al Tribunal Constitucional. Citado por LETELIER W., Raúl, y NICOLINI, Matteo (2004), pp. 55-104.

⁶⁵ Esta idea es propuesta por un autor uruguayo, llamado Martín Risso, para solucionar la controversia doctrinaria que se ha suscitado en Uruguay. RISSO FERRAND, Martín, p. 34.

⁶⁶ Debe recordarse que el principio de inexcusabilidad obliga a los tribunales a ejercer la jurisdicción "aun a falta de ley que resuelva la contienda" (Art. 76, inc. 2°). En palabras del profesor Alejandro Silva B.: "Frente a una norma ausente, su carencia ha de ser salvada ideando lo que convenga dentro de la aspiración de justicia que debe informar la vocación de la magistratura y en representación de la sociedad estructurada en un Estado de Derecho. Lo que aquí se condena es dejar de pronunciarse sobre el fondo a pretexto de la inexistencia de la regla pertinente. Por eso la jurisprudencia debe incluirse en las fuentes del derecho positivo". SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, pp. 96-97.

para la solución del caso concreto. Dicha regla, evidentemente, no escapa al efecto relativo de las sentencias, por lo que las consecuencias jurídicas de la misma se radicarán en la causa específica que se le ha presentado al juez, no pudiendo extenderse a otros casos similares.⁶⁷

En la historia del establecimiento del Art. 76, relativo al principio de inexcusabilidad, es posible encontrar antecedentes que refuerzan lo que señalo, vinculando la institución aludida con la inconstitucionalidad por omisión del legislador. En efecto, Jaime Guzmán sostuvo que "(...) el hecho de consagrar una norma como ésta será un incentivo de gran fuerza para el legislador en cuanto a no dejar sin cumplir su obligación de complementar las normas constitucionales, porque sabrá que, en la medida en que deje esa misión incumplida, en la práctica, los tribunales van a llenar el vacío con su criterio".⁶⁸ Debo reconocer que esta visión no fue unánime en la Comisión de Estudios, habiendo discrepancia al respecto.⁶⁹

No obstante lo anterior, esta solución no podría ser utilizada en todos los casos. Así, por ejemplo, un juez ordinario no podría integrar los vacíos legales de un tipo penal para sancionar la conducta, siendo una ley penal en blanco. Este caso debiera ser resuelto mediante la inaplicabilidad.⁷⁰ Y si la omisión del legislador penal es total, entonces necesariamente debe entenderse que no existe un hecho punible.

Asimismo, no podría concebirse que un juez integrara un vacío en una atribución de un órgano estatal, por cuanto dichas atribuciones deben ser expresas (y jamás implícitas). En general, también debe decirse que en materia de

⁶⁷ Esta razón podría servir para argumentar que los sistemas anglosajones son más eficaces para dar solución a la omisión legislativa. A primera vista por la propia estructura (prelación) del sistema de fuentes del *common law* (e.g. inglés y norteamericano) también conocido como *judge-made-law* (el derecho sobre la base de la jurisprudencia) conducen a que no se plantee el problema, ya que los jueces están interpretando la Constitución y las leyes para descubrir las soluciones al caso concreto (generando incluso delitos por la vía jurisprudencial, como ha ocurrido en Inglaterra), o interpretando de manera extensiva la Constitución americana que, por lo demás, es muy breve en su contenido. Ello se vería reforzado con la existencia del precedente.

⁶⁸ Sesión N° 303, de la Comisión de Estudios, p. 1328. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, p. 96.

⁶⁹ Una opinión diferente la tuvo el profesor Raúl Bertelsen, quien sostuvo que la "falta de desarrollo de una norma constitucional en asuntos en que el Poder Judicial no tiene injerencia alguna (...) no es asunto jurisdiccional que pueda plantearse ante ellos". Sesión N° 303, de la Comisión de Estudios, p. 1329. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, p. 96.

