ACTUALIDAD JURIDICA

Año X N° 19 Tomo II 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 II

Universidad del Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

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 II

- **Hobbes, precursor del estado laico**. J. Alvear T. 423
- **Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico**. C. Guidi M. 459
- **Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile**. A. Fraga Y. 479
- **Sobre la actual "semana corrida" en Chile**. H. Fábrega V. 493
- **Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas**. M. F. Juppet E. 513
- **Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura**. A. Mihovilovic B. 535
- **Formando abogados analistas**. I. Aróstica M. 579
- **Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes**. A. Paúl D. - S. Soto V. 585
- **Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová**. E. Alcalde R. 615
- **Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC**. R. Campusano D. - P. Romero Z. 651

Análisis Jurisprudencial

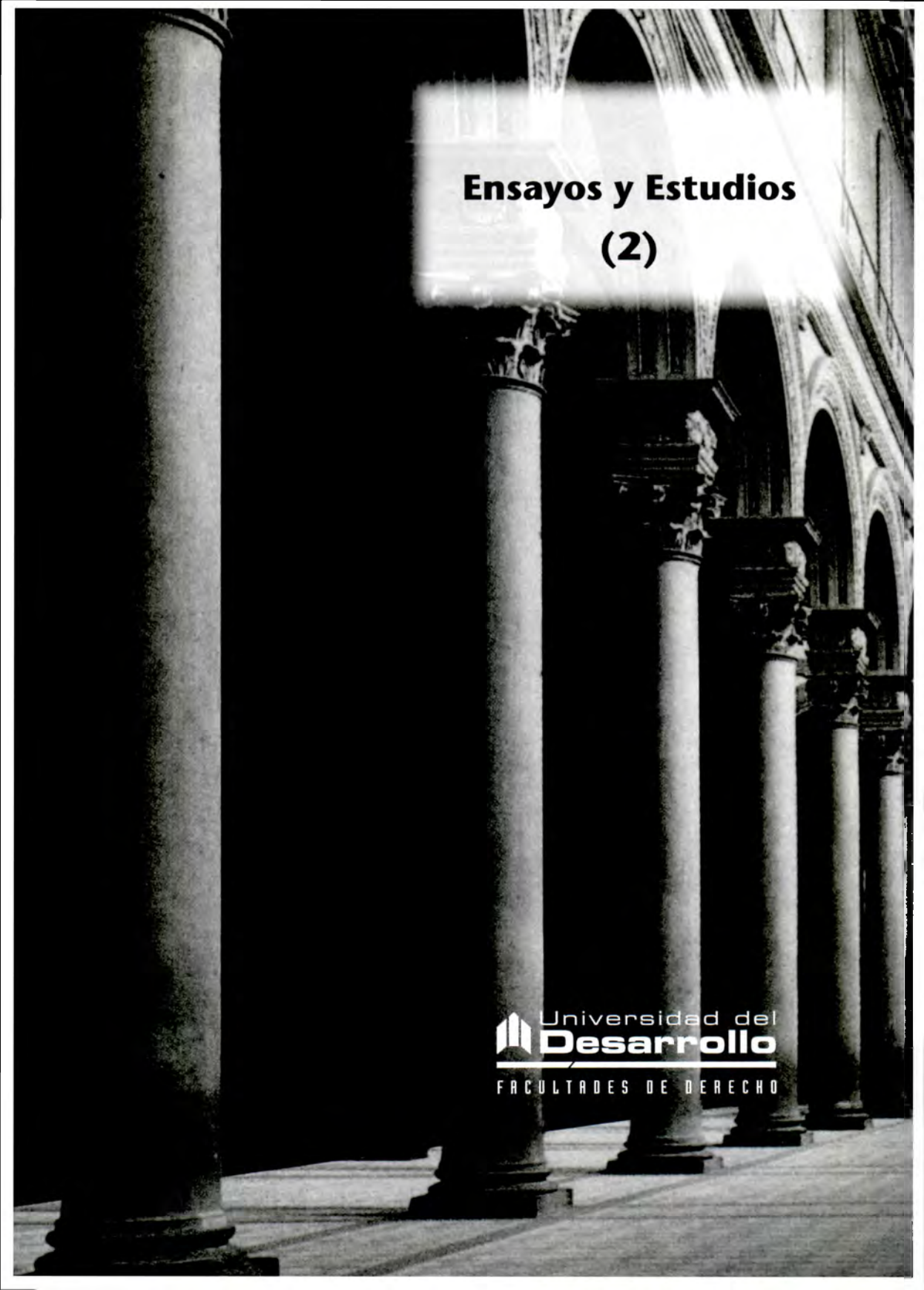
- **Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria**. C. Halpern M. 683
- **Comentario de jurisprudencia.** H. Oberg Y. 697
- **El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral.** H. Rosende A. 703
- **Desprotección constitucional frente a los derechos municipales**. J. M. Díaz de Valdés J. 757

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago**. T. Siles D. 779
- **Facultad de Derecho, sede Concepción**. C. Hurtado E. 791

Libros, Resúmenes y Recensiones

- ***Bibliografía Jurídica Chilena, 2007*, de F. Vicencio E. y J. Bassa M.** E. Andrades R. 797
- ***Las Obligaciones*, de R. Abeliuk M.** P. Rodríguez G 801
- **Indice Revista *Ius Publicum* N° 21/2008** 805


Ensayos y Estudios
(2)
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Hobbes, precursor del estado laico

Julio Alvear Téllez
Profesor Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Becario Alban de la Unión Europea
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

1. La dificultad de interpretar a Hobbes

Uno de los aspectos más sorprendentes de Thomas Hobbes, no sólo como teórico político, sino como filósofo, es su capacidad de sembrar visiones contrapuestas entre quienes lo leen.

Mientras más se avanza en el estudio del filósofo inglés, más lejos se está de un consenso respecto al sentido de los postulados centrales de su herencia doctrinal, particularmente tratándose del "Leviatán". Mientras más se multiplican las obras en su honor, más se ensancha el abismo sobre el cual debiera construirse el puente de la intelección prístina de su pensamiento.

Nuestra postura es que Hobbes es realmente un profeta de la modernidad, que vive en una época en donde los elementos de la vieja tradición medieval aún perduran, aunque astillados en el campo religioso, filosófico y político por la innovación anglicana y las influencias nominalistas. Espectador de los cambios políticos de su tiempo y de las incesantes luchas entre las facciones religiosas emergentes de la nueva Inglaterra, el filósofo inglés parece ser a veces más que un pensador, más que un polemista, un hombre de deseos, con su pluma materialmente vuelta hacia el futuro, hacia los horizontes de significado político y jurídico que se implantarían a partir de la Revolución Francesa de 1789. Conciente de su filosofía nominalista, racionalista y mecanicista, Hobbes es mucho más coherente, mucho más hobessiano, en la lógica de la modernidad, que lo que alguno de sus intérpretes quieren hacerlo pasar.

Sus textos de cuidada estructura gramatical, de perfilada integridad lógica, de acendrada virtualidad racionalista y geométrica, no ocultan su encendida pasión por levantar el ideal de la modernidad sobre los escombros de una tradición clásica, con la cual es necesario acabar, con toda la inteligencia de un hábil dialéctico, con toda la inventiva de montajes logísticos en donde los

argumentos no sólo se despliegan con furia acosadora, sino que se sugieren en distintos niveles de lectura o se simulan con talentosa ironía.

El elenco de sus obras es impresionante, no tanto por su cantidad cuanto por la amplitud de su visión. Propone toda una concepción del universo, de la naturaleza, del hombre, de las ciencias y de la lógica, de la religión, de la sociedad política y del derecho.[1] Sus escritos más importantes, sea porque en ellos expone sus tesis generales, sea porque de un modo polémico precisa los límites y explicita las consecuencias de aspectos parciales de su pensamiento, son:

- *"A Briefe of the Art of Rhetorique"* (1635).
- *"The elements of Law Natural and Politic"* (1640).
- *"Objectiones ad Cartesii Meditationes"* (1641).
- *"De Cive"* (1642).
- *"Of Liberty and Necessity"* (1645).
- *"De Cive"*, segunda edición (1947), con notas adjuntas en respuesta a las objeciones planteadas.
- *"The Corpore Politico, or the Elements of Law, Moral and Politic"* (1950), separata de los "Elementos" (1940) dedicada al Estado.
- *"Leviathan"* (1651), edición en inglés.
- *"The Corpore"* (1655).
- *"The Questions concerning Liberty, Necessity and Chance"* (1656).
- *"The Homine"* (1658).
- *"Considerations upon the Reputation, Loyalty, Manners and Religion of Thomas Hobbes of Malmesbury, writen by himself by way of letter to a learned person"* (1662).
- *"Behemoth, The History of Causes of the Civil Wars of England"* (1666-1668).
- *"A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England"* (1666).
- *"An Answer to Bishop Bramhall´s Book, called "The Catching of the Leviathan"* (1668).
- *"Leviathan"* (1970), edición latina.[2]

[1] La obra completa de Hobbes se encuentra en las siguientes ediciones: i) *English Works*, 10 vols + 1 vol. de índices y de tablas, ed. W. Molesworth, Londres, 1839-1945, publicada nuevamente por Routledge-Thoemmes Press, 11 t., en 12 vols., Londres, 1992, y ii) *Opera Latina*, 5 vols., ed. Molesworth, Londres, 1839-1945, reproducida nuevamente por Scientia Verlag, Aalen, 1966. Asimismo, existe la edición crítica Vrin de las *Oeuvres complètes de Hobbes*, en traducción francesa, aparecida en 6 vols y *The Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes*. Su correspondencia puede encontrarse en *The Correspondence of Thomas Hobbes*, ed. N. Malcolm, *Works*, 2 vols, Clarendon Press, Oxford, 1994 (Vid. Zarka, Yves Ch., *"Hobbes et la pensée politique moderne"*, Presses Universitaires de France, París, 1995; edición española de Ed. Herder, Barcelona, 1997, pp. 15 y 312-313).

[2] El elenco que precede lo hemos recogido conjuntamente de Bobbio, Norberto, "*Thomas Hobbes*", Giulio Einaudi Editore, Torino, 1989; versión española del Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 34-35, 169-170, y de Zarka, Yves Ch., "Hobbes et la pensée politique moderne", ed. citada, pp. 312-313.

Al aproximarse a la obra de Hobbes se tiene la sensación de lo inabarcable. Emprender un estudio sobre él agobia, aun cuando, como en la presente investigación, tengamos sólo como propósito limitarnos únicamente al "Leviatán", acotándolo a una sola de sus posibles lecturas: la de los presupuestos filosóficos del laicismo.

Llegado a este punto, es oportuno al menos reseñar algunas de las tantas visiones contrapuestas en las que se entrecruzan los intérpretes del pensamiento hobbesiano. Enumerémoslas:

i) ¿Sistema filosófico unitario o dualidad inconsistente?

Hay quienes sostienen que hay una dualidad imperdonable en la filosofía de nuestro autor. Ello nos dejaría sin base para nuestra tesis. Pero otras posturas, al contrario, afirman que, más allá de ciertas apariencias, nos encontramos frente a un sistema filosófico unitario.

El Dr. Juan Carlos Hernández G. ha dedicado un importante estudio titulado "*El problema de la unidad de la Filosofía Hobbesiana*",[3] en dónde realiza un balance, con gran acopio documental, del statu quo de la cuestión.

A su juicio, tres han sido los motivos que han llevado a negar la coherencia interna de su filosofía: en primer lugar, el materialismo que se le atribuye y que dejaría sin sustento metafísico a su teoría política. Siguen esta postura Ralph Ross, Samuel Mintz y Dorothea Kroot. No lejos está la opinión bastante irónica de Descartes definiendo a Hobbes como *"mucho más hábil en moral que en metafísica y física"*. En segundo lugar, se ha llegado a esta opinión por causa del estancamiento histórico de sus estudiosos que han explorado sólo sectorialmente su obra, acentuando los aspectos políticos y jurídicos, sin conexión con la atribuida concepción materialista de sus presupuestos filosóficos. En tercer lugar, se ha alegado la discontinuidad temporal del pensamiento de Hobbes, en el sentido de que su doctrina política habría sido elaborada con anterioridad –y por tanto, sin necesidad– de sus principios filosóficos fundamentales. Inició esta postura Croom Robertson en 1886, y ha sido continuada, con diversos matices, por L. Strauss, para quien el escritor inglés construye su teoría política esencialmente desde sus concepciones morales.[4]

Enfrentado a estas posturas, el Dr. Hernández González estudia los presupuestos de la filosofía natural hobbesiana a partir de la hipótesis aniquilatoria

[3] Vid. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N° 88, pp. 155-172.

[4] Hernández González, José Carlos, op. cit., pp. 156-157.

formulada definitivamente en *"The elements of Law Natural and Politic"* (1640) y *"Of Liberty and Necessity"* (1645) y llega a una conclusión decisiva. Más allá de la problemática de cuáles son los vínculos **materiales** entre la teoría política y sus presupuestos filosóficos, sujetos aún a discusión –vr. gr. las diferencias entre Watkins, Macpherson y Raphael–,[5] existe sin duda un vínculo **formal** de naturaleza **metodológica**.

Bobbio ilustra este aserto: *"Si la causa principal de los males que afligen a la sociedad civil es de naturaleza filosófica, su remedio sólo puede ofrecerlo la filosofía. Pero ¿qué filosofía? El problema de la buena filosofía, que finalmente ha de desplazar a la antigua, que durante demasiado tiempo ha dominado y confundido las mentes, está estrechamente vinculado al problema del método. Después de haberse dedicado de forma exclusiva durante años a los estudios humanísticos, Hobbes llegó a la convicción, a través de los contactos que estableció en sus viajes continentales con algunos de los científicos más importantes de la época, de que las únicas ciencias que habían progresado hasta el punto de transformar radicalmente la concepción del universo eran las que habían aplicado el procedimiento rigurosamente demostrativo de la geometría (...) La disparidad de opiniones derivaba esencialmente del hecho de que los filósofos morales no hubieran intentado nunca, por ignorancia o por interés, hacer de la ciencia política una ciencia rigurosa. En la geometría y en las ciencias demostrativas no había lugar para disputas ociosas acerca de lo verdadero y de lo falso".*[6]

El método será entonces la herramienta de una razón *calculadora* cuyo despliegue mostrará Hobbes en su teoría política, en conexión con su filosofía natural. *"En el pensador inglés* –sostiene Hernández– *es evidente su intento, su propósito de reconducir la física al rigor demostrativo de la razón geométrica".*[7] Y lo que hace con la física, lo hace a su modo con la filosofía política, que en sus manos deja de ser una filosofía práctica, presupuesto de la prudencia política, en el sentido clásico del término, para transformarse en una filosofía *"demostrativa"*, la cual a través de la teoría del estado de naturaleza se convierte en una filosofía del *artificio*.

En este punto, el Dr. Hernández, siguiendo a Bobbio y Riedel, concluye que en Hobbes *"se produce una transformación en la relación entre naturaleza y arte respecto a la concepción de la filosofía clásica; una transformación en la que el arte no ocupa ya una posición inferior a la naturaleza, sino que se convierte en signo de una nueva y más alta valoración de las cosas hechas por el hombre".*[8]

[5] Sus distintos enfoques en op. cit., pp. 167-168.
[6] Cfr. Bobbio, N., op. cit., p. 38-39.
[7] Hernández González, José Carlos, op. cit., p. 166.
[8] Ídem p. 172.

Desde este punto de vista, cobra importancia la tesis principal del Dr. Hernández, que si bien no concluye la división de aguas en torno a la coherencia interna de la filosofía hobbesiana, logra dar mayor nitidez a una de sus interpretaciones: *"Es por todos conocido el hecho de que Thomas Hobbes concibió su obra con un claro propósito: construir un sistema unitario que pusiera los fundamentos de todo el saber humano. En otras palabras, un sistema que partiendo de la Filosofía Natural y abarcando la antropología o naturaleza humana, desembocase, finalmente, en el estudio del ciudadano y del Estado como objeto propio de la filosofía política".*

"Para el filósofo de Malmesbury, esta conexión sistemática debería realizarse a través de un paradigma que se bifurcaba en dos aspectos esenciales: por un lado, como unidad de principio en el cual la teoría mecánica de la sensación, es decir, la explicación en términos mecánicos de causa-efecto daba cuenta de los fenómenos del mundo natural y psicológico; por el otro, como unidad de método en el que el modelo de razonamiento axiomático-deductivo propio de la geometría proporcionaba la simplicidad, coherencia y fuerza demostrativa del conocimiento científico".[9]

ii) ¿Ruptura con la tradición filosófica clásica o su reabsorción?