⁷⁰ Esto, sin embargo, presenta una fácil respuesta a través del recurso de inaplicabilidad, sin perjuicio de que la jurisprudencia ha sido dubitativa al respecto. Esto es así debido a que se trata de una omisión parcial de fondo, y no de una omisión total. Véase la jurisprudencia reciente: una sentencia acoge un requerimiento de inaplicabilidad del delito de incumplimiento de deberes militares (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 781, de 27 de septiembre de 2007), en circunstancias que otra lo rechaza (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 559, de 7 de junio de 2007).

derecho público el eventual uso de la analogía puede ser cuestionado o es a lo menos sospechoso.

En materia procesal, en relación con las normas del debido proceso, es posible observar casos en que se permita a los tribunales ordinarios interpretar la norma existente de la manera más conteste con la Constitución,⁷¹ reparando la omisión mediante la integración de normas, como ocurrió con el caso del rechazo al requerimiento de inconstitucionalidad del Art. 416 del Código Procesal Penal, ya citado, donde el TC hizo una exhortación a la justicia ordinaria para que integre la laguna. La integración del vacío necesariamente debe contar con la singularización de los valores y principios constitucionales, siendo éstos los principales elementos con que cuenta el juez.

Recordemos las palabras del propio TC: “es posible comprobar que el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia. La mencionada omisión provoca un vacío legal, que sin embargo puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”.⁷²

Por otra parte, debe recordarse que el intérprete debe analizar si existe una norma general que pudiera aplicarse de manera supletoria, pues en este caso no habría una omisión y deberá utilizar dicha normativa.

Útil puede ser la distinción entre el derecho público y el derecho privado, aunque en muchas ocasiones la diferenciación puede traer problemas, por lo que es preferible –a mi juicio– no reducir el análisis sólo a ello. Por lo demás, en muchas ocasiones es difícil de determinar la línea entre el derecho público y el derecho privado. ¿Qué sucede con las leyes que complementan la Constitución en materia de derechos fundamentales? ¿Podría un juez, fundado en el derecho privado, integrar lagunas en esta área?⁷³ La línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado no está muy clara, y probablemente será

⁷¹ La interpretación de la ley conforme a la Constitución ha sido acogida por la doctrina. Véase, sólo a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ G., Pablo (2004), pp. 100 y ss. Véase también a ZAPATA L., Patricio (1994), pp. 23 y ss., donde trata las sentencias interpretativas del TC.

⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, considerando N° 12, de la sentencia rol 558 -590-, ya citada.

⁷³ Por otra parte, debe recordarse que para el profesor Pablo Rodríguez, la distinción entre el derecho privado y el derecho público, “siendo importante, es insuficiente. Hay situaciones que no pueden abordarse con el simple expediente de entender que hay una prohibición en el silencio de la norma de derecho público y una permisón en el silencio del derecho privado. Quien juzga necesita fórmulas concretas (...)”. RODRÍGUEZ G., Pablo (2004), p. 25.

frecuente encontrar casos regidos por ambas ramas de manera simultánea. No obstante, existen principios y valores comunes a ambas ramas que no pueden ser olvidados por el intérprete, como la primacía de la persona humana, la interdicción de la arbitrariedad, etc. En esos casos, no sería, a mi juicio, descabellado utilizar normas de integración basadas y deducidas del mismo cuerpo constitucional.

VII. Conclusiones

La idea de la inconstitucionalidad por omisión arranca directamente de la doctrina de aplicación directa de la Constitución. Por esta misma razón, los problemas han sido denunciados y las soluciones propuestas bajo el imperio de la Constitución de 1980, debido a que el cuerpo constitucional primitivo era impreciso respecto al alcance de obligatoriedad constitucional.

Los mecanismos destinados a subsanar la inconstitucionalidad por omisión no pueden ser los mismos que aquellos creados para controlar la acción legislativa inconstitucional, ya que la naturaleza de la situación a controlar es absolutamente diversa. Por una parte hay una norma expresa contraria a la Constitución, y por otra existe una ausencia que genera un conflicto con la Carta Fundamental.

Por lo anterior, no existe un precepto determinado que pueda ser expulsado o inaplicado por la justicia constitucional, salvo en ciertos casos en que es posible advertir la existencia de una norma "incompleta". Así, los mecanismos que se han propuesto en el derecho comparado apuntan al establecimiento de plazos, a dar advertencias, constancias e incluso a completar los vacíos mediante actos positivos. Dichos actos positivos deben ser reducidos con el objeto de que los tribunales constitucionales no se conviertan en legisladores y rompan la separación de funciones estatales. Por esta razón, se observan casos en que el desarrollo normativo jurisprudencial es temporal, o de efectos relativos (casos de Veracruz y una provincia Argentina). Así, las sentencias aditivas son excepcionales y restringidas, pese a la constatación de ciertos casos en Italia y España.

En Chile, todas las soluciones anteriores sólo son posibles en la medida que exista una norma constitucional expresa, ya que de lo contrario se quebrarían principios elementales del derecho constitucional. Por lo anterior, sin perjuicio del único caso regulado en el Art. 93, de la Carta Fundamental, se hace necesario resolver el problema con las herramientas jurídicas disponibles.

Dentro de ellas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha arrojado algunas luces que permiten clasificar los criterios asumidos dentro de nuestro sistema

constitucional. Por una parte se encuentran las sentencias que no declaran la inconstitucionalidad, pero constatan la inexistencia de una norma legal que por mandato constitucional debiera ser dictada. Por otra parte, nuestra jurisprudencia nacional ha declarado inconstitucionales o inaplicables determinados preceptos legales por no comprender en su plenitud un mandato específico de la Constitución.

Planteo en este trabajo colaborar con una idea que podría solucionar muchos problemas, a lo menos parcialmente. Me refiero a la facultad que tienen todos los tribunales de la República para completar las lagunas legales que observen en virtud del principio de la inexcusabilidad y de las normas de integración. Ello no transforma a los tribunales en legisladores positivos, ya que sólo cumplen una función integradora con los mismos elementos que el orden jurídico positivo les brinda. Así el tribunal debe observar el cumplimiento de las normas, valores y principios constitucionales, los que podrían concretizar de manera algo más precisa los mandatos que la equidad y la justicia le imponen al sistema normativo.

Bibliografía

BULNES ALDUNATE, Luz (2006). *La inconstitucionalidad por omisión*, artículo publicado en la revista Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, Universidad de Talca, Ed. Librotecnia, pp. 251 y ss.

BULNES ALDUNATE, Luz (1998). *La Fuerza Normativa de la Constitución*, artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, número especial de 1998, P. Universidad Católica de Chile, pp. 137 y ss.

FERNANDOIS V., Arturo (2008). *Billetera fiscal y discriminación arbitraria*, artículo publicado en "El Mercurio", 12 junio 2008. <http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2008/06/12/billetera-fiscal-y-discriminac.asp> (consultado en junio de 2008).

FERNANDOIS V., Arturo (2005). *Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o realidad?*, artículo publicado en Reforma Constitucional (ZÚÑIGA U., Franciso, coordinador), Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 685 y ss.

KELSEN, Hans (1999). *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Editorial Tecnos, 2ª ed., Madrid.

LETÉLIER W., Raúl, y NICOLINI, Matteo (2004). *Nulidad y Democracia en la Justicia Constitucional*, Revista de Derecho, N° 11, pp. 55-104.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (1969). *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Manuales Jurídicos N° 62.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del sur*, Santiago, Editorial LexisNexis.

OROZCO SOLANO, Víctor; PATIÑO CRUZ, Silvia, *La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica*. <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/n7VOS.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008). *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la Justicia Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cuestiones Constitucionales, N° 18, México, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst18/CUC000001807.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989). *El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho. Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos*. Artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Públicos, N° 34, Santiago, pp. 195 y ss.

RISSE FERRAND, Martín, *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Uruguay, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr3.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004, 2ª edición). *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, La Constitución de 1980, Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y Ciudadanía, Justicia Electoral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000, 2ª edición). *Tratado de Derecho Constitucional, t. VII, Congreso Nacional, la función legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002, 2ª edición). *Tratado de Derecho Constitucional, t. VIII, Poder Judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II, El principio de juridicidad, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999). *Derecho Constitucional*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomos I y II.

ZAPATA L., PATRICIO (1994). *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Corporación Tiempo 2000.