Afirmada la unidad de la filosofía hobbesiana, aún no hay paz entre los intérpretes de Hobbes. Pareciera que el espectro del espíritu de disputa y de guerra también se asentó en la pluma de sus seguidores, aun entre los que han llegado a espacios de acuerdo común.

Toda filosofía vive de una tradición, que asume o que combate. Lo propio de la antigüedad y del medioevo era asumir la tradición en un proceso ascendente de contraste y sublimación. Lo propio de la modernidad es el combate, y la tentación pretenciosa y nihilista de partir de la nada. Por lo que cabe preguntar por la función que juega la tradición de la filosofía clásica en el pensamiento de Hobbes.

Una visión de Hobbes se dibuja aquí progresivamente. La resume el Dr. Hernández: *"F. Tönnies, W. Dilthey, R. Hönigswald, R. Polin, J. W. N. Watkins, M. Goldsmith, R. Peters, F. S. Mc Nielly, M. Riedel y D.D. Raphael entre otros han destacado cómo el principio de la construcción geométrica aplicado por Hobbes a la teoría política habría sido el elemento nivelador de las diferencia establecida por la tradición aristotélico-escolástica entre ciencias teóricas y ciencias prácticas. La filosofía civil hobbesiana se habría concebido bajo la pretensión de conocer las relaciones del comportamiento humano con la misma certeza y exactitud con que se conocen las relaciones de los procesos naturales"(...).*

[9] Ídem, p. 156.

Pero no deja de aparecer la paradoja. *"En el frente al que ahora estamos aludiendo, F. Brandt y J. Bernhardt han destacado la conexión de la Filosofía Natural de Hobbes con la tradición aristotélica y ello a pesar del pretendido paradigma científico bajo el cual el filósofo de Malmesbury manifiesta afrontar la deducción y examen de sus conceptos metafísicos fundamentales. Como afirma M. Riedel, la paradoja de la filosofía hobbesiana "consiste en que sigue el mismo curso lineal de los sistemas escolástico-medievales, de la* philosophia prima *a la política, pasando por la física y la ética, con la diferencia, obviamente, de que una metafísica mecanicista sustituye a la teleológica".*[10]

Esta última frase de Riedel es problemática. Sostener que una *"metafísica mecanicista"* ha sustituido a una de corte *"teleológico"* es lo mismo que afirmar que Hobbes mecanicista ha roto sin matices con Aristóteles teleológico, por lo que eso de *"seguir el mismo curso lineal"* de la tradición clásica no es más que un residuo fácilmente explicable, dada la herencia de los hábitos intelectuales comunitarios, pero que en ningún caso es índice de filiación o adscripción del pensamiento hobbesiano a la tradición.

Por ello, es explicable que otra visión sobre Hobbes ponga de manifiesto su pugnacidad nítidamente revolucionaria respecto de la filosofía clásica. Bobbio, por ejemplo, constata que *"En esta batalla por una ciencia política rigurosa, Hobbes tiende a abatir a la vez varias piezas. El adversario más ilustre es Aristóteles, según el cual la ética y la política no eran conocimiento de las cosas ciertas sino de las probables, dominio no reservado a la lógica, sino a la retórica (...) Con la oposición a la vieja y venerada doctrina aristotélica, Hobbes (...) perseguirá con insistencia el ideal de una ética demostrativa. La segunda y amplísima tropa de adversarios la forman los escolásticos antiguos y nuevos que perjuran* in verba magistra, *que cimentan sus teorías, no sobre la razón y la experiencia, sino en la autoridad de los precedentes, a los que siguen sin discriminación, bien por inercia bien por agradar a los poderosos, y que tienen un saber solo libresco".*[11]

Aludiendo a su filosofía política, G. Sabine opina que *"con Hobbes se rompe enteramente por primera vez el poder de la tradición y por obra de un racionalismo claro de cabeza y frío de corazón".*[12] Sus tesis en general fueron disolventes.[13]

Si hacemos el ejercicio de saltarnos a los comentaristas del filósofo inglés, y nos detenemos en una lectura acuciosa de su "Leviatán", lo cierto es que en sus

[10] Ídem, pp. 157-159.
[11] Bobbio, N., op. cit., p. 40.
[12] Sabine, George, *A History of Political Theory*, versión castellana de la tercera edición inglesa (1961), por el Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 346.
[13] Ídem, pp. 345 y 351, a propósito del individualismo de Hobbes.

propias palabras, casi a cada paso se respira su espíritu rupturista con la tradición. No se trata sólo del método. En Hobbes hay que reivindicar la presencia enraizada de una cosmovisión materialista y mecanicista del universo, así como nominalista en el ámbito del conocimiento que entra en contradicción con la metafísica del ser de la filosofía clásica cada vez que se presenta la ocasión. Lo veremos más adelante, cuando fundamentemos nuestra propia opinión sobre este asunto.

iii) ¿Teoría política cristiana o agnóstica?

No deja de ser desconcertante que en la obra política de Hobbes se citen con tanta profusión las Escrituras, y se invoque al Dios cristiano como elemento de argumentaciones basales de corte teológico, todo para llegar a sustentar una teoría sobre el Estado cuyos presupuestos han de llevar necesariamente, como intentaremos probar, no a la *"República cristiana"*, sino a la *"República agnóstica"*, cima del proceso de secularización de la política que vive Occidente.

No constituye un obstáculo serio, sino que, por el contrario, es motivo de mayor confusión, el hecho de que Hobbes dedique amplios espacios de sus tratados políticos al problema de la religión, específicamente la cristiana –de la cual se dice un seguidor–, pues lo que le interesa es precisar las relaciones del poder espiritual con el Soberano, con el poder civil, en un mundo que a la sazón aún era cristiano. De hecho, en sus *Elements* dedica a la religión dos capítulos; en *De Cive*, la tercera parte, titulada *"Religio"*, y en el *Leviatán*, toda la tercera y la cuarta parte, *"La República cristiana"* y *"El reino de las tinieblas"*. No se trata, pues, de juzgar las intenciones del autor o la mayor o menor fortuna de sus declaraciones apologéticas *pro vita sua*, sino el dinamismo lógico de los propios principios por él sentados como esencia de la constitución de los Estados.

Ya en vida, a partir de la publicación de la primera edición del Leviatán, Hobbes fue acusado de *ateo y oportunista*, a través de libelos que desgraciadamente no fueron desapasionados, y a los cuales el implicado respondió con el mismo *tonus* no exento de unilateralidades. Bobbio y G. Fraile[14] reseñan, en parte, esta polémica, en donde Hobbes se nos presenta con toda su habilidad de polemista, pero que, en definitiva, a mi juicio, no logra aportar al investigador mayor luz sobre sus auténticas convicciones religiosas. Sus *"Considerations upon the Reputation, Loyalty, Manners and Religion of Thomas Hobbes of Malmesbury, writen by himself by way of letter to a learned person"* (1662), son un escrito más serio en su propia defensa, pero no decisivo.

[14] Cfr. Bobbio, N., op. cit., pp. 169-171; Fraile, G., Fraile, G., "Historia de la Filosofía", Bac, Madrid, 1978, Vol. 3, segunda edición, pp. 723-724; 746-749.

De cualquier forma, el filósofo de Malmesbury sigue sembrando visiones contrapuestas. Por un lado, se ha llegado al extremo de presentarlo como un teórico *sui generis* del Estado cristiano, cual es la opinión de F. C. Hood, para quien *"la concepción que tiene Hobbes de la religión es completamente política; pero no se adhería a una secularización pagana de la religión, sino a una santificación cristiana de la política"*.[15] Desde el ángulo inverso, se sostiene que el pensador inglés, singularmente a través del "Leviatán", creó un símbolo para trabar su *"gran batalla histórica contra la teología política en cualquiera de sus formas"*, una imagen mítica-política en la lucha contra la destrucción judeo-cristiana de la unidad política natural. Tal es la opinión de H. Schelsky.[16]

A fin de tomar medida de la complejidad de la materia, citemos la opinión de M.Oakeshott, para quien la recurrente interpretación del filósofo, aquí ateo, allí teísta, *"puede explicarse con la presencia simultánea en sus obras políticas de una doctrina esotérica para la gente común; la primera es coherente con su sistema filosófico, la segunda se apoya en las ideas recibidas de la ley natural como mandato divino"*. [17]

iv) ¿Difusor del individualismo liberal o teorizador del absolutismo y anticipador del Estado totalitario?

"Por una parte, Hobbes ha sido vituperado durante siglos como consejero de tiranos, y en los años treinta, como anticipador del Estado totalitario", comenta Bobbio,[18] citando, entre otros, el escrito de J. Vialatoux, *"La cité totalitaire de Hobbes"* (1936, 1952), el retrato que de nuestro filósofo hace H. R. Trevor Roper en sus *"Historical Essay"* (1957) y las reservas que mantiene J. W. Watkins en su *"Hobbes´s System of Ideas"*. No obstante, también existe la tendencia a sacar a luz *"el espíritu liberal que inspira una concepción del Estado como la hobbesiana, que a) tiene en gran estima el principio de legalidad, especialmente en el derecho penal (M.A. Cattaneo) y b) en realidad no niega el principio de resistencia (P.C. Mayer-Tasch). Por otro lado, a la imagen un tanto convencional de un Hobbes tradicionalista y conservador, detentador de una concepción aristocrática de la vida, vinculado a la vieja clase feudal en decadencia, se ha venido contraponiendo otra imagen, en principio por influencia de Strauss, y finalmente, de C. B. Macpherson, según cuya imagen Hobbes aparece como el patrocinador de los derechos de la*

[15] Cfr. *The Divine Politics of Thomas Hobbes. An Interpretation of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1964, p. 5.
[16] Citado por Carl Schmitt en *El Leviatán en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes*, traducción española de Francisco Javier Conde, para la Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, Granada, 2004, pp. 8-9.
[17] La reseña es de Bobbio, op. cit, p. 176, y refiere la obra de M.Oakeshott titulada "Moral Life in the Writings of Thomas Hobbes", en *Rationalism in Politics*, Methuen, Londrés, 1962, pp. 248-300.
[18] Bobbio, op. cit., p. 177.

burguesía en ascenso y como primer ideólogo del capitalismo. Pero sobre estas tesis ha hecho justicia sumaria, y con buenos argumentos, K. Thomas".[19]

En realidad, quien no hace justicia sumaria a Macpherson es Bobbio. Aquel nunca ha pretendido dar una visión sistemática de toda la teoría general del pensamiento político hobbesiano, y si lo ha hecho podemos fácilmente perdonárselo. Pues en definitiva la interpretación que Macpherson hace de Hobbes no deja de tener un valor autónomo: a partir de una lectura de la sociedad de mercado adelantar de qué manera algunas de las tesis fundamentales de Hobbes sirvieron, desde el punto de vista de los modelos de sociedad y en el contexto de la evolución del pensamiento político inglés, de eslabón imprescindible al "individualismo posesivo", que encontrará su pleno representante en Locke.

"Solamente el modelo de una sociedad posesiva de mercado corresponde esencialmente a las sociedades de mercado competitivo modernas, y solamente este modelo satisface las exigencias esenciales de la sociedad de Hobbes. Naturalmente, de esto no puede inferirse que Hobbes tuviera claramente en la mente un modelo de mercado semejante. Trabajaba con modelos: un modelo mecánico de hombres, un modelo de relaciones sociales en el que no existe la coacción jurídica y un modelo de sociedad civilizada. Pero los modelos que acabamos de examinar (se refiere más inmediatamente al modelo de sociedad posesiva de mercado y sus ocho postulados) *son construcciones posteriores a Hobbes, y como tales, no pueden atribuírsele a él".*[20]

Es cierto que Macpherson en ocasiones hace una relectura demasiado sesgada de los textos de Hobbes –v.gr. su interpretación del *"estado de naturaleza"*–,[21] pero ello no invalida sus propuestas en torno a lo que el filósofo de Malmesbury tiene de individualista y de retratista adelantado del modelo estatal burgués que triunfaría a partir del siglo XIX en Europa. Y sin embargo, es desde ese "estado de naturaleza" en donde queda más patente la querencia individualista de Hobbes. G. Sabine sostiene que *"cómo toda conducta humana está motivada por el egoísmo natural, hay que considerar a la sociedad como un mero medio para este fin. Hobbes era a la vez un utilitarista total y un individualista completo. El poder del Estado y la autoridad del derecho se justifican mutuamente porque contribuyen a la seguridad de los individuos humanos, y no hay una base racional de obediencia y respeto a la autoridad, salvo la presunción de que tales cosas darán como resultado una mayor ventaja individual que sus contrarias. El bienestar*

[19] Ídem. Para facilitar nuestra exposición, hemos excluido de esta cita las obras y sus respectivas ediciones que Bobbio indica al referirse a cada autor en cuestión.

[20] Macpherson, C. B., *"The Political Theory of Possessive Individualism"*, versión española con el título de *"La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke"*, Ed. Fontanella, Barcelona, 2a edición, 1979, p. 61.

[21] Ídem, pp. 28-37.

social en cuanto tal desaparece por entero y se ve reemplazado por una suma de intereses individuales egoístas. La sociedad es meramente el cuerpo "artificial", un nombre colectivo que describe el hecho de que los seres humanos encuentran individualmente que les resulta ventajoso el cambio de bienes y servicios".[22] En este sentido, según Sabine, Hobbes habría *"captado el espíritu que había de animar el pensamiento social por lo menos durante dos siglos más, el espíritu del laissez-faire".*[23]

El individualismo de Hobbes es, a mi juicio, indiscutible, no obstante debamos seguir enfrentándonos a los vaivenes de un Hobbes amigo de una soberanía que detenta un poder terrenal similar a un dios mortal, y las interpretaciones "absolutistas" –sobre lo cual volveremos– del Estado.

Para C. Schmitt esta ambivalencia estaría resuelta si logramos equiparar el Estado legalista y mecanicista burgués decimonónico con el Estado hobbesiano y su teoría de la obediencia al soberano. *"La relación de protección y obediencia es la piedra angular de la construcción política de Hobbes. Resulta fácilmente conciliable con los conceptos y con los ideales del Estado de derecho burgués".*[24] Para Sabine, se puede lograr un equilibrio definitivo entre individualismo y poder soberano: el *"individualismo es el elemento plenamente moderno de Hobbes y constituye el aspecto en que captó con mayor claridad la nota de la época venidera. El poder absoluto del soberano –teoría a la que se asocia con mayor generalidad el nombre de Hobbes– era en realidad el complemento necesario de su individualismo".*[25]

v) ¿Iusnaturalismo o positivismo jurídico?

Si hay un área dónde las distintas visiones sobre Hobbes llegan a una contraposición escandalosa es ésta. ¿La teoría jurídica hobbesiana es de filiación iusnaturalista o realmente constituye una doctrina precursora del positivismo jurídico? Diremos que en cierta forma ya no depende de Hobbes, sino de sus intérpretes.

El Dr. José Carlos Hernández G. plantea la cuestión en toda su desnudez. *"Por lo que se refiere a la teoría jurídica, la paradoja es claramente expresada por Bobbio en los siguientes términos: "Hobbes, a través de la cuidadosa eliminación de todas las fuentes jurídicas extralegales, ha logrado darnos el concepto de Estado en el que el fenómeno de la monopolización estatal del derecho es llevado a sus extremas consecuencias". Si esto es así, ¿cómo puede conciliarse el poder absoluto con una Ley Natural que figura como fundamento y justificación última del sistema?".*

[22] Sabine, G., op. cit., p. 345.
[23] Ídem, p. 346.
[24] Schmitt, C., op. cit., p. 68.
[25] Sabine, G., op. cit., p. 351.

"Esta ambigüedad es la que ha dado lugar a una viva polémica en que el punto a resolver se constituye (...) en el encuadramiento iusnaturalista o positivista del pensamiento hobbesiano. A favor de la primera tesis se han manifestado los ya citados Taylor y Warrender e incluso un autor como E. Bloch ha puesto de manifiesto como la radicalización racionalista del iusnaturalismo es el punto clave para interpretar las contradicciones en que Hobbes se ve envuelto. En sentido contrario, Passerin D´Entreves ha destacado cómo el filósofo inglés se sitúa en realidad fuera de la tradición del Derecho Natural, siendo el fundador de una teoría que continuada por Austin habría llevado directamente al positivismo jurídico".[26]

Bobbio en un artículo escrito el año 1954 sobre la ley natural y la ley civil en la filosofía política de Hobbes inicia el estudio del problema con una afirmación bastante ambigua: *"Hobbes pertenece realmente al movimiento iusnaturalista y es realmente el iniciador del positivismo jurídico".*[27] Más abajo, somete a una breve exégesis un pasaje del *"De Cive"* sobre la determinación de la ley natural por la ley civil y concluye más categóricamente: *"Hobbes llega, aun sin darse cuenta, al positivismo integral, a partir del momento en que, después de todo, hay implícita en él una crítica, quizás no del todo consciente, del inútil carácter genérico de las presuntas leyes naturales. Al principio parecía limitarse a decir: las leyes naturales existen, pero no son obligatorias. Ahora, su devaluación llega bastante más lejos: las leyes naturales existen, pero son tan indeterminadas que son inaplicables. Con la primera afirmación, las leyes naturales eran sólo ineficaces. Con la segunda, se han convertido en inútiles por completo".*[28] Sin embargo, al advertir la importancia al menos estructural que en el "Leviatán" adopta la dualidad ley natural-ley civil, retrocede y sostiene: *"si por una parte hay que ser cauteloso al admitir que en el sistema hobbesiano hay una rendija abierta para las leyes naturales, por otra parte hay que evitar reducir su sistema a una forma demasiado positivista".* Al final, animado por una interpretación que devalúa la ley natural –en el fondo, no es más que un ropaje lingüístico venerable bajo el cual Hobbes sugeriría ideas nuevas– concluye más animosamente: *"Si el iusnaturalismo ha sido, antes de Hobbes, y seguirá siendo después de Hobbes, una doctrina que reconoce dos esferas jurídicas diferentes, aunque interconectadas, con Hobbes el iusnaturalismo desemboca en una concepción monista del Derecho, es decir, en una negación del derecho natural como sistema de derecho superior al derecho positivo".*[29] El año 1962, en un artículo dedicado a *"Hobbes y el iusnaturalismo"* precisa aquella conclusión: *"El iusnaturalismo hobbesiano es de tal especie que le abre el camino al positivismo jurídico. (...) Lo cierto es que Hobbes inventa, elabora, perfecciona los más refinados ingredientes del iusnaturalismo* (se refiere obviamente al iusna-

[26] Hernández, J. C., op. cit., p. 159.
[27] Bobbio, op. cit., p. 103.
[28] Ídem, p. 115.
[29] Ídem, p. 128.

turalismo moderno, no al clásico) *–el estado de naturaleza, las leyes naturales, los derechos individuales, el contrato social–, pero los manipula ingeniosamente para construir un gigantesco mecanismo de la obediencia".*[30]

Carl Schmitt es más enfático en la cuestión que nos ocupa. Con la precisión que lo caracteriza vincula las ideas de Hobbes con el Estado "positivista" moderno: *"Hobbes no distingue ya entre* auctoritas *y* potestas, *y convierte la* summa potestas *en* summa auctoritas. *El principio se trueca en expresión simple y objetiva de un pensamiento técnico positivista, neutral frente a los valores y la verdad, que ha vaciado los valores propios del mando y la función de todo contenido de verdad religiosa y metafísica, elevándolos a un plano autónomo. Un Estado técnico neutral de esta especie puede ser tolerante o intolerante; en ambos caso sigue siendo neutral. Su valor, verdad y su justicia estriban en su perfección técnica. Todas las demás nociones de verdad y de justicia quedan absorbidas en la decisión del mandato de la ley, y llevarlo al plano de la argumentación jurídica equivaldría a suscitar disputas y nueva inseguridad. La máquina del Estado funciona o no funciona. Si funciona, me garantiza mi propia seguridad y mi existencia física, a cambio de la cual exige obediencia incondicional a las leyes que presiden su funcionamiento".*[31]

Citemos finalmente a G. Sabine: *"Quedaba un parecido un tanto superficial entre el procedimiento seguido por Hobbes y el de la teoría del derecho natural: ambos pretendían derivar sus principios básicos de la naturaleza humana y deducir de ellas ciertas normas a las que debían ajustarse el derecho y el gobierno. Pero el significado de esta dependencia de la naturaleza humana era enteramente distinto en ambos casos. En las teorías iusnaturalistas típicas la dependencia era, en términos generales, aristotélica: es decir, el derecho natural impone condiciones morales básicas de una vida humana y civilizada. De ahí que haya que aproximarse a esos fines, los cuales ejercen un control ético regulador sobre el derecho positivo y la conducta humana. Por el contrario, para Hobbes, lo que controla la vida humana no es un fin, una causa, el mecanismo psicológico del animal humano".*[32]

2. Hobbes, precursor del Estado laico

Constituye una afirmación indiscutible que Hobbes es el precursor teórico del Estado moderno. No hay observador perspicaz que no lo haya notado. En ello, más allá de las controversias que sus escritos suscitan, es, como habíamos adelantado, un auténtico profeta de la modernidad, un descubridor inigualable de los nuevos horizontes políticos que habrían de surgir. Bastaría por tanto

[30] Ídem, p. 145.
[31] Schmitt, C., op. cit., pp. 39-40.
[32] Sabine, G., op. cit., p. 340.

detenerse en la naturaleza y atributos del Estado hobbesiano para derivar una cualidad que es consustancial al Estado moderno: la laicidad, y de ahí concluir que en esto Hobbes es al menos un explorador aventajado.

Sin embargo, el asunto no es tan fácil. Dos grandes dificultades se suscitan para arribar a tal conclusión:

1) El tiempo que Hobbes vive es un tiempo cristiano, y el ideal de un Estado laico, que sin edulcorantes es, dígase lo que se quiera, un Estado oficialmente agnóstico, resulta brutalmente chocante para la mentalidad cristiana de la época. ¿Era Hobbes tan rupturista que incluso en esto quiso romper con los hábitos políticos de lo que quedaba de la Cristiandad europea?

2) Hobbes dice profesar el cristianismo. La tercera y cuarta parte del Leviatán, de hecho, están dedicadas a las relaciones del poder temporal con la religión cristiana, y da la impresión de que busca acomodar sus tesis políticas primigenias (desarrolladas en la primera y segunda parte de la obra) a las exigencias de un ideal de Estado cristiano. ¿Concesión intencional y externa a la mentalidad de su tiempo o consecuencia de una profunda convicción religiosa? ¿Sedicente cristianismo que encubre con lenguaje antiguo tesis radicalmente contrapuestas al horizonte político premoderno o sinceridad de creencias que pergeña un necesitado equilibrio con la razón?

Como si se quisiera evitar las interrogantes precedentes, hoy es más que común encontrar ediciones del *"Leviatán"* en las que se han amputado la tercera y cuarta parte.[33] Pero lo cierto es que el confrontar la teoría política hobbesiana con lo que por tradición se sustentaba, que era el derecho público cristiano, fue un trabajo que hizo el mismo Hobbes, y no nos podemos librar de él sólo porque la moda de nuestra época quiera renunciar al cristianismo.

Autores hay que sumergidos en el estudio de la primera y segunda parte del Leviatán han olvidado la tercera y la cuarta parte. Es la acusación que hace Hood en su obra ya citada, y que en nuestra lengua es repetida por varios investigadores que sustentan que Hobbes fue en realidad un pensador de una teoría política cristiana, aunque acuse el proceso secularizador que va implicado en las ideas de la Reforma.[34]

[33] *"... pese a su extensión, suelen ser poco comentadas y hasta excluidas de algunas ediciones recientes de la obra (por más que) resulten imprescindibles para entender las más genuinas intenciones de su autor"*, Mellizo, C., Prólogo al *Leviatán*, de Th. Hobbes, Madrid, Ed. Alianza, 2004, pág. xiv.

[34] Cfr. Oses Gorraiz, Jesús María, *"Hobbes: la República Cristiana"*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), N° 72, abril-junio 1991, pp. 173-199; Plata Pineda, Oswaldo, *"Religión y política en el Leviatán de Thomas Hobbes"*, en *Praxis filosófica* (Nueva Serie), N° 23, jul-dic. 2003, pp. 57-79.

El prof. J. M. Oses Gorraiz sostiene a este propósito que *"en el fondo, lo que Hobbes hizo al escribir Leviatán se resume en una doble tarea. En primer lugar contribuyó a secularizar la religión positiva, ateniéndose sólo a la Escritura y queriendo evitar con ello las controversias teológico-religiosas, que tan perjudiciales habían sido para Inglaterra. La religión, siguiendo las pautas de la Reforma, quedó relegada a la fe y se convirtió en un problema personal, privado e íntimo. En este sentido, Hobbes es deudor de más de un siglo de Reforma y Contrarreforma religiosa. (....) Y, en segundo lugar, construyó una teoría del poder político que cabe en un paradigma más amplio y de corte religioso, pero netamente laicizado, secularizado y racionalizado (...) Para Hobbes Dios es el Rey universal, absolutamente omnipotente, pero su reino no es de este mundo. Y lo que el hombre tiene que hacer hasta que el reino venidero llegue es cumplir las leyes dictadas por el único poder terrestre legítimo –de iure divino–: el poder soberano de los príncipes. Este poder es –teóricamente y como reflejo del poder divino– omnipotente, aunque realmente no lo sea. Y es absoluto, indivisible e irrevocable".*[35]

Asimismo, el profesor O. Plata Pineda afirma: *"En los albores de la modernidad, tras la ruptura de la unidad del pensamiento medieval, los diferentes ámbitos del saber humano comenzaron a experimentar un proceso de racionalización (secularización) que devino en su separación. Particularmente, el Leviatán de Thomas Hobbes constituye uno de los primeros esfuerzos por separar la religión de la política (...) Lo que me interesa demostrar es que en el Leviatán el propósito político de justificar la autoridad de un Estado mediante un acuerdo entre sujetos libres e iguales está puesto al servicio de la consecución de un propósito religioso: la institución en la tierra del reino de Dios (...) La extensión del reino de Dios es ilimitada, y la política, en cuanto que es parte de la religión, es el camino mediante el cual los hombres buscan instituir el reino de Dios. Visto así, el contrato social no sólo es el procedimiento que define los fundamentos normativos del poder político, sino, además, un modo de llevar a cabo la obra de Dios sobre la faz de la tierra".*[36]

En realidad, creo que si hay que poner atención en las dos últimas partes del "Leviatán", como nos proponen las citas precedentes, no hay que olvidar tampoco las dos primeras partes, que contienen en germen todos los principios hobbesianos, de tal manera que aunque no llegaran a nosotros las susodichas partes, una atenta lectura de las dos primeras nos harían arribar a una misma conclusión. Porque, en el fondo, lo que hace Hobbes en las dos últimas partes es volver a dar a su teoría política ya consumada una base adicional: las Sagradas Escrituras, transformándolas en una exégesis probatoria de sus tesis con visos de darles legitimidad a los ojos de los "reformados".

[35] *Cfr. Oses Gorraiz, J. M., op. cit., p. 174.*
[36] *Cfr. Plata Pineda, O., op. cit., pp. 57-58.*

En ese contexto, se encarga de contrastar su teoría política con el derecho público católico, rebatiendo con especial virulencia la tesis del poder directo y universal del Papa en materia espiritual, y de su poder indirecto en el orden temporal, defendidos brillantemente por San Roberto Belarmino y Suárez. No hay que olvidar que en la mente de Hobbes el Papado es la "bestia negra" en la misma medida en que teóricamente representa el más grande obstáculo a la absorción del poder espiritual por parte del único soberano, que es el poder civil.

Sin embargo, el tiro no da en el blanco. Su exégesis, como ha observado Bobbio, es arbitraria. Pero hay que ir más lejos. En realidad nuestro filósofo fundamenta las Escrituras en sus postulados, y no a la inversa, con lo que desvirtúa la sustancia de la ciencia exegética, reduciéndola a un instrumento conceptual de base teológica al servicio de sus reflexiones políticas.[37] No debemos achacarle, sin embargo, y de manera apresurada, mala fe. En este punto, Hobbes es hijo de su tiempo y de los efectos religiosos disolventes de la Reforma protestante en Inglaterra. Como observa Sabine, a propósito de la "Iglesia nacional" de Hooker, *"por razones totalmente inevitables, dadas las circunstancias, la independencia de la Iglesia de Inglaterra frente a la de Roma sólo podía significar que el rey se convirtiese en su jefe temporal, pero la idea de jefe temporal de una iglesia era nueva e incomprensible. El gobierno eclesiástico tiene que comprender el poder de decidir qué doctrinas han de creer los miembros de la Iglesia, y ningún cristiano podía pensar seriamente en que el rey de Inglaterra fuese capaz de decir cuál fuera la verdadera doctrina. Un jurista que supiera poco de teología –y a quien no le importase nada esa rama del pensamiento– podría limitarse a la conclusión práctica de que la herejía se definía en los tribunales del rey al igual que los demás delitos. Un hombre que creyera en serio que la doctrina de la Iglesia era la verdad eterna podía sentir algún agravio al ver que tal verdad quedaba bajo la custodia de unos obispos, que eran nombrados por el Rey para gobernar la Iglesia. Lo cierto es que la jefatura temporal de la Iglesia era una idea aceptable mientras no fuese necesario entenderla. En efecto, lo que significaba en realidad no era una teoría, sino un compromiso práctico inevitable y conducente en conjunto al orden público. Las guerras de religión presentaban en Francia una alternativa que los ingleses prudentes tomaron a pecho".*[38]

[37] Véase, entre otros muchos ejemplos, su interpretación del famoso pasaje del Evangelio de San Mateo sobre el poder jurisdiccional de los apóstoles y sus sucesores: *"Cuanto atareis en la tierra será atado en el cielo, y cuanto desatareis en la tierra será desatado en el cielo" (Mt. 18,18). Mas, como quiera que interpretemos esto, no hay duda de que el poder aquí concedido pertenece a todos los pastores supremos, y tales son todos los soberanos civiles cristianos en sus propios territorios".* Cfr. *"Leviatán"*, ed. cit., p. 457.
[38] Sabine, G., op. cit., p. 324.

Supuesto lo que venimos diciendo, continuemos ahora con nuestro estudio del "Leviatán". Veamos por qué Hobbes además de pensador rupturista es un teórico político de la modernidad, consciente de los axiomas filosóficos que ha asentado –nominalismo, sensismo, método racionalista, materialismo, decisionismo ético y jurídico– sobre los cuales funda el modelo de Estado moderno, estableciendo los presupuestos que conducen al laicismo. Para esto vamos a seguir dos caminos: por un lado, revisaremos los elementos constitutivos del Estado hobbesiano; por otro, examinaremos su concepto de religión en general, y de poder espiritual en particular, en sus relaciones con el primero. Lo haremos leyendo directamente sus palabras.

Textos del "Leviatán"

(a) Hobbes considera al hombre gravado perpetuamente con todos los defectos propios de lo que la teología católica denomina "pecado original", pero sin ser estado de pecado ni tener esperanza de actual remisión.

(i) El incesante afán de poder es una inclinación general de toda la humanidad. El estado de guerra es su consecuencia natural.