La ajenidad del Juez¹

Héctor Oberg Yáñez

Profesor Titular de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Corte de Apelaciones de Santiago, a través de su quinta sala, en sentencia de 27 de mayo de 2008² confirmatoria de la de primera instancia, desestimó la causal de implicancia fundada en el art. 195 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, la de "haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia", en mérito de las razones que aduce como justificativo de su decisión. Empero, interesa destacar de este fallo los párrafos signados con las letras A, B, y C, que fueron reemplazados del motivo primero de la resolución en alzada, por los siguientes:

"A. Que con fecha 7 de octubre (de 2007), refiriéndose a quienes fueran procesados por una resolución del día 4 de octubre de ese año, habría declarado al diario "La Nación" que los grados de responsabilidad son relativos; que todos ejecutan hechos que pueden considerarse en calidad de autores; que en ese caso existe un delito establecido y una presunción fundada; que los procesamientos siempre son revocables y que esas personas merecen un trato digno, pero que se ha comprobado que en ese caso han perdido su inocencia;

"B. Que en una reunión sostenida con ocasión de la entrega de un premio, formuló declaraciones recogidas por el diario "La Tercera", las que serían del tenor siguiente: "Estuve tomando té con él, en su casa, y tratando de descubrirnos: él como imputado, culpable de conductas que no deben ser aceptadas no sólo por el derecho, sino por la cultura y la historia, y yo estaba como quien podría pasar a la historia como quien debía juzgarlo"; y

¹ Así llama a la imparcialidad del juez doña María Victoria Berzosa Francos, Dra. en Derecho. Profesora Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona.

² Causa seguida "c/Marco Pinochet Hiriart y otros, rol N° 7522-2007 (acumulada al I.C. N° 7224-2007). Fallo dictado por los Ministros Sres. Alejandro Madrid Crohare, Omar Astudillo Contreras y doña Adelita Ravanales Arriagada.

“C. Que, en la misma oportunidad y recogido por la misma publicación, habría señalado que la causa de que conoce corresponde a “una investigación en que están concernidos dineros que pudieron haberse obtenido en actos de obtención de armas para el país”.

Como se dejara anotado, la inhabilidad alegada no prosperó a la postre, pero cabría preguntarse: ¿este juez investigador es imparcial realmente? ¿Acaso las expresiones que utilizó en sus entrevistas no revelan una falta de ecuanimidad, de enajenidad, en una sola palabra, de imparcialidad? ¿Se puede tener confianza por el justiciable en este juez y que él va obrar rectamente?

Nuestro parecer es negativo. Incluso, más aún, pudiera acontecer que no fuere posible aplicar ninguno de los motivos contemplados en el art. 195 del Código Orgánico de Tribunales, y sostener que un juez, este juez, no es imparcial y que debe ser, por ende, apartado del conocimiento del asunto de que se trata.

El problema que se plantea en la sentencia mencionada se centra en la imparcialidad que deben tener el o los juzgadores en la solución del conflicto jurídico que se les plantea por los interesados. Esta imparcialidad es menester mantenerla incólume, prístina frente a los justiciables, y no solamente por imagen, sino porque este deber es de la esencia de la administración de justicia. La inexperiencia, la desigualdad económica, social o cultural de una parte no puede, por tanto, ser compensada por el juez con una actividad que modifique los derechos de las partes y los deberes jurídicos del órgano juzgador, quien debe juzgar *secundum allegata et probata partium*.

Como lo expresa Eduardo Gutiérrez de Cabiedas, “la imparcialidad judicial no es sólo una característica del juez, que no desea inclinarse a favor de ninguna de las partes, sino más bien una postura objetiva del órgano jurisdiccional que se cualifica por ser su función distinta psicológicamente y materialmente a la de las partes del litigio. El proceso no es un instrumento de bienestar social. Es un instrumento de tutela de los derechos. Y para que esa tutela sea justa es necesario un juez que no se incline a favor de ninguno de los litigantes”. Y podría agregarse todavía que el único interés que debe guiar al juzgador es el de realizar una “recta administración de justicia”, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, de enemistad, de simpatías o antipatías respecto a los litigantes o sus apoderados, o por posibilidades de lucro personal, o por querer pasar a la historia, o por percibir dádivas ofrecidas, cualquiera que sea su naturaleza. No entenderlo así lleva inexorablemente a la negación misma de la justicia. En otros términos, se precisa que el juzgador sea moralmente capaz de resolver con absoluta imparcialidad y que no exista ninguna circunstancia que pueda afectar esa condición subjetiva. En caso contrario, y como lo expresa Ugo Rocco, el funcionario “no está dotado de los requisitos de