(Cap. XI) Un incesante afán de poder en todos los hombres. *"De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte. Y la causa de esto no siempre es que un hombre espere un placer más intenso del que ha alcanzado; o que no llegue a satisfacerse con un moderado poder, sino que no pueda asegurar su poderío y los fundamentos de su voluntad actual, sino adquiriendo otros nuevos".*

(Cap. XIII) El Estado de naturaleza: un estado de guerra. *"Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos".*

(Cap. XIII) Naturaleza de esta guerra. *"Porque la GUERRA no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente. Por ello la noción del tiempo debe ser tenida en cuenta respecto a la naturaleza de la guerra, como respecto a la naturaleza del clima. En efecto, así como la naturaleza del mal tiempo no radica en uno o dos chubascos, sino en la propensión 'a llover' durante varios días, así la naturaleza de la guerra consiste no ya en*

la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que no hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz".

(Cap. X) Concepto amplio de poder en Hobbes: toda influencia o afecto se reduce a poder. *"Por consiguiente, tener siervos es poder; tener amigos es poder, porque son fuerzas unidas. También la riqueza, unida con la liberalidad, es poder, porque procura amigos y siervos. Sin liberalidad no lo es, porque en este caso la riqueza no protege, sino que se expone a las asechanzas de la envidia. Reputación de poder es poder, porque con ella se consigue la adhesión y afecto de quienes necesitan ser protegidos. También es, por la misma razón, la reputación de amor que experimenta la nación por un hombre (lo que se llama popularidad).*

Por consiguiente, cualquiera cualidad que hace a un hombre amado o temido de otros, o la reputación de tal cualidad, es poder, porque constituye un medio de tener la asistencia y servicio de varios".

(Cap. XIII) *"Ahora bien, ninguno de nosotros acusa con ello a la naturaleza humana. Los deseos y otras pasiones del hombre no son pecados, en sí mismos; tampoco lo son los actos que de las pasiones proceden hasta que consta que una ley los prohíbe: que los hombres no pueden conocer las leyes antes de que sean hechas, ni puede hacerse una ley hasta que los hombres se pongan de acuerdo con respecto a la persona que debe promulgarla".*

(ii) El Leviatán surge de la naturaleza humana como puñado de orgullo y pasiones.

(Cap. XXVIII) Síntesis de la naturaleza humana –orgullo y pasiones– y del Leviatán. *"De este modo he determinado la naturaleza del hombre (cuyo orgullo y otras pasiones le compelen a someterse a sí mismo al gobierno) y, a la vez, el gran poder de su gobernante, a quien he comparado con el Leviatán, tomando esta comparación de los dos últimos versículos del Cap. 41 de Job, cuando Dios, habiendo establecido el gran poder del Leviatán, le denomina rey de la arrogancia. Nada existe —dice— sobre la tierra, que pueda compararse con él. Está hecho para no sentir el miedo. Menosprecia todas las cosas altas, y es rey de todas las criaturas soberbias. Ahora bien, como es mortal y. está sujeto a perecer, lo mismo que todas las demás criaturas de la tierra, y como es en el cielo (aunque no sobre la tierra) donde se encuentra el motivo de su temor, y las leyes que debe obedecer, en los capítulos siguientes hablaré de sus enfermedades y de las causas de mortalidad, y de qué leyes de naturaleza está obligado a obedecer".*

(b) Hobbes reconoce que su doctrina del estado natural no es un asunto histórico, sino un presupuesto ideológico. La modernidad exige instituir ex nuvo y ex machina la política.

(Cap. XIII) *"Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero; pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes en varias comarcas de América, si se exceptúa el régimen de pequeñas familias cuya concordia depende de la concupiscencia natural, carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido. De cualquier modo que sea, puede percibirse cuál será el género de vida cuando no exista un poder común que temer, pues el régimen de vida de los hombres que antes vivían bajo un gobierno pacífico, suele degenerar en una guerra civil".*

(Cap. XX) La geometría para construir el Estado absoluto, no la experiencia histórica. *"Porque aunque en todos los lugares del mundo los hombres establezcan sobre la arena los cimientos de sus casas, no debe deducirse de ello que esto deba ser así. La destreza en hacer y mantener los Estados descansa en ciertas normas, semejantes a las de la aritmética y la geometría, no (como en el juego de tenis) en la práctica solamente: estas reglas, ni los hombres pobres tienen tiempo ni quienes tienen ocios suficientes han tenido la curiosidad o el método de encontrarlas".*

(c) El nominalismo ocasiona el escepticismo y el decisionismo no sólo ético, sino también jurídico. Rechazo de la ley eterna y la ley natural en su concepto clásico. El positivismo jurídico.

(Cap. XIII) En semejante guerra nada es injusto. *"En esta guerra de todos contra todos se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia, están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre tuyo y mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo. Todo ello puede afirmarse de esa miserable condición en que el hombre se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón".*

(Cap. XV) Hacia un auténtico positivismo ideológico. Qué es justicia, e injusticia. *"En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la JUSTICIA. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de INJUSTICIA no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo".*

(d) Constitución y fin del Estado.

(i) En los capítulos XVII al XIX del "Leviatán" el temor a la guerra aparece por todas partes. Tanto que es el criterio para rechazar todo origen de la sociedad política que no sea el pacto, en razón de la propia seguridad. Se afirma además i) la subordinación de la sociedad al Estado, cuya voluntad no queda ya sujeta a la voluntad de los súbditos; ii) la existencia de una soberanía, rompiendo con la tradición medieval del poder moderado y limitado por la ley eterna, natural y la costumbre.

(Cap. XVII) La generación de un Estado. *"El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio".*

(Cap. XVII) El pacto origina una máquina estatal, a la cual se enajena casi todo, y que funciona de manera autónoma, con vida propia. Por ello es una especie de dios mortal, un Leviatán. *"Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa".*

(Cap. XVII) En qué consiste ese Leviatán, qué poderes tiene. *"Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero".*

(Cap. XVII) Definición de Estado. Qué es soberano y súbdito. *"Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es SÚBDITO suyo".*

(Cap. XXX) Misión del Estado: procurar la seguridad. *"La misión del soberano (sea un monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la seguridad del pueblo; a ello está obligado por la ley de naturaleza, así como a rendir cuenta a Dios, autor de esta ley, y a nadie sino a Él".*

(e) Atributos de un Estado omnipotente, soberano en sus decisiones y que tiene el monopolio de las creación jurídica. Es el vivo retrato del Estado moderno.

(i) El Estado es soberano, "absoluto".

(Cap. XX) En todos los Estados, el poder soberano debe ser absoluto. *"Así parece bien claro a mi entendimiento, lo mismo por la razón que por la Escritura, que el poder soberano, ya radique en un hombre, como en la monarquía, o en una asamblea de hombres, como en los gobiernos populares y aristocráticos, es tan grande, como los hombres son capaces de hacerlo. Y aunque, respecto a tan ilimitado poder, los hombres pueden imaginar muchas desfavorables consecuencias, las consecuencias de la falta de él, que es la guerra perpetua de cada hombre contra su vecino, son mucho peores".*

(Cap. X) El Estado es poder. *"El mayor de los poderes humanos es el que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el consentimiento en una persona natural o civil; tal es el poder de un Estado; o el de un gran número de personas, cuyo ejercicio depende de las voluntades de las distintas personas particulares, como es el poder de una facción o de varias facciones coaligadas".*

(ii) El Soberano es el origen de la juridicidad

(Cap. XVIII) El Estado, origen de los derechos. *"De esta institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido".*

(Cap. X) El Estado puede hacer lo que se le plazca en materia de honores. *"Todas estas vías de estimación son naturales, tanto con Estados como sin ellos. Pero como, en los Estados, aquel o aquellos que tienen la suprema autoridad pueden hacer lo que les plazca, y establecer signos de honor, existen también otros honores".*

(Cap. XV) La justicia y la propiedad comienzan con la constitución del Estado coactivo. *"Ahora bien, como los pactos de mutua confianza, cuando existe el temor de un incumplimiento por una cualquiera de las partes (como hemos dicho en el capítulo anterior), son nulos, aunque el origen de la justicia sea la estipulación de pactos, no puede haber actualmente injusticia hasta que se elimine la causa de tal temor, cosa que no puede hacerse mientras los hombres se encuentran en la condición natural de guerra. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado".*

(Cap. XV) Negación de la definición clásica de justicia: si no hay Estado, nada es injusto. *"Eso mismo puede deducirse, también, de la definición que de la justicia hacen los escolásticos cuando dicen que la justicia es la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo. Por tanto, donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y por tanto donde no hay Estado, nada es injusto. Así, que la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos: ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces, también, cuando comienza la propiedad".*

(iii) El soberano no está sujeto a la ley civil, que obliga a todos los súbditos. La legislación es el instrumento del decisionismo ético y del positivismo jurídico

(Cap. XXVI) *"El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar*

las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado".

(Cap. XXVI) *"El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque legislador es el que hace la ley, y el Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes: por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución".*

(Cap. XXVI) Definición de ley civil y positivismo ideológico. *"LEY CIVIL es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley".*

(Cap. XVIII) *"En séptimo lugar, es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman propiedad. En efecto, antes de instituirse el poder soberano (como ya hemos expresado anteriormente) todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, lo cual es necesariamente causa de guerra; y, por consiguiente, siendo esta propiedad necesaria para la paz y dependiente del poder soberano es el acto de este poder para asegurar la paz pública. Esas normas de propiedad (o meum y tuum) y de lo bueno y lo malo, de lo legítimo e ilegítimo en las acciones de los súbditos, son leyes civiles, es decir, leyes de cada Estado particular, aunque el nombre de ley civil esté, ahora, restringido a las antiguas leyes civiles de la ciudad de Roma; ya que siendo ésta la cabeza de una gran parte del mundo, sus leyes en aquella época fueron, en dichas comarcas, la ley civil".*

(Cap. XXVI) La interpretación auténtica de la ley no es la de los juristas privados. *"La interpretación de las leyes de naturaleza no depende, en un Estado, de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean".*

(f) Las relaciones entre el Estado y la religión. Lo religioso puede ser causa que debilita o tiende a la desintegración de un Estado.

(i) El problema de la libertad religiosa

(Cap. XXIX) La libertad religiosa es un peligro para el Estado: el caso de la conciencia errónea. *"Otra doctrina repugnante a la sociedad civil es que cualquiera cosa que un hombre hace contra su conciencia es un pecado, doctrina que depende de la presunción de hacerse a sí mismo juez de lo bueno y de lo malo. En efecto, la conciencia de un hombre y su capacidad de juzgar son la misma cosa; y como el juicio, también la conciencia puede equivocarse. Por consiguiente, si quien no está sujeto a ninguna ley civil, peca en todo cuanto hace contra su conciencia, porque no tiene otra regla que seguir, sino su propia razón, no ocurre lo mismo con quien vive en un Estado, puesto que la ley es la conciencia pública mediante la cual se ha propuesto ser guiado.*

(ii) El problema de la existencia de un poder espiritual independiente del Estado.

(Cap. XXIX) *"Del mismo modo que han existido doctores que sostienen la existencia de tres espíritus en el hombre, así también piensan algunos que existen, en el Estado, espíritus diversos (es decir, diversos soberanos) y no uno solo, y establecen una supremacía contra la soberanía; cánones contra leyes, y autoridad espiritual contra autoridad civil, perturbando las mentes humanas con palabras y distinciones que por sí mismas nada significan, pero que con su oscuridad revelan que en la oscuridad pulula, como algo invisible, otro reino nuevo, algo así como un reino fantasmal. Teniendo en cuenta que, evidentemente, el poder civil y el poder del Estado son la misma cosa, y que la supremacía y el poder de hacer cánones y de otorgar grados incumbe al Estado, se sigue que donde uno es soberano, otro es supremo; donde uno puede hacer leyes, otro hace cánones, siendo preciso que existan dos Estados para los mismos súbditos, con lo cual un reino resulta dividido en sí mismo y no puede subsistir. Por otra parte, a pesar de la distinción insignificante de temporal y espiritual, siguen existiendo dos reinos, y cada súbdito está sujeto a dos señores. El poder eclesiástico, que aspira al derecho de declarar lo que es pecado, aspira, como consecuencia, a declarar lo que es ley (el pecado no es otra cosa que la trasgresión de la ley); a su vez, el poder civil propugna por declarar lo que es ley, y cada súbdito debe obedecer a dos dueños, que quieren ver observados sus mandatos como si fueran leyes, lo cual es imposible. O bien, si existe un reino, el civil, que es el poder del Estado, debe subordinarse al espiritual, y entonces no existe otra soberanía sino la espiritual; o el poder espiritual debe estar subordinado al temporal, y entonces no existe supremacía sino en lo temporal. Por consiguiente, si estos dos poderes se oponen uno a otro, forzosamente el Estado se hallará en gran peligro de guerra civil y desintegración.*

En efecto, siendo el poder civil más visible, y estando sometido a la luz, más clara, de la razón natural, no puede escoger otra salida, sino atraerse, en todo momento, una parte muy considerable del pueblo. Aunque la autoridad espiritual se halla envuelta en la oscuridad de las distinciones escolásticas y de las palabras enérgicas, como el temor del infierno y de los fantasmas es mayor que otros temores, no deja de procurar un estímulo suficiente a la perturbación y, a veces, a la destrucción del Estado.

Es ésta una enfermedad que con razón puede compararse con la epilepsia (que los judíos consideraban como una especie de posesión de los espíritus) en el cuerpo natural (...) así también, en el cuerpo político, cuando el poder espiritual agita los miembros de un Estado con el terror de los castigos y la esperanza de recompensas (que son los nervios del cuerpo político en cuestión), de otro modo que como deberían ser movidos por el poder civil (que es el alma del Estado), y por medio de extrañas y ásperas palabras sofoca su entendimiento, necesariamente trastorna al pueblo, y o bien ahoga el Estado en la opresión, o lo lanza al incendio de una guerra civil".

(iii) La libertad de los súbditos consiste en la fidelidad respecto al pacto que constituyó el Estado.

(Cap. XXI) *"Sólo en relación con estos vínculos he de hablar ahora de la libertad de los súbditos. En efecto, si advertimos que no existe en el mundo Estado alguno en el cual se hayan establecido normas bastantes para la regulación de todas las acciones y palabras de los hombres, por ser cosa imposible, se sigue necesariamente que en todo género de acciones, preteridas por las leyes, los hombres tienen la libertad de hacer lo que su propia razón les sugiera para mayor provecho de sí mismos".*

(Cap. XXII) *"Lo mismo que las facciones de parientes, así también las que se proponen el gobierno de la religión, como las de papistas, protestantes, etc., las de patricios y plebeyos en los antiguos tiempos de Roma, y las de aristócratas y demócratas en los de Grecia, son injustas, como contrarias a la paz y a la seguridad del pueblo y en cuanto arrancan el poder de las manos del soberano".*

(iv) Es ilícita la desobediencia al soberano por motivos religiosos.

(Cap. XVIII) *"Por otra parte, si quien trata de deponer a su soberano resulta muerto o es castigado por él a causa de tal tentativa, puede considerarse como autor de su propio castigo, ya que es, por institución, autor de cuanto su soberano haga. Y como es injusticia para un hombre hacer algo por lo cual pueda ser castigado por su propia autoridad, es también injusto por esa razón.*

Y cuando algunos hombres, desobedientes a su soberano, pretenden realizar un nuevo pacto no ya con los hombres, sino con Dios, esto también es injusto, porque no existe pacto con Dios, sino por mediación de alguien que represente a la persona divina; esto no lo hace sino el representante de Dios que bajo él tiene la soberanía.

Pero esta pretensión de pacto con Dios es una falsedad tan evidente, incluso en la propia conciencia de quien la sustenta, que no es, sólo, un acto de disposición injusta, sino, también, vil e inhumano".

(g) Teorizando la articulación del Estado laico. Destrucción de la doctrina de las dos espadas. No existen dos poderes –espiritual y temporal–, sino que un único poder, el del Estado. El Soberano puede intervenir en lo religioso cual si fuese un asunto de opinión privada de los súbditos.

(i) No hay dos poderes, espiritual y temporal, sino un único poder soberano: el civil.

(Cap. XXXIX) *"Gobierno temporal y gobierno espiritual son dos palabras traídas al mundo para hacer que los hombres vean doble y confundan a su legítimo soberano (...) Por tanto, no hay más gobierno en esta vida, ni Estado, ni religión, que los temporales. Tampoco habrá enseñanza de ninguna doctrina que sea legal para los súbditos si el gobernador del Estado y de la religión prohíbe que se enseñe. Y el gobernador debe ser uno solo (...) Quien sea, según la ley de naturaleza, el pastor principal, es algo que ya se ha mostrado, a saber: el soberano civil".*

(ii) Quien obedece al Estado obedece a Dios. La religión, o la Iglesia en su caso, ha de subordinarse al Estado, según el actual designio divino.

(Cap. XLIII) *"No puede haber contradicción entre las leyes de Dios y las leyes de un Estado Cristiano. Y cuando el soberano civil es un infiel, todo súbdito que le haga frente estará pecando contra las leyes de Dios (pues son las mismas que las leyes de la naturaleza), y estará rechazando el consejo de los apóstoles, los cuales advirtieron a todos los cristianos que tenían que obedecer a sus príncipes (...) Y como la fe de los súbditos es interna e indivisible, tienen la licencia que tuvo Naamán y no necesitan ponerse en peligro por causa de ella. Más si de hecho se ponen en peligro, entonces deben esperar su recompensa en los cielos y no quejarse de su legítimo soberano, y mucho menos hacer la guerra contra él".*

(Cap. XXVI) *"El pacto que Dios hizo con Abraham (por modo sobrenatural) era así (...) aparece suficientemente claro que en un Estado un súbdito que*

no tiene una revelación cierta y segura, particularmente dirigida a sí mismo, de la voluntad de Dios, ha de obedecer como tal el mandato del Estado; en efecto, si los hombres tuvieran libertad para considerar como mandamientos de Dios sus propios sueños y fantasías, o los sueños y fantasías de los particulares, difícilmente dos hombres se pondrían de acuerdo acerca de lo que es mandamiento de Dios; y aun a ese respecto cada hombre desobedecería los mandamientos del Estado. Concluyo, por consiguiente, que en todas las cosas que no son contrarias a la ley moral (es decir, a la ley de naturaleza) todos los súbditos están obligados a obedecer como ley divina la que se declara como tal por las leyes del Estado.

Esto es evidente para cualquiera razón humana, pues lo que no se hace contra la ley de naturaleza puede ser convertido en ley en nombre de quien tiene el poder soberano; y no existe razón en virtud de la cual los hombres estén menos obligados, si esto se propone en nombre de Dios. Además, no existe lugar en el mundo donde sea tolerable que los hombres reconozcan otros mandamientos de Dios que los declarados como tales por el Estado. Los Estados cristianos castigan leyes positivas divinas (puesto que las leyes naturales, siendo eternas y universales, son todas divinas), son aquellas que siendo mandamientos de Dios (no por la eternidad, ni universalmente dirigidas a todos los hombres, sino sólo a unas ciertas gentes o a determinadas personas) son declaradas como tales por aquellos a quienes Dios ha autorizado para hacer dicha declaración. Ahora bien ¿cómo puede ser conocida esta autoridad otorgada al hombre para declarar que dichas leyes positivas son leyes de Dios? Dios puede ordenar a un hombre, por vía sobrenatural, que dé leyes a otros hombres. Pero como es consustancial a la ley que los obligados por ella adquieran el convencimiento de la autoridad de quien la declara, y nosotros no podemos, naturalmente, adquirirlo directamente de Dios, ¿cómo puede un hombre, sin revelación sobrenatural, asegurarse de la revelación recibida por el declarante, y cómo puede verse obligado a obedecerla?".

(iii) El Estado es el único censor de las doctrinas que se han de enseñar o difundir en su territorio; por tanto, decide también respecto de las doctrinas religiosas.

(Cap. XVIII) El Estado es el censor de las doctrinas. El soberano es juez de lo que es necesario para la paz y la defensa de sus súbditos. Y juez respecto de qué doctrinas son adecuadas para su enseñanza. *"En sexto lugar, es inherente a la soberanía el ser juez acerca de qué opiniones y doctrinas son adversas y cuáles conducen a la paz; y por consiguiente, en qué ocasiones, hasta qué punto y respecto de qué puede confiarse en los hombres, cuando hablan a las multitudes, y quién debe examinar las doctrinas de todos los libros antes de ser publicados. Porque los actos de los hombres proceden de sus opiniones, y en el buen gobierno de las opiniones consiste el buen gobierno de los*

actos humanos respecto a su paz y concordia. Y aunque en materia de doctrina nada debe tenerse en cuenta sino la verdad, nada se opone a la regulación de la misma por vía de paz. Porque la doctrina que está en contradicción con la paz no puede ser verdadera, como la paz y la concordia no pueden ir contra la ley de naturaleza".

(Cap. XXX) El Soberano va contra su deber si renuncia a "vi) *designar maestros, y examinar qué doctrinas están de acuerdo y cuáles son contrarias a la defensa, a la paz y al bien del pueblo".*

(Cap.XXVII) *"Mantener doctrinas contrarias a la religión establecida en el Estado es una falta mayor en un sacerdote autorizado que en una persona privada. Otro tanto es, en él, vivir de modo profano o incontinente, o realizar un acto irreligioso cualquiera".*

(iv) El Estado, no la Iglesia, es el único que tiene autoridad inmediata para instruir al pueblo; por tanto, él decide el contenido de la educación.

(Cap. XXIII) Instrucción del pueblo. *"Son también ministros públicos quienes tienen autoridad para enseñar al pueblo su deber, con respecto al poder soberano, y para instruirlo en el conocimiento de lo que es justo e injusto, haciendo, por ello, a los súbditos, más aptos para vivir en paz y buena armonía entre sí mismos, y para resistir a los enemigos públicos: son ministros en cuanto no proceden por su propia autoridad, sino por la de otros; y públicos porque lo que hacen (o deben hacer) no lo realizan en virtud de ninguna otra autoridad sino la del soberano. El monarca o asamblea soberana son los únicos que tienen autoridad inmediata derivada de Dios para enseñar e instruir al pueblo; y nadie sino el soberano recibe su poder simplemente* Dei gratia*; es decir, solamente por el favor de Dios. Todos los demás reciben su autoridad por el favor y providencia de Dios y de sus soberanos, como en una monarquía* Dei gratia et Regis, o Dei providentia et voluntate Regis.

(v) La mayor dignidad dentro de un Estado no pertenece a la máxima autoridad de la Iglesia, sino al Soberano civil.

(Cap. XVIII) *"Como el poder, también el honor del soberano debe ser mayor que el de cualquiera o el de todos sus súbditos: porque en la soberanía está la fuente de todo honor. Las dignidades de lord, conde, duque y príncipe son creaciones suyas. Y como en presencia del dueño todos los sirvientes son iguales y sin honor alguno, así son también los súbditos en presencia del soberano. Y aunque cuando no están en su presencia parecen unos más y otros menos, delante de él no son sino como las estrellas en presencia del sol".*

(vi) Si hay religión, ésta la define el Soberano. El Estado debe rendir culto a Dios en el caso de que sea cristiano. Pero la veneración pública consiste en la uniformidad de culto impuesta por el Soberano, no por la Iglesia.

(Cap. XXXI) Todos los atributos dependen de las leyes civiles. *"Y como las palabras (y, por consiguiente, los atributos de Dios) tienen su significación por convencionalismo y acuerdo entre los hombres, esos atributos deben ser expresivos del honor que los hombres se proponen hacer; y cualquiera cosa que pueda ser realizada por las voluntades de los hombres particulares, donde no existe ley sino razón, puede ser hecha por la voluntad del Estado, por medio de leyes civiles. Y como un Estado no tiene voluntad ni hace otras leyes, sino aquellas que se estatuyen por la voluntad de quien detenta el poder soberano, resulta que aquellos atributos que el soberano ordena, en el culto a Dios, como signos de honor, deben ser tomados y usados como tales, por los particulares, en su culto público.*

Pero como no todos los actos son signos por constitución, sino que algunos son naturalmente signos de honor, otros de contumelia, estos últimos (que son aquellos que los hombres se avergüenzan de hacer en presencia de aquellos a quienes reverencian), no pueden instituirse por el poder humano, como parte del culto divino; ni los primeros (tales como los que implican una conducta decorosa, modesta y humilde) pueden ser nunca separados de esa veneración. Pero como existe un infinito número de actos y gestos de naturaleza indiferente, aquellos que el Estado ordena para ser pública y universalmente autorizados, como signos de honor y parte del culto de Dios, deben ser admitidos y usados como tales por los súbditos. Y lo que se dice en la Escritura: Es mejor obedecer a Dios que a los hombres, tiene lugar en el reino de Dios por pacto, y no por naturaleza".

(Cap. XXXI) *"La razón no solamente induce a venerar a Dios en secreto, sino también, y especialmente, en público, y a la vista de los hombres, porque sin esto (que en materia de honor es lo más aceptable) se pierde la posibilidad de que otros lo honren. Por último, la obediencia a sus leyes (es decir, en este caso, a las leyes de naturaleza) es la máxima veneración de todas. En efecto, del mismo modo que la obediencia es más aceptable a Dios que el sacrificio, así también dejar de observar sus mandamientos es la máxima de las contumelias. Y estas son las leyes de la veneración divina que la razón natural dicta a los hombres particulares".*

(Cap. XXXI) *"Ahora bien, si consideramos que un Estado es una persona, debe rendir también a Dios una veneración, la cual se realiza cuando el Estado ordena que sea manifestada públicamente por los hombres privados. Este es*

el culto público, cuya peculiaridad consiste en ser uniforme, ya que las acciones que se hacen de modo diferente, por hombres distintos, no puede decirse que sean actos de pública veneración. Por tanto, cuando se permiten diversas clases de culto, procedentes de las distintas religiones de los particulares, no puede decirse que exista un culto público, ni que el Estado tenga una religión, en absoluto".

(h) La religión, hablando en propiedad, es un fenómeno sin valor universal, por lo cual, semejante al juego de opiniones privadas, ha de ser fijada por el soberano.

(i) El sensismo nominalista, nítidamente afirmado en los capítulos I al IV del Leviatán, sirve de base para una teoría del Estado, que, en definitiva, conduce al agnosticismo, pues si el entendimiento no capta las esencias de las cosas y no puede rebasar lo fenomenológico sensitivo, propiamente la religión no puede ser captada sino como algo subjetivo y en todo caso privado. En consecuencia, lo religioso carece de valor universal, salvo como elemento histórico sociológico, en donde el Estado se ve obligado a aceptarlo porque el pueblo común así lo quiere. Veamos algunas afirmaciones más explícitas:

(ii) Las religiones las han creado los hombres para someter a otros con el poder religioso; la religión mosaica viene de Dios.

(Cap. XII) Las religiones se hacen diferentes por la cultura. *"En efecto, estas semillas han sido cultivadas por dos distintas especies de hombres. Una de esas clases está constituida por quienes han nutrido y ordenado la materia religiosa de acuerdo con su propia invención. La otra lo ha hecho bajo el mando y dirección de Dios. Pero ambos grupos se propusieron que quienes confiaban en ellas fuesen más aptos para la obediencia, las leyes, la paz, la caridad y la sociedad civil. Así que la religión de la primera especie es una parte de la política humana, y enseña parte de los deberes que los reyes terrenales requieren de sus súbditos. La religión de la última especie es política divina, y contiene preceptos para quienes se han erigido a sí mismos en súbditos del reino de Dios. De la primera especie son todos los fundadores de Gobiernos y los legisladores de los paganos. De la última especie fueron Abraham, Moisés y Nuestro Señor, de quienes han derivado hasta nosotros las leyes del reino de Dios.*

(Cap. XII) Las religiones de los gentiles se crearon para someter a otros con el poder religioso. *"Por esa razón los primeros fundadores y legisladores de los Estados entre los gentiles, cuya finalidad era, simplemente, mantener al pueblo en obediencia y paz, se preocuparon en todos los lugares: primero de imprimir en sus mentes la convicción de que los preceptos promulgados*

concernían a la religión, y no podían considerarse inspirados por su propia conveniencia, sino dictados por algún dios u otro espíritu; o bien que siendo ellos mismos de una naturaleza superior a la de los meros mortales, sus leyes podían ser admitidas más fácilmente".

Ilustrados con las citas anteriores, hemos de fijar los siguientes puntos como aspectos esenciales del pensamiento hobbesiano en cuanto paradigma del Estado moderno y laico:

1) La base material del Estado son los individuos iguales y libres, egoístas, sensuales y orgullosos, que yuxtapuestos entre sí, luchan competitivamente por su vida y seguridad en un estado de guerra permanente. En consecuencia, la naturaleza humana no es de suyo sociable.

2) Para terminar con dicho estado de guerra, que es su estado de naturaleza propio, deciden mediante un pacto someterse formalmente a un tercero –monarca, asamblea, etc.– que constituyen en soberano, enajenándole todos sus poderes, para que garantice la vida y seguridad de cada uno. Se deduce de aquí, que propiamente no hay comunidad política natural, sino que un soberano, que es una construcción, un *"hombre artificial"*.

3) Se constituye de este modo el Estado, el *Leviatán*, figura del dios mortal, porque es lo más parecido posible en la tierra al poder omnipotente de Dios en el cielo. Se sigue de aquí que los atributos del Estado no tienen más límite que el fin para el cual fue constituido mediante el pacto: la vida y la seguridad de los súbditos. El bien común, en el sentido clásico, de criterio perfectivo de la vida humana social, queda excluido como padrón de justicia, como también la ley natural en cuanto dato previo racional que el gobernante debe siempre respetar en la determinación de la ley positiva.

4) El Estado es absoluto, en el sentido que no está sujeto a la obediencia de ninguna otra potestad en la tierra, ni por el derecho legislado que crea como única fuente productora dentro de su territorio.

5) La religión como fenómeno individual no puede subvertir el fin del Estado, por lo que está sujeta enteramente, en el fuero externo de los individuos, a su control.

6) La religión como fenómeno social, en cuanto se organiza en una iglesia, no constituye nunca un poder "espiritual" frente al Estado. La doctrina de los dos poderes de la Iglesia Católica debe quedar suprimida en cuanto que todo derecho, privilegio o dignidad jurídica de cualquier persona o agrupación dentro del Estado deriva de la juridicidad de éste.

7) Por razón de la paz social, conviene que el Estado permita una sola religión en cuanto a su culto externo, y en el caso de los Estados cristianos, una sola iglesia nacional, cuya doctrina es definida por el Soberano, así como nombra los ministros de su jerarquía, y determina su vida misma en el ámbito público. La libertad religiosa está sujeta a las exigencias de la paz social.

Si se piensa bien, es impresionante de qué manera todos estos elementos toman cuerpo, explícita o implícitamente, en los Estados modernos, sean ellos liberales o socialistas. Cómo han observado bien autores tan dispares como N. Bobbio o C. Schmitt, es una injusticia atribuir a Hobbes la paternidad sobre el Estado totalitario. El es más bien el padre del Estado moderno, que desde su propia lógica legalista, puede derivar en un Estado liberal, socialdemócrata o totalitario.