imparcialidad indispensables para juzgar de acuerdo con la justicia". Hay una falta de idoneidad en el juzgador.

Tan trascendente es esta idea de la imparcialidad que ella ha sido recogida en el art. 6.1 del Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, según el cual "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial...". Por su parte, el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en diversas sentencias ha definido la imparcialidad como la "ausencia de prejuicios o parcialidades" necesaria para lograr "la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática".

Al decir de Hernando Devis, las causales de impedimento se originan en cuatro motivos: interés, afecto, animadversión y amor propio del funcionario. Ellos deben interpretarse con amplitud, porque la aptitud moral de los jueces para resolver en los casos concretos es prenda preciosa e indispensable de una buena justicia. Y parece evidente que a través de las expresiones que se contienen en el fallo en referencia, dejan de manifiesto que el juez que se trató de inhabilitar carece de esa aptitud moral, y deja de manifiesto un amor propio de ese juez, cuando no un prurito de ser centro de mesa, en la causa que instruye. No es de extrañar una conducta en dicho magistrado, pues ya con anterioridad ha tenido otras manifestaciones estruendosas que requirieron que la Corte Suprema ejerciera sus facultades disciplinarias, al pretender desconocer una resolución dictada por ella.

Hay, pues, razones de decoro y prestigio para la magistratura que aconsejan separar a ese juez del conocimiento de un asunto judicial, a pesar de ser absoluta y relativamente competente. Tiene todos los atributos indispensables y esenciales de la competencia; pero carece de la más importante de las cualidades: la imparcialidad (Mario Casarino V.).

El derecho de todo litigante a que su causa sea resuelta por un tribunal imparcial, o la necesidad de que el juez se sitúe como tercero valorando interés ajeno, es algo que no ofrece ninguna duda, puesto que la imparcialidad, la "ajenidad", o desinterés objetivo pertenece a la propia esencia de la función jurisdiccional. Por esta razón es lógico que el mencionado derecho haya sido recogido en el Convenio de Roma de 1950 (María Victoria Berzosa Francos); y que nuestra Constitución haya considerado la imparcialidad judicial como una de las garantías de todo proceso, consagrada implícitamente en el art. 19 N° 3 inc. 5° en la noción del debido proceso,³ como lo dejó establecido la Comisión

³ Ver artículo del autor en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 200, de julio-diciembre 1996, titulada "¿Inhabilidad irregular e incongruente?".

Constituyente en su momento (sesiones 101 y 103). Lo que importa es una interpretación flexible y, sobre todo, teleológica de las causas de implicancias y recusaciones, proporcionando por ende un rango de garantía constitucional a la imparcialidad judicial, situación que no se condice con la interpretación restrictiva y rígida de las normas legales que tienen la finalidad de protegerla, y que aparece en ciertos fallos nacionales sobre la materia. Ha sido, pues, útil incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un motivo amplio de inhabilidad en el que pueda subsumirse cualquier hecho capaz de poner en duda la objetividad o carácter de tercero del juzgador. En otras palabras, lo que se anhela es lograr la plena confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a todos los ciudadanos.