Sin compartir del todo la interpretación schmittiana de Hobbes, hay uno de sus textos que compartimos: *"Mucho antes de que se realizara históricamente esta gran "*machina machinarum*" legalista y mucho antes de que se formulase la expresión del "positivismo de la ley", Hobbes llegó a concebir la transformación del derecho en simple mandato legal preceptivo, relacionada con la con la conversión del Estado en un mecanismo impulsado por motivaciones psicológicas forzosas, de una manera tan consecuente y sistemática que dio al traste, no solo con todas las nociones medioevales del "derecho divino de los reyes", sino también con todos los conceptos anteriores del Derecho y de la Constitución entendidos de manera substancial. Es pues, Hobbes, por ambos lados, precursor espiritual del Estado de derecho y del Estado constitucional burgués que a lo largo del siglo XIX se impone en todo el ámbito del continente europeo. Precursor, en el sentido del concepto "constitucional" de Constitución, que concibe al Estado de derecho constitucional como un sistema de la legalidad fundado en el acuerdo de una asamblea constituyente".*[39]

"Hobbes no distingue ya entre auctoritas *y* potestas, *y convierte la* summa potestas *en* summa auctoritas. *El principio se trueca en expresión simple y objetiva de un pensamiento técnico positivista, neutral frente a los valores y la verdad, que ha vaciado los valores propios del mando y de la función de todo contenido de verdad religiosa y metafísica, elevándolos a un plano autónomo. Un Estado técnico neutral de esta especie puede ser tolerante o intolerante, en ambos casos sigue siendo neutral. Su valor, su verdad y su justicia estriban en su perfección técnica. La máquina del Estado funciona o no funciona".*[40] *"La democracia liberal occidental coincide con el marxismo bolchevique en considerar al Estado como un aparato del que las más diversas fuerzas políticas pueden servirse a guisa de instrumento técnico neutral".*[41]

[39] Cfr. Schmitt, C., op. cit., pp. 61-62.
[40] Ídem, p. 40.
[41] Ídem, p. 36.

2. ¿República Cristiana o Estado Laico?

En el capítulo XXXII del Leviatán, que abre la Tercera Parte dedicada a la República Cristiana, Hobbes dice lo siguiente: *"En lo que voy a tratar ahora, que es la naturaleza y los derechos de un Estado cristiano, el cual depende en gran medida de revelaciones sobrenaturales de la voluntad de Dios, mi discurso debe basarse, no solo en la palabra natural de Dios, sino también en su palabra profética. Sin embargo, no debemos renunciar a nuestros sentidos, ni tampoco a eso que es indudable palabra de Dios: nuestra razón".*[42] Y luego de definir latamente que la "palabra de Dios" en la época actual es la Escritura, concluye: *"Y es de esta Escritura de la que tomaré los principios de mi discurso acerca de los derechos de quienes son, en este mundo, los gobernadores supremos de los Estados Cristianos, y de los deberes de los súbditos cristianos hacia sus soberanos".*

Lo anterior podría dar la impresión de que estamos en el umbral del desarrollo de una genuina teoría política basada en las Escrituras e iluminada por la fe cristiana, y que todo lo que acabamos de apuntar en el epígrafe anterior es vano.

Sin embargo, si nos detenemos con tiempo en el tratado del *Estado Cristiano* (capítulos XXXII a XLIII) y en el del *Reino de las tinieblas* (capítulos XLIV a XLVII) –la tercera y cuarta parte del Leviatán respectivamente– nos encontraremos con la sorpresa de que *"los principios"* del *"discurso"* hobbesiano no han sido tomados de la Biblia, *"de esta Escritura"*, sino singularmente de la primera y segunda parte de su obra.

En efecto, paso a paso, como una máquina que muele carne con cruel ironía, va aplastando con abundantes citas bíblicas todo aquello que pueda servir de fundamento a un poder espiritual no sujeto al control del Estado. Consideremos brevemente algunos de esos pasos:

1) (Cap. XXXIII) Habiendo aceptado en el capítulo anterior que la "palabra de Dios" en nuestra época es la sola Escritura, viene a fijar ahora que el canon de los libros sagrados los determina el soberano civil. *"Considerando, como ya he probado, que los soberanos son los solos legisladores dentro de sus propios dominios, sólo serán libros canónicos en cada nación, es decir, solo será ley lo que ha sido establecido como tal por la autoridad soberana" (...) "(Respecto al) cuándo y al qué nos ha dicho (Dios) (...) los súbditos (...) han de obedecer la autoridad de sus respectivos Estados, es decir, de sus legítimos soberanos".*[43] En consecuencia, el lector avisado puede concluir que la "palabra de Dios" es efecto del poder humano y no de la autoridad divina, y que la religión cristiana es un asunto privativo del Estado.

[42] Cfr. *"Leviatán"*, ed. cit., p. 315.
[43] Cfr. *"Leviatán"*, ed. cit., p. 321.

2) (Cap. XXXIII) También es el mismo Estado el que les da autoridad a las Escrituras.[44] Pero a mayor abundamiento, el problema que se ha de resolver en un Estado Cristiano es de si puede existir un poder espiritual independiente del Soberano dentro de sus propios dominios, y, más aún, si su *"potestas"* civil está sujeta en tales materias a la potestad universal del Papa. Hobbes plantea la gran dificultad en estos términos: *"La cuestión sobre la autoridad de las Escrituras se reduce a la pregunta de si los reyes cristianos y las asambleas soberanas de los Estados Cristianos* (por tanto cuando dejen de ser cristianos no se presenta el problema) *tienen poder absoluto y sólo han de someterse a Dios, o si están sujetos a un vicario de Cristo constituido en la Iglesia universal, y pueden ser juzgados, condenados, depuestos y ejecutados según ese vicario lo estime oportuno o necesario para el bien común"*.[45]

3) (Cap. XXXV) El Reino de Dios en las Escrituras fue un reino temporal.[46] Se trata de Israel y coincide con su soberanía civil establecida mediante un pacto. Más adelante dirá que el Reino de Dios no coincide de modo alguno con la Iglesia, ni la católica, ni ninguna otra, pues es un reino que no es de este mundo.[47] Por ello, el gobierno de lo espiritual le corresponde al Estado, a la potestad civil.

4) (Cap. XXXIX). Nuestro filósofo avanza algo más y sostiene que no hay dos poderes, uno espiritual y otro civil, sino un único soberano que es el civil.[48] Por tanto, un Estado Cristiano y una iglesia son la misma cosa.[49] Más adelante, rematará: *"cualquier tipo de poder que los eclesiásticos asuman (en algún lugar donde sean súbditos del Estado) como derecho propio, aunque lo llaman derecho divino, no será sino usurpación"*.[50]

Hobbes explica lo que entiende por Iglesia: *"Defino una Iglesia así: una compañía de hombres que profesan la religión cristiana, unidos en la persona de un soberano a cuyo mandato deben reunirse en asamblea, y sin cuya autoridad no pueden reunirse"*.[51] Es notable esta definición de Iglesia, pues corresponde, sin adición, a la visión de la Iglesia o de las iglesias que tienen hoy en día nuestros Estados laicos. De hecho, desde un punto de vista constitucional, los derechos de la Iglesia dentro de los Estados modernos sólo pueden ser reconocidos u otorgados si la Iglesia o las iglesias aceptan ser *"esa compañía de hombres"* del modo que describe Hobbes.

[44] Ídem., p. 330.
[45] Ídem, p. 330.
[46] Ídem, p. 343.
[47] Ídem, pp. 406-408.
[48] Ídem, pp. 392-393.
[49] Ídem.
[50] Ídem, p. 557.
[51] Ídem, p. 392.

5) (Cap. XLII) Este capítulo es fundamental para comprender el lugar que nuestro filósofo inglés asigna al *"Poder Eclesiástico"* dentro del Estado Cristiano. A cuenta de separar "religión cristiana" de "iglesia", reduce el poder eclesiástico de ésta última a la posibilidad de enseñar, de aconsejar,[52] mientras, más adelante, en el capítulo XLIII, esfuma el cristianismo en una sola afirmación: *"El unum necessarium, único artículo de fe que la Escritura hace absolutamente necesario para la salvación, es éste: que Jesús es el Cristo"*.[53]

Aunque Hobbes hable de "poder", lo que hace es convertir el "Poder eclesiástico" en una mera "posibilidad", porque en estricto rigor su "iglesia" no tiene ni siquiera capacidad instructiva si no le ha sido concedida por el Soberano. De tal manera que en este capítulo sobre el "Poder eclesiástico" lo que en realidad se hace teóricamente es eliminar de tal sujeto toda potestad autónoma, construyendo un edificio normativo cargado de secularización en lo que respecta a las relaciones entre la Iglesia y Estado.

Como escalones que conducen al Leviatán, Hobbes sostiene que en un Estado Cristiano (i) los reyes cristianos tienen el poder de ejercer todo tipo de potestad pastoral,[54] es decir, la Iglesia es gobernada mediatamente por el Estado, o sujeta a su control o verificación, lo que condice enteramente con el historial del laicismo europeo, sea violento, como el decimonónico, sea "civilizado", como el actual; (ii) el soberano civil, si es cristiano, es la cabeza de la Iglesia dentro de sus dominios, lo que coincide con el estatuto de la iglesia anglicana; (iii) el Soberano tiene el derecho de nombrar los ministros de la Iglesia;[55] (iv) sólo la autoridad pastoral del soberano es de derecho divino, la de los ministros de la Iglesia deriva del derecho estatal,[56] lo que equivale a afirmar, muy a la inglesa, que el poder espiritual pertenece naturalmente al Estado. (v) Finalmente, Hobbes dedica un extenso intento de refutación a las tesis papales de San Roberto Bellarmino, eco de la tradición católica que propugna la autoridad universal del Papa, directa en materia espiritual, e indirecta en materia temporal.[57]

Por más que cite las Escrituras, en puridad, la razón fundamental de las objeciones de Hobbes contra el Papado pertenece más a su teoría del Estado que a sus eventuales querencias religiosas reformadas. Más atrás la había sintetizado en estos términos: *"No hay sobre la faz de la tierra una iglesia universal a la que todos los cristianos deban obediencia. Y esto es así porque no hay poder sobre la tierra del que todos los demás Estados sean súbditos. Hay*

[52] Ídem, p. 416.
[53] Ídem, p. 485.
[54] Ídem, p. 450.
[55] Ídem, p. 448.
[56] Ídem, p. 449.
[57] Ídem, pp. 454-480.

cristianos en los dominios de varios príncipes y Estados; pero cada cristiano es súbdito del Estado del que es miembro, y en consecuencia no puede estar sujeto a las órdenes de ninguna otra persona. Y por tanto, una Iglesia tal que sea capaz de ordenar, de juzgar, de absolver, de condenar o de realizar cualquier otro acto, es lo mismo que un Estado civil compuesto de individuos cristianos; y es llamado un Estado civil porque sus súbditos son hombres; y es llamada Iglesia, porque sus súbditos son cristianos".[58]

6) (Cap. XLIV) Finalmente, en lo que a nuestro estudio respecta, Hobbes puntualiza que considera parte del *"reino de las tinieblas"* todas aquellas situaciones o afirmaciones que se oponen a su "Estado Cristiano". Se trata de un conjunto de casos que, si se les considera bien, funcionan ingeniosamente como un cierre de escotilla para evitar que las aguas de la religión inunden la laicidad de su "Estado Cristiano". Caen dentro del epíteto del ámbito del *"reino de las tinieblas"* sostener que el reino de Dios es la Iglesia actual;[59] que el Papa es el vicario general de Cristo;[60] que los pastores son el clero;[61] que el derecho canónico es realmente derecho.[62]

A modo de conclusión

Es claro que el Leviatán es una obra tan compleja que no podemos dar por demostrada nuestra propuesta meramente a través de un conjunto de citas. Ni menos a través de un trabajo como el presente, cuya naturaleza no admite más profundizaciones, sea por espacio o por tiempo. Sabemos asimismo que el pensamiento de un autor no sólo se capta a través de sus textos, sino también por la vía de sus intenciones latentes, no siempre formuladas de manera explícita, y por el *"unum"* de su doctrina, elaborada a lo largo de su vida en implicación inmediata con sus condiciones históricas.

También es cierto que nuestro filósofo, en vida, se enfrascó en variadas polémicas, producto de que sus doctrinas eran leídas de manera diversa. Y lo que era difícil entonces, lo es, en cierto sentido, más ahora. Pero el mismo hecho de que a siglos de distancia podamos reconocer los rasgos fundamentales del Estado moderno en la obra de Hobbes, y que su lógica aplastante patentice su ideal de Estado laico cubierto en los pliegues de una exégesis cristiana destinada de

[58] Ídem, p. 392.
[59] Ídem, p. 499.
[60] Ídem, p. 500.
[61] Ídem.
[62] Ídem, p. 501. Se trata más bien de *"reglas propuestas" "aceptadas voluntariamente por los soberanos civiles"* que pasaron a ser *"reglas impuestas"* por el Papa.

alguna manera a revestir sus tesis osadamente modernas, habla de que quizás no estemos tan alejados de haber captado su auténtico pensamiento.

Por lo demás, aunque no concordemos con él, Hobbes fue lo bastante coherente para no caer en la ilusión liberal de levantar altares a los principios mientras las conclusiones terminaban en el cadalso, como decía Veuillot. A los 91 años, murió en su lógica, con palabras que nos hacen estremecer pues suenan a un desafío inmemorial: *"Me siento feliz por encontrar un agujero para escapar de este mundo"*.[63]

[63] Fraile, G., op. cit., p. 724.

Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico

Caterina Guidi Moggia
Profesora Derecho del Trabajo
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

I. Consideraciones preliminares

La introducción de nuevas tecnologías de la información y del conocimiento (TICs, en adelante) en los modelos productivos, indudablemente ha sido uno de los fenómenos que mayor impacto ha provocado en el desarrollo económico y social mundial, incrementando –en el ámbito empresarial– la eficiencia y productividad a nivel sectorial, nacional, regional y global.

Sin embargo, los rápidos avances en esta área, principalmente en las formas de comunicación –Internet y correo electrónico–, han supuesto lo siguiente: formas novedosas de trabajar,[1] nuevos instrumentos de control empresarial sobre la productividad de los trabajadores, y nuevas posibilidades de acción sindical.[2]

El desarrollo de las TICs ha generado un efecto paradojal en el contexto de la relación laboral subordinada, ya que "por una parte, se produce una expansión de la autonomía de los trabajadores, expresada en la disponibilidad de las nuevas tecnologías que le permiten organizarse y desarrollarse de mejor modo, especialmente todas las herramientas asociadas a la Internet",[3] pero por otro lado, "y simultáneamente, se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador".[4]

[1] Según la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) el teletrabajo es "aquel efectuado en un lugar distante de la oficina central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación", citada por José Luis UGARTE CATALDO, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2004, página 150.

[2] Francisco BARBA RAMOS y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *"Alternativas de Regulación de los Derechos On-line en el Ordenamiento Laboral Español"*, en *Derecho y Conocimiento*, ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, España, disponible en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/a01.pdf, página 16.

[3] José Luis UGARTE CATALDO, ob. cit. en nota 1, página 145.

[4] Ídem. A modo de ejemplo de las políticas de control relativas al uso de estas herramientas, según un estudio realizado por la American Management Association, "el porcentaje de grandes empresas

Así, la progresiva transformación de las prácticas organizativas y laborales está íntimamente vinculada a la utilización de medidas de control por parte de los empleadores sobre sus medios de producción –fundamentalmente a través de la revisión de las comunicaciones efectuadas vía correo electrónico por los trabajadores y el acopio de datos sensibles de los mismos mediante la revisión de las *cookies*–, resurgiendo, por un lado, "de manera modernizada, el antiguo problema de la violación de correspondencia"[5] y, provocando, por otro, "el problema de la libertad informática de los trabajadores durante la vigencia de la relación laboral".[6]

Lo cierto es que los problemas enunciados se suscitan básicamente en razón de que estas herramientas son "entregadas por el empleador a los trabajadores, lo que importa poner a disposición de éstos los equipos, redes y soportes técnicos necesarios para el desarrollo de las funciones propias de la relación laboral contratada".[7] En consecuencia se hace necesaria una ponderación racional de los derechos fundamentales en conflicto –"potestad jurídica de mando del empleador, expresión de los derechos fundamentales de la propiedad y de la libertad de empresa, por una parte; y el derecho a la intimidad de los trabajadores, por la otra"–,[8] en cuanto no se trata de reglas excluyentes entre sí, sino de principios complementarios y sujetos a la idea de optimización.[9]

---

de Estados Unidos que almacenan y revisan los mensajes de correo electrónico de sus empleados pasó del 27% en 1999, al 38% en 2000", mientras que "el porcentaje de empresas de Estados Unidos que supervisan el acceso de sus empleados a la Red es aún mayor [...] y se situaba en torno al 54% en 2000", según Andrew BIBBY, en *"Correo Electrónico e Internet en el Trabajo: ¿Privado o Público?"*, en La Revista de la OIT: TRABAJO Núm. 40, *"¿Quién tiene Correo?"*, agosto de 2001, disponible en http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/40/email.htm, página 2.