Si bien es posible que la causal de implicancia que se alegó en esta causa no se configure, como lo sostienen los sentenciadores, no es menos posible que el juez investigador carezca de la imparcialidad necesaria que requiere la Constitución en su noción del debido proceso. De sus expresiones “estuve tomando té con él, en su casa, y tratando de descubrirnos: él como imputado, culpable de conductas que no deben ser aceptadas no sólo por el derecho, sino por la cultura y la historia, y yo estaba como quien podría pasar a la historia como quien debía juzgarlo”, aparece sin duda que este juez está prejuiciado y que carece, por ende, de objetividad para proseguir conociendo de la causa. ¿Cómo el justiciable va a tener la confianza necesaria en un juez que manifiesta expresamente su convicción personal respecto del caso concreto y de las partes, a través de las expresiones mencionadas? Este juez carece de imparcialidad, es la respuesta obvia a la interrogante, y los afectados no pueden confiar en una justicia objetiva y libre, por tanto, fuera de toda sombra de prejuicio o prevención. Olvidaron los magistrados de la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que la imparcialidad es una garantía constitucional, y que la circunstancia de no estar establecida en el Código Orgánico de Tribunales, y que el Código de Procedimiento Civil señala que “sólo podrá inhabilitarse a los jueces... en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”, no significa que pueda desconocerse esta imparcialidad judicial como garantía constitucional que debe concurrir en todo proceso, y ser considerada como motivo o causal de inhabilidad para el juzgador. Se evita así que los sentimientos personales de afecto, odio o interés que puedan encontrarse en el juez, le impidan intervenir con rectitud, ecuanimidad y objetividad en un concreto proceso. Es la situación que se registra en este fallo, y que, a nuestro entender, este juzgamiento debió considerar para marginar al investigador. Aun más, existiendo “a juicio de la parte, en el mentado juzgador, cierta tacha personal, es decir, determinada circunstancia personalísima que lo liga al proceso o a una de las partes directamente, se “recela o sospecha, o se tiene la certidumbre de que no actuará con la serenidad, ponderación, rectitud e imparcialidad que deben caracterizar las actuaciones de los órganos jurisdiccionales”(sentencia de 28/6/82, Tribunal Supremo español).

La interpretación rigurosa de las causas comprendidas en los arts. 195 y 196 del C.O.T. no es la más correcta si se atiende a su finalidad: garantizar la debida imparcialidad judicial. "Por esta razón, debería imponerse una interpretación teleológica y flexible de dichas causas que, respetando la letra de la ley, permita acoger todas aquellas circunstancias susceptibles de afectar a la imparcialidad judicial".^{4,5}

Por su parte, el TEDH ha establecido que la interpretación flexible o extensiva de las causas de recusación es la más acorde al derecho a un proceso justo con todas las garantías (sentencia caso Cubber, de 26/10/1984).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

"Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal".

"Segundo, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso".⁶

En igual sentido, la misma Corte expresó que: "La imparcialidad implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia", agregando que el "juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de

⁴ Al decir de Joan Picó i Junoy: "En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que puedan, incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado".

⁵ Joan Picó i Junoy: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Editor José M. Bosch. 1998. Barcelona. Además, ver cita 81 pág. 50, que menciona autores que siguen esta tesis.

⁶ CIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia 2 julio 2004, párrafo 170, cit. Humberto Nogueira en *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, pág. 49. Edit. Librotecnia, 2007.

la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.⁷ A la luz de lo que deja expuesto, ¿puede razonablemente sostenerse que este juez investigador reúne las cualidades que se registran en estas sentencias? En mi parecer, la respuesta natural sigue siendo negativa. Se han dejado de lado en este fallo desestimatorio todos los principios e ideas que son propios de esta ajenidad que demanda ser juez.

A manera de epílogo sí puede manifestarse que lo que se pretende con la institución en examen es mantener la dignidad de la magistratura y la afección (confianza) de la sociedad en sus jueces, hoy tan venidas a menos (ocupa el penúltimo lugar en las encuestas). En efecto, si el ordenamiento jurídico no contemplara entre sus normas el mecanismo en cuestión, los ciudadanos perderían la confianza que deben tener en sus jueces. Y a fin de mantener la dignidad de la magistratura debe eliminarse toda sospecha de parcialidad en su actuar. Dice Devis Echandía que “no se trata de que la ley presuma que el juez puede prevaricar o ser parcial, bajo el influjo de esas circunstancias, sino que es mejor para la justicia que no existan sombras ni dudas sobre la recta imparcialidad de quienes la administran...”.