[5] Francisco GONZÁLEZ HOCH, *"Modelos Comparados de Protección de la Información Digital y la Ley Chilena de Datos de Carácter Personal"*, en *"Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Vida Privada. Estudios sobre la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal"*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2001, página 170. En este sentido, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas "comprende la protección de la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, electrónicos, télex y los emitidos por cualquier otro medio, y la inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas", según Enrique Evans DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Santiago, Chile, 2004, página 224.

[6] Luis LIZAMA PORTAL, *"Nuevas Tecnologías pero Antiguos Problemas. El Respeto a la Intimidad de los Trabajadores"*, en *"V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y Reafirmar sus Principios"*, edición a cargo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, 2001, página 388.

[7] PROYECTO DE LEY que *"Regula el Uso de Medios Informáticos en el Trabajo"*, moción boletín N° 5662-13 de 2008, considerando 2°, disponible en http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_mocionesaut.pl?809@Diputado@Vidal%20L%C3%A1zaro,%20Ximena#, página 1.

[8] Luis LIZAMA PORTAL, ob. cit. en nota 6, página 388.

[9] Robert ALEXY, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Distribuciones Fontamara, México, 2004, página 61.

En nuestro país, la creciente necesidad de adecuar la legalidad vigente al desarrollo de las TICs ha motivado la presentación de un proyecto de ley que pretende regular el "Uso de Medios Informáticos en el Trabajo" (moción boletín N° 5662-13),[10] que analizaremos a continuación, a la luz de los principios laborales y de los principios imperantes en materia de tratamiento de datos personales, fundamentalmente los de consentimiento del titular y finalidad.[11]

II. Análisis crítico del proyecto de ley que pretende regular esta materia en nuestro país

El articulado del proyecto en análisis consta de un artículo único que pretende reglamentar esta materia a través de la incorporación de cuatro nuevos incisos al artículo 154 bis del Código del Trabajo, el cual transcribimos a continuación: Artículo único. Incorpórense los siguientes incisos 2°, 3°, 4° y 5° al artículo 154 bis del Código del Trabajo:

"En todas aquellas funciones que involucren el uso de medios informáticos o virtuales para el intercambio de información, sean o no de propiedad del empleador, éste no podrá interceptar o acceder a las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores".

"Asimismo, no podrá almacenar datos personales obtenidos a partir de las anteriores herramientas, sin su consentimiento".

"Lo establecido en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de su facultad para limitar o restringir el uso de los anteriores medios para aquellos ámbitos que excedan de las funciones prestadas por el trabajador".

"El empleador deberá informar oportunamente al trabajador de las restricciones al uso de los medios señalados".

Nos abocaremos a analizar cada una de sus partes. En su inciso primero prescribe lo siguiente: **"en todas aquellas funciones que involucren el uso de medios informáticos o virtuales para el intercambio de información, sean o no propiedad del empleador, éste no podrá interceptar o acceder a las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores"**.

[10] Este proyecto ingresó al primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados con fecha 8 de enero de 2008.

[11] Otros principios rectores en la materia son el principio de la calidad de los datos y de seguridad de las operaciones de tratamiento.

La expresión genérica ***"medios informáticos o virtuales para el intercambio de información"*** comprende, además del uso de Internet y del correo electrónico, los computadores, intranet, teléfonos fijos y móviles y toda otra forma análoga de comunicación electrónica. Sin embargo, acotaremos nuestro análisis sólo a los dos primeros, ya que habitualmente su uso por parte de los trabajadores no se limita exclusivamente a asuntos directamente pertinentes a la prestación de servicios convenida.

La disposición legal en análisis se refiere al "uso de medios informáticos o virtuales para el intercambio de información, ***sean o no propiedad del empleador***", prescribiendo además que ***"éste no podrá interceptar o acceder a las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores"***.

Por una parte, la intrusión[12] del empleador en la vida privada del trabajador producto de medidas organizativas de control, a través de la intercepción o acceso a datos y/o información privada, es una conducta pluriofensiva que afecta principalmente las siguientes garantías fundamentales:

a) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 numeral 4° de la Constitución Política de la República).

b) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5 de nuestra Carta Fundamental).

Por otro lado, es preciso hacer presente que del contrato de trabajo emana el derecho del trabajador a la ocupación efectiva que "permite al trabajador exigir a su empleador que le proporcione los elementos necesarios para la prestación de los servicios".[13] En efecto, así como el trabajador contrae la obligación de prestar los servicios para los cuales fue contratado, le asiste el derecho correlativo de prestarlos efectivamente, para lo cual el empleador debe suministrarle los elementos y medios materiales necesarios para tal efecto.

De ahí que, pese a que "determinada conducta o actividad relativa a aspectos íntimos o privados del trabajador no deja de serlo por el simple hecho de desarrollarse en el ámbito de la empresa",[14] si los medios o bienes materiales

[12] La intrusión a la vida privada ha sido definida como una "infracción al derecho que tenemos a ser dejados tranquilos", según Sebastián RÍOS LABBÉ, en *La Protección Civil del Derecho a la Intimidad*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, página 68. V. gr. "será un acto de intrusión el hecho de abrir una carta cuyo remitente es otro", ídem, páginas 68 y 69. O bien, leer un mail cuyo remitente es otro.

[13] Luis LIZAMA PORTAL, *Derecho del Trabajo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, página 67.

[14] Sergio GAMONAL CONTRERAS, *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, página 51.

utilizados por el trabajador para el envío y recepción de correos electrónicos u otras formas análogas de comunicación electrónica, o bien los servidores que le permiten navegar por Internet, son suministrados por el empleador para el desarrollo de la prestación de servicios convenida, "se encuentran en conflicto dos valores amparados por el ordenamiento jurídico [...] debiendo resolverse cómo deben compatibilizarse ambas y en qué condiciones prima una sobre la otra. Se trata de la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada [y el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia] y, por otra parte, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad, contemplada en la Constitución Política de la República".[15]

El empleador al amparo del derecho de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, consagrados en los numerales 24 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respectivamente, puede defender su postura argumentando que "las empresas pueden verse obligadas a rendir cuentas de los envíos de correo electrónico remitidos por sus empleados [...] que las direcciones de correo electrónico utilizadas en el trabajo suelen incluir el nombre de la sociedad, lo que puede hacer pensar que estos mensajes constituyen en algún sentido comunicaciones oficiales",[16] o bien en el hecho de que "el correo electrónico representa además una vía de acceso para importantes virus informáticos a las redes corporativas internas".[17]

Sin embargo, sin perjuicio de las potestades de reglamentación, disciplinaria y de variación de que es titular el empleador y, que emanan del contrato celebrado con el trabajador, éste no puede implementar medidas de control desviadas de la finalidad propia de las mismas, materializando actos en perjuicio de los derechos fundamentales del trabajador.

Lo propio ha señalado la Dirección del Trabajo en Dictamen N° 260/19, de 24 de enero de 2002, frente a la consulta sobre la licitud o ilicitud de la revisión de correspondencia electrónica de los trabajadores, en el supuesto que los mismos utilicen bienes de propiedad del empleador. Según esta entidad, "de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores".[18]

[15] Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota anterior, página 55.
[16] Andrew BIBBY, ob. cit. en nota 4, página 2.
[17] Ídem.
[18] DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Dictamen N° 260/19 de 2001*, disponible en: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-63171.html

El proyecto en análisis desarrolla esta misma línea argumentativa, prohibiendo, por un lado, la intercepción o acceso a las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores y, haciendo referencia expresa a la primera posibilidad, al prescribir que "el empleador podrá limitar o restringir el uso de estos medios en ámbitos que excedan las funciones para las cuales el trabajador se ha obligado a través de la celebración del contrato de trabajo, siempre que haya sido oportunamente informado". Con todo, creemos que en este último caso "cabe preguntarse por los alcances del uso extraproductivo del correo electrónico",[19] así "un uso mínimo y razonable no podría ser sancionado, al igual que el uso del teléfono de la empresa o de los artículos de escritorio, [pero] una utilización abusiva que desvía al trabajador de sus quehaceres podrá ser sancionada, según su gravedad, hasta con un despido disciplinario".[20]

Consideramos que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico existen instrumentos normativos para proteger a la persona del trabajador frente a intrusiones en su vida privada, mediante la aplicación analógica e interpretativa de los principios que derivan fundamentalmente de la dignidad[21] y respeto por la persona humana y los derechos esenciales que emanan de ella, preceptos consagrados normativamente en los artículos 1° y 5° de la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales vigentes y ratificados por nuestro país, que contemplan derechos laborales tanto específicos (libertad de trabajo y su protección, y la justa retribución, la no discriminación en materia laboral, la libertad sindical, negociación colectiva, derecho de huelga, derecho al trabajo, entre otros), como inespecíficos (los comunes a todas las personas por el hecho de ser tales y de los que el trabajador no puede ser privado por la celebración de un contrato de trabajo).

En nuestros días, para la mayoría de la doctrina los derechos fundamentales constituyen no sólo derechos subjetivos de las personas respecto del Estado, sino que también tienen una dimensión de carácter objetivo que permite proteger efectivamente al trabajador a través de "la aplicabilidad directa de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares [...] y que ha permitido una tutela más completa de los derechos fundamentales no laborales

[19] Sergio GAMONAL CONTRERAS, *"El Derecho del Trabajo y las Nuevas Tecnologías en Chile"*, en *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, número 1, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Albacete, España, 2006, página 225.

[20] Ídem.

[21] El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas "es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad de la persona humana", según Daniel ÁLVAREZ VALENZUELA y Alberto CERDA SILVA, *"Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley N° 19.927, que Tipifica los Delitos de Pornografía Infantil"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005, página 139.

del trabajador al interior de la empresa".[22] Esta doctrina encuentra asidero en el artículo 6° de nuestra Constitución Política de la República,[23] dado que en esta norma se consagra la obligación de los ciudadanos y poderes del Estado de someterse a los preceptos constitucionales en forma directa, es decir, sin necesidad de desarrollos legislativos posteriores ("principio de vinculación directa de la Constitución").

Por ende, aun cuando en nuestro país no se legisle en forma específica sobre este tema, las garantías constitucionales citadas resultan directamente aplicables, siempre y cuando se vean efectivamente vulneradas y transgredidas en desmedro de la persona del trabajador.

Asimismo, es preciso mencionar la cláusula de apertura contenida en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, que dispone que "el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Es así, como al tenor de lo que esta norma dispone, "la mayoría de los autores concuerdan que los derechos humanos, asegurados en un tratado vigente en Chile, se integran al ordenamiento jurídico interno formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, lo que significa que ningún órgano del Estado puede desconocerlos, debiendo ser respetados, promovidos y protegidos, según el mandato de la Constitución".[24] El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada están contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño, formando parte integrante de nuestra Constitución material.

[22] Sergio GAMONAL CONTRERAS, *"Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena"*, en *"Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida"*, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, Chile, 2004, página 35.

[23] Este artículo señala en su parte pertinente que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

[24] Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 14, página 19. Sin perjuicio del fallo del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*Sentencia Rol N° 346 de 8 de abril de 2002*, considerando 74, disponible en http://tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/274), que en lo pertinente señaló: "Por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno previa reforma constitucional".

Además, el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, refuerza la tutela de los derechos fundamentales específicos como inespecíficos en materia laboral, al preceptuar que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudiese afectar su *intimidad, vida privada u honra*. Así, lo entendió también la Dirección del Trabajo en el Dictamen antes mencionado. En este mismo orden de ideas, se ha entendido que "la garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona".[25]

En doctrina, no se ha aceptado en forma unánime la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esgrimiendo, entre otros argumentos, que "la noción originaria e histórica de los derechos humanos los configura, en forma exclusiva, en contra del Estado y no de particulares [...] que las relaciones inter privatos son reguladas democrática y objetivamente por el legislador"[26] y que "la horizontalidad implica un peligro para el derecho privado, ya que operaría como un límite excesivo de la autonomía privada afectando la tradición argumentativa del derecho privado".[27]

Aunque no estamos de acuerdo con estas críticas, de aceptarse esta posición, el trabajador afectado en las garantías mencionadas –a través de medidas de control arbitrarias y desproporcionadas que impliquen interceptar o acceder a comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores– no podría solicitar su debida protección en forma directa. De ahí que valoremos una iniciativa de este tipo –aun cuando, en este aspecto, sólo reproduce la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo–, en el sentido de crear conciencia y debate sobre la materia.

Sin embargo, el inciso segundo del proyecto de ley señala en forma expresa que el empleador respecto del trabajador ***"no podrá almacenar datos personales obtenidos a partir de las anteriores herramientas, sin su consentimiento"***, lo cual a primera vista se encuadra perfectamente en las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, publicada en el Diario Oficial con fecha 28 de agosto de 1999, en el entendido de que "sólo se autoriza el tratamiento de datos por dos formas, a saber, con el consentimiento específico del titular, en todos lo casos en que se trate de datos sensibles, o con autorización

[25] STC 11/1998 de fecha 13 de enero de 1998, citada por Jesús R. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2002, página 108.
[26] Sergio GAMONAL CONTRERAS, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2007, página 56.
[27] Ídem.

legal, la que cubre el tratamiento de datos de fuentes accesibles al público (no reservados a los solicitantes)".[28]

En términos generales, esta ley regula "el tratamiento[29] que los organismos públicos y los particulares efectúen de los datos de carácter personal almacenados en registros o bancos de datos, sean éstos de carácter automatizado o no".[30] Por lo tanto resulta "aplicable en el contexto de las relaciones laborales, prescindiendo de contar con alguna referencia en el Código del Trabajo a su respecto".[31] En este contexto, el proyecto de ley en examen recoge la normativa imperante en la materia.

A mayor abundamiento, según lo dispuesto en el artículo 2° letra f) de la ley son *datos personales* "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables". Por su parte, el artículo 2° letra g) establece que los datos sensibles son datos personales que se refieren a "características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual".[32]

Con todo, cabe precisar que desde siempre los empleadores han recabado datos personales acerca de los candidatos a un puesto de trabajo o bien, de trabajadores bajo su dependencia, con los siguientes fines: "acatar la legislación; respaldar la selección de candidatos, la formación y promoción del personal; salvaguardar la seguridad personal y laboral, el control de calidad, el servicio que se presta a la clientela y la protección de los bienes".[33] No obstante en

[28] Hernán CORRAL TALCIANI, *"De los Derechos de las Personas sobre los Responsables de Bancos de Datos: el Hábeas Data Chileno"*, en *"Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Vida Privada. Estudios sobre la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal"*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2001, página 39.

[29] Según lo dispuesto en el artículo 2° letra o) de la ley en comento, tratamiento de datos es "cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos de cualquier forma".

[30] Claudio Paul MAGLIONA MARKOVICTH, *"Hábeas Data y Protección de Datos Personales en Chile"*, páginas 2 y 3, disponible en http://adi.cl/pdf/magliona2.pdf

[31] Alberto CERDA SILVA, *"Intimidad de los Trabajadores y Tratamiento de Datos Personales por los Empleadores"*, en *Revista Chilena de Derecho Informático N° 2*, Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, página 1, disponible en http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14643%2526ISID%253D292,00.html

[32] Su tratamiento indebido obliga a indemnizar el daño patrimonial y moral, según lo dispuesto en el artículo 23 de la ley en análisis.

[33] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *"Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores"*, Ginebra, Suiza, 1997, página 1, disponible

nuestro ordenamiento jurídico sólo estaría autorizado para recabar "aquellos necesarios para evaluar su capacidad o idoneidad personal para el trabajo, entendida como las calificaciones exigidas para un empleo determinado",[34] al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° del Código del Trabajo.