⁷ CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, fallo 22 noviembre 2005, Hbto. Nogueira, ob. cit., pág. 50.

Reforma de la Justicia Militar de Chile

Sergio Cea Cienfuegos

Profesor de Justicia Militar

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor Titular de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La sociedad chilena resolvió a principios de este siglo reformar integralmente el sistema procesal penal que rigió en nuestro país, reemplazando aquel que se caracterizó por ser inquisitivo, escrito, formalista, por uno en el que se establece un sistema probatorio oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado y basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado.

Ahora bien, ¿qué ha pasado con la Justicia Militar, cuyo Código es del año 1926 y que se mantiene casi en forma similar desde su nacimiento a la vida jurídica?

No es racionalmente sustentable mantener este Código, aunque el constituyente en la reforma del año 1997, con ocasión de instituir el Ministerio Público, dejó expresa constancia, en el inciso cuarto del artículo 83, que las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares se regirán por las normas del Código de Justicia Militar y de las leyes respectivas.

El establecimiento de una jurisdicción militar distinta del sistema civil tiene su razón sustancial en permitir a las Fuerzas Armadas robustecer directamente valores de trascendencia jurídica en el desempeño de sus funciones. Ellos son la disciplina, la seguridad militar, la eficiencia operacional y la moralidad de los militares. Estos valores o bienes son de carácter instrumental en relación con los cometidos constitucionales que les asigna la Carta Fundamental en el artículo 101; esto es, en la medida en que se observen integralmente aquéllos, el cumplimiento de esos cometidos está asegurado. Debemos recordar que las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la Patria y la seguridad nacional.

En lo que atañe a su consagración constitucional, debemos tener en consideración los artículos 83, inciso cuarto, y 101 de la Constitución Política; los artículos 1° inciso tercero de la LOC de la Fuerzas Armadas y el artículo 21 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado; el artículo 5° del COT y el artículo 4° del Código Civil, todos ellos sin perjuicio del propio Código de Justicia Militar.

Mi opinión como profesor universitario es que la competencia, la organización y procedimientos que inciden en los tribunales militares, tanto en tiempo de paz como de guerra, deben ser reformados integralmente, pero considerando y respetando las particularidades y características que la propia Constitución Política asignó a las FF.AA. y de Orden en los artículos 101 y siguientes.

Causas que originan la reforma integral

A mi entender, son cuatro los factores que inciden directamente en la reforma de la Justicia Militar en nuestro país. En efecto, el primero de ellos es la adecuación de las normas jurídicas que regulan el ámbito procesal castrense a los principios que se consagran en la Constitución Política de 1980 y a los estándares internacionales. Si cotejamos el Código de Justicia Militar de 1926, con los principios de la Carta Fundamental, constataremos que de una u otra forma las normas del Código Castrense son limitantes con las que se establecen en el artículo 19, numeral 3, de la Constitución Política y que consagran el principio del debido proceso en todas sus facetas.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló expresamente en la sentencia del caso "Palamara" lo siguiente:

"El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares".

"El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares".

Recordemos, además, que existen otras materias que, por integrar un Código de más de 75 años de vida jurídica, no son concordantes con los principios de proporcionalidad e independencia.

Un segundo factor es el impacto de la Reforma Procesal Penal en el sistema de organización y de procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar. En efecto, tal como lo indiqué al comienzo de este estudio, no sería sustentable la coexistencia de un proceso penal, oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado, con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado, con otro inquisitivo, escrito, formalista y en el que se establece un sistema probatorio reglado, por cuanto, a mi entender, no habría igualdad ante la ley; es más: no visualizo razón por la cual los miembros de las Fuerzas Armadas no tengan el sistema garantístico que se está aplicando a los civiles en nuestro país.

En la práctica nos encontramos con que la Justicia Militar es, en definitiva, una isla jurídica dentro de la normativa que rige en Chile en materia de organización y procedimiento.

Un tercer motivo que incide en la reforma a la Justicia Militar es la competencia, que, sin lugar a dudas, es el factor más criticado y discutido en los estamentos políticos y académicos de nuestra sociedad. Es un hecho innegable que en el derecho comparado los Códigos de Justicia Militar han ido restringiendo la competencia de la Justicia Militar, excluyendo o sustrayendo el juzgamiento de civiles. No obstante, este factor debe ser evaluado en forma prudente, en especial en tiempo de guerra, por cuanto cada Estado tiene su propia percepción de la forma como debe delimitarse el juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares.

Otro aspecto o cuarto factor importante reside en mantener la competencia para delitos comunes cometidos por militares en el ejercicio de potestades públicas durante el estado de guerra, en acto de servicio y en recintos militares. Sin embargo, además, deben readecuarse las definiciones que el legislador estableció en el Título III del Libro IV, "Disposiciones Complementarias", del Código de Justicia Militar, ya que podemos concluir que algunas de ellas son demasiado extensivas en su interpretación judicial.

Mi experiencia, de más de veinticinco años en el ámbito del Derecho Militar, me indica que determinados delitos comunes cometidos por militares afectan de una u otra forma a la disciplina. Es cierto que no puede mantenerse el sistema competencial en materia de delitos comunes en los términos en que actualmente se comprende en el Código de Justicia Militar, pero sí deben, a mi juicio, quedar incluidos todos aquellos delitos que se vinculan directamente con el ejercicio de potestades o atribuciones públicas que son inherentes al mando militar que se desempeña. Estas son mis opiniones que, a través de los años, he expuesto en diferentes trabajos académicos y artículos.

Modificaciones en materia de competencia de la Justicia Militar

Con fecha 22 de junio de 2007, la Presidenta de la República envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar en dos aspectos básicos: la restricción de la competencia para el juzgamiento de civiles, por una parte, y la derogación de la pena de muerte que se mantiene hasta la fecha en la legislación castrense.

En lo que concierne al juzgamiento de civiles, la Justicia Militar no los juzgará, manteniéndose en consecuencia el objetivo esencial del proyecto de ley. Sin embargo, se consagró la excepción en lo referente a los delitos de maltrato de obra a Carabineros en Servicio y los delitos contemplados en el Código Aeronáutico. En todo caso, deberemos ver el resultado definitivo en esta materia después de que sea aprobado por el Congreso Nacional. En efecto, como consecuencia de haberse considerado por el Gobierno de Chile el principio denominado "Competencia Funcional de los Órganos Judiciales Militares", que se traduce en que los Tribunales Castrenses por ser una jurisdicción especializada en los términos que la consagran la Constitución Política, el Código Orgánico de Tribunales y el propio Código de Justicia Militar, sólo tendrían competencia sobre los delitos militares cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas que tengan la calidad de militares. En este contexto, es factible que se excluyan las competencias excepcionales que se consideran en el proyecto de ley, esto es, no se juzgará a civiles en nuestro país.

En lo sustantivo, es obvio que los tipos penales que se describen en el Código de Justicia Militar deben ser analizados y examinados en forma acuciosa, a fin de que se adecuen a las doctrinas y orientaciones actuales del Derecho Penal, y, en especial, en materia de penalidad. Ello es necesario para que exista coherencia y armonía entre la normativa especial castrense y la totalidad del ordenamiento jurídico penal. Mientras no se dicte por el legislador un nuevo Código Penal, es difícil que se logre una sintonía jurídica en materia de penalidad con la concreción de una nueva legislación penal castrense. Nos podríamos encontrar posteriormente con una disonancia entre ambos cuerpos legales.

En un trabajo académico sobre la evolución histórica del Código de Justicia Militar realicé un examen a fin de determinar con claridad y precisión el impacto de la legislación militar española en nuestro actual Código de Justicia Militar, porque a veces nos olvidamos de que las actuales estructuras y organizaciones jurídicas, formalmente han sido modificadas, aunque en cuanto a su esencia y sustancia mantienen inalterables aquellos principios y valores que sustentaron otros cuerpos normativos que hoy en día se encuentran derogados. Además,

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.



Universidad del

Desarrollo

SANTIAGO

BIBLIOTECA UDD SCL



R011800