Es así que, dada la naturaleza de la relación laboral, si permitimos que el empleador pueda almacenar datos personales de trabajadores bajo su dependencia –obtenidos a partir de las anteriores herramientas–, previo consentimiento del trabajador, *sin expresar la finalidad de este derecho*, "la intimidad puede venir violada [...] no sólo a través de la recogida directa de datos, sino mediante la recopilación de noticias fragmentarias y aparentemente inocuas que, unidas, nos pueden dar bastante información sobre un individuo o grupo de individuos"[35] y, que perfectamente pueden decir relación con sus hábitos personales, raza, ideología u opiniones políticas y/o religiosas, es decir, con datos sensibles del trabajador. Así, "ciertos datos que inicialmente parecen inocuos pueden devenir en una fuente de riesgo similar según las funcionalidades o usos a que estén destinados".[36]

En consecuencia, el empleador no sólo tendría acceso a ciertos datos sensibles del trabajador –lo cual eventualmente podría motivar ciertas decisiones referidas a este último, sin perjuicio de que éstas "no pueden basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales que a él se refieran"–,[37] sino que, además, podría utilizar indebidamente esta nueva disposición legal como mecanismo de control empresarial, sin cumplir los requisitos que prescriben los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo, que ya analizaremos, en atención a que se puede obtener "muchísima información respecto de la ejecución de los servicios de un trabajador analizando el número de operaciones efectuadas, los errores cometidos, el tiempo empleado y el número, frecuencia y la duración de las interrupciones, en sus propios computadores".[38] Lo anterior en concordancia con los principios generales contemplados en el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la Organización Internacional del Trabajo sobre "Protección de los Datos Personales de los Trabajadores", que en lo pertinente prescriben: "los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen

en http://82.77.46.170:8080/gsdl/cgi-bin/ilo/library.fcgi?e=d-0ilo--00-0-0--01-01--0-10l--1en-5000---50-about-0---00031-0011QEgACQeL42f9498200001a144838cb92-0utfZz-8-0-0&cl=CL1.1.1.7.3&a=d&d=Jh2591s

[34] Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 19, página 220.

[35] Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 107.

[36] Alberto CERDA SILVA, ob. cit. en nota 31, página 5.

[37] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, ob. cit. en nota 33, página 2.

[38] Luis LIZAMA PORTAL, ob. cit. en nota 6, página 390.

funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores".

De ahí la importancia de establecer una determinada finalidad técnica u organizativa que justifique limitar los derechos fundamentales del trabajador, ya que este control sólo "será lícito cuando tenga por objeto exclusivamente el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales"[39] –no su comportamiento–, y en el entendido de que debe cancelarse la medida de control "cuando la finalidad para la que se recogió la información quede satisfecha".[40] Lamentablemente el proyecto de ley en comento no contempla estas restricciones.

Lo contrario, implica una transgresión al derecho a la autodeterminación informativa –"protección de los datos personales [...] frente al uso de la informática"–,[41] que no obstante no tener un reconocimiento constitucional expreso, ha sido ampliamente aceptada en doctrina.

Extrañamos, además, alguna referencia al derecho a la información, en el entendido que este derecho "supone que el titular de los datos personales debe ser informado en el momento mismo en que son recogidos los datos de quién, para qué y por qué se requiere la información",[42] para que pueda prestar su consentimiento de manera informada, por ejemplo a través de un aviso materializado a través de "la aparición en pantalla de mensajes de advertencia sobre dicho control".[43]

Si bien a primera vista los datos personales son recogidos por el empleador para el logro de los fines empresariales –técnicos u organizativos–, creemos que los mismos sólo podrían constituir justificación suficiente para permitir el almacenamiento y registro de datos personales de los trabajadores, siempre que se incorporaran en forma expresa en el proyecto de ley en estudio, sobre todo si tomamos en consideración que el consentimiento puede ser obtenido con cierta facilidad en razón del vínculo de subordinación y dependencia

[39] Ídem.
[40] Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 111.
[41] Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *"La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa"*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 104, España, abril-junio 1999, página 35, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_104_037.pdf. Este derecho, también conocido como *libertad informática*, consiste no sólo en la "libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático", según la STC 254/1993 de 20 de julio, citada por Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 108.
[42] Alberto CERDA SILVA, ob. cit. en nota 31, página 7.
[43] Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 111.

característico de las relaciones de trabajo. Lo anterior debe excluir los datos sensibles en forma expresa.

Por lo demás, es necesario precisar la manera en que operaría este consentimiento, ya que de aplicarse las reglas generales imperantes, "los derechos fundamentales de los trabajadores [derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada], pese a su formal reconocimiento, pueden quedar relegados en la cotidiana experiencia jurídico-laboral a simples enunciados normativos vacíos de contenido".[44]

El mencionado proyecto de ley no contempla en su articulado sanciones por la infracción de sus disposiciones, por lo que debemos remitirnos al procedimiento de tutela laboral, incorporado en nuestro ordenamiento jurídico laboral por la Ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de enero de 2006, sobre Nuevo Procedimiento Laboral.[45] El procedimiento de tutela de derechos fundamentales concreta en nuestro ordenamiento jurídico la llamada "ciudadanía en la empresa",[46] razón por la cual se aplica para resolver aquellas cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, siempre y cuando éstos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador, sea que se vean limitados por el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, incorporando dentro de los derechos a que se refiere el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República); y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5).

Igualmente, es preciso referirse a lo dispuesto en los artículos 5°, 153, 154 y 154 bis del Código del Trabajo, que en lo sustancial persiguen "lograr un equilibrio entre el ejercicio de las potestades del empleador y la dignidad del trabajador".[47]

[44] Según Gloria ROJAS, citada por Luis LIZAMA PORTAL y José Luis UGARTE CATALDO, en *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998, página 168.

[45] Este procedimiento aún no está vigente en todo el país, ya que la Ley N° 20.252, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de febrero de 2008, estableció plazos diferidos para la entrada en vigencia de la Ley N° 20.087 que lo regula.

[46] La ciudadanía en la empresa reconoce que "el trabajador no sólo es titular de aquellos derechos fundamentales típica o específicamente laborales, reconocidos al ser humano en tanto trabajador (libertad sindical, negociación colectiva, derecho de huelga, derecho al trabajo y a la formación profesional, limitación de la jornada, derecho al descanso, etc.), sino que él también es titular de los demás derechos humanos, aquellos esenciales a la persona humana simplemente en cuanto tal y de los que el trabajador no puede ser privado por la celebración de un contrato de trabajo o la incorporación a una unidad productiva". Según Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 14, página 5.

[47] Luis LIZAMA PORTAL, ob. cit. en nota 13, página 69.

En este contexto la Ley N° 19.759 de 2001 modificó el Código del Trabajo y reconoció "el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto de las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la *intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores* (nuevo inciso primero del art. 5° del Código del Trabajo)",[48] disposición legal crucial al momento de ponderar los derechos fundamentales en conflicto.

Por su parte, la misma ley estableció ciertos límites a las medidas de control de que pueden ser objeto los trabajadores, preceptuando que éstas "deben efectuarse por medios idóneos, de aplicación general, garantizándose la impersonalidad del respectivo mecanismo para resguardar la dignidad del trabajador (artículo 154 inciso final del Código)".[49] En este mismo sentido, debemos tener presente que "la observación de las telecomunicaciones [o bien, las medidas de control sobre el uso de medios informáticos en la empresa] supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida (y) como tal injerencia ha de ser sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad".[50]

Según lo dispuesto por el artículo 153 del Código del ramo, aquellas empresas que ocupen diez o más trabajadores deberán "confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento", sujeto a un control previo de legalidad por parte de la Dirección del Trabajo.

Este Reglamento, siempre y cuando contemple y cumpla cabalmente todas y cada una de las menciones y requisitos contemplados en el artículo 154 del Código del Trabajo, podría regular las limitaciones y restricciones relativas al uso del correo electrónico corporativo o de otras formas de comunicación análogas, en áreas que excedan del ámbito de la prestación de servicios convenida en el contrato de trabajo; estableciendo las condiciones, frecuencia y oportunidad referidas al uso de los mismos. Por ejemplo acordando que "todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá –en el instante– su condición de *comunicación privada*, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter de privada, como asimismo,

[48] Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 26, página 11.
[49] Ídem.
[50] STC 85/1994 de 14 de marzo, citada por Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 109.

permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional".[51]

El mismo razonamiento podría aplicarse en caso de incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico el derecho del empleador de almacenar los datos personales de sus trabajadores obtenidos a través de medios informáticos en la empresa, ya que en el referido Reglamento –siempre que se cumplan los presupuestos ya expuestos– se podría consignar el mecanismo a utilizar para implementarlas, la finalidad perseguida y las formalidades que debe revestir el consentimiento del trabajador, como asimismo el derecho del trabajador –no contemplado en este proyecto de ley– a "acceder a conocer los propios datos almacenados por la compañía en la que trabaja",[52] a través de la intervención de un delegado sindical, por ejemplo.

Con todo, los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo resultan insuficientes en la materia, ya que aquellas empresas que tengan menos de diez trabajadores no están obligadas a confeccionar un Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad. De ahí que la regulación del tema en análisis quedaría entregada al arbitrio del empleador, producto de la asimetría en el poder negociador de las partes, en el entendido de que las medidas de control podrían incorporarse en los contratos individuales de trabajo, no sujetos por cierto al control previo de legalidad por parte de la Dirección del Trabajo.

Cabe hacer presente que el Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad –con las limitaciones mencionadas– sería el único mecanismo idóneo y disponible en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual podrían constar las limitaciones y restricciones contempladas en los incisos 3° y 4° del artículo único del proyecto de ley en estudio, los cuales facultan al empleador "para limitar o restringir el uso de los anteriores medios para aquellos ámbitos que excedan las funciones prestadas por el trabajador", siempre que éste haya sido oportunamente informado.

Empero, no podemos desconocer la existencia de las llamadas "licencias comportamentales", relativas a "aspectos que, si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone [...] y que, como tales, no tienen por qué ser conocidas por el empleador".[53] Lo cual en la materia en estudio justificaría en principio que "el trabajador al disponer de herramientas

[51] DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ob. cit. en nota 18, página 2.
[52] Luis LIZAMA PORTAL, ob. cit. en nota 6, página 392.
[53] Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 14, página 51.

informáticas asociadas a Internet que le permiten la realización de actividades o el intercambio de información no necesariamente vinculado a la actividad laboral, pued[a] llegar a utilizarlas para actividades fuera de tal ámbito".[54] Sin embargo, tampoco podemos olvidar que el trabajador se ha obligado a través del contrato de trabajo a prestar de buena fe determinados servicios dentro de la jornada estipulada en el mismo y que esta obligación de ejecutar el contrato de buena fe se manifiesta, por ejemplo, en "la prohibición de utilizar –en provecho propio–, los recursos que el empleador le ha proporcionado para el desempeño de su función",[55] siempre que –como señala el proyecto de ley–, estas limitaciones y restricciones le hayan sido oportunamente informadas y se respete su "derecho a acceder a sitios Internet/Intranet gestionados por sus sindicatos y a otros sitios en los que se tratan asuntos relacionados con el empleo, la salud y seguridad, igualdad de oportunidades y otros asuntos relevantes para sus derechos en el trabajo".[56]

Por último, es necesario mencionar que la Ley N° 19.759 incorporó también al ordenamiento jurídico laboral el actual artículo 154 bis del Código del Trabajo, que dispone que "el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

Esta norma resulta limitada en sus alcances al momento de regular adecuadamente el uso de medios informáticos en la relación laboral, ya que sólo "hace referencia a la información ya recogida por el empleador, generalmente derivada de aquellos datos puestos a su disposición producto de la suscripción del contrato de trabajo, las obligaciones de seguridad social u otras de similar naturaleza"[57] y, no protege en forma expresa y adecuada la información privada de que es titular el trabajador, sus comunicaciones de carácter personal, ni los "demás datos personales disgregados y derivados producto de la navegación en Internet".[58]

[54] PROYECTO DE LEY que *"Regula el Uso de Medios Informáticos en el Trabajo"*, considerando 3°, ob. cit. en nota 7, página 1.
[55] Luis LIZAMA PORTAL, ob. cit. en nota 13, página 75.
[56] Francisco BARBA RAMOS y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, ob. cit. en nota 2, páginas 32 y 33.
[57] PROYECTO DE LEY que *"Regula el Uso de Medios Informáticos en el Trabajo"*, considerando 4°, ob. cit. en nota 7, página 1.
[58] Ídem.

III. Consideraciones finales

El objeto de este trabajo consistió en examinar el proyecto de ley que pretende regular el "Uso de Medios Informáticos en el Trabajo", en el entendido de que para responder adecuadamente a los desafíos planteados por la Sociedad del Conocimiento es "aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora",[59] como bien señaló en su oportunidad la Dirección del Trabajo; empero esta normativa debe ponderar adecuadamente las garantías constitucionales en conflicto, respetando los derechos de que es titular el trabajador –respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el derecho a la autodeterminación informativa–, y por otro lado, el derecho de propiedad y la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, garantías reconocidas constitucionalmente a la parte empleadora; como asimismo respetar los principios que informan la normativa vigente en nuestro país sobre Protección de Datos Personales.

Lo anterior, sin perder de vista que "la respuesta del ordenamiento jurídico debe ser la actualización del conjunto de derechos que se reconocen a los trabajadores y organizaciones, adecuando los ya existentes a los nuevos condicionantes tecnológicos que puedan cuestionar su sentido y eficacia, y diseñando aquellos otros de nueva creación que resulten necesarios para mantener los objetivos de dignidad del trabajador y de democratización de la empresa".[60] El *derecho a la intimidad*, subproducto de la dignidad humana –garantía del trabajador inmerso en la unidad productiva–, implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana".[61]

Aunque actualmente en nuestro ordenamiento jurídico existen instrumentos normativos que permiten realizar construcciones doctrinarias tendientes a equilibrar racional y proporcionalmente los derechos fundamentales en pugna, mediante la aplicación analógica e interpretativa de los principios que derivan fundamentalmente de la dignidad humana –similares, según vimos, a los contemplados en el proyecto de ley en análisis–, consideramos que éstos resultan insuficientes en sus alcances fundamentalmente por las razones expuestas en el acápite anterior y porque no obstante que "frente a una infracción a los derechos del titular de los datos personales éste puede acudir a los tribunales

[59] DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ob. cit. en nota 18, página 1.
[60] Francisco BARBA RAMOS y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, ob. cit. en nota 2, página 17.
[61] Jesús R. MERCADER UGUINA, ob. cit. en nota 25, página 112.

y pedir amparo, protección o resguardo a sus derechos, vale decir, el control, ex post en sede judicial es indiscutible"[62] –sea a través del hábeas data contemplado en la Ley N° 19.628 [63] o bien mediante la interposición de las acciones propias del nuevo procedimiento de tutela laboral–, a nuestro parecer sería necesario que exista una "normativa sobre tratamiento de datos personales y que tal cometido no quede entregado tan sólo a la gestión de los propios agentes intervinientes"[64] –como ocurre en el proyecto de ley analizado–, sobre todo en el contexto de la relación laboral subordinada, donde las partes intervinientes se encuentran en clara posición de desigualdad producto del vínculo de subordinación y dependencia connatural al contrato de trabajo.

[62] Alberto CERDA SILVA, ob. cit. en nota 31, página 4.

[63] En este sentido, "los datos recabados por el empleador caben en la definición de registro o banco de datos de la Ley N° 19.628: "el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos" (art. 2° letra m). En consecuencia el trabajador podrá perfectamente ocupar los procedimientos de esta ley en cuanto titular del hábeas data que en ella se consagra", según Sergio GAMONAL CONTRERAS, ob. cit. en nota 19, página 222.

[64] Alberto CERDA SILVA, ob. cit. en nota 31, página 4.

IV. Bibliografía

1. Libros:

Robert ALEXY, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Distribuciones Fontamara, México, 2004.

Enrique Evans DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Santiago, Chile, 2004.

Sergio GAMONAL CONTRERAS, *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004.

Sergio GAMONAL CONTRERAS, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2007.

Luis LIZAMA PORTAL, *Derecho del Trabajo*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2003.

Luis LIZAMA PORTAL y José Luis UGARTE CATALDO, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998.

Jesús R. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2002.

Sebastián RÍOS LABBÉ, *La Protección Civil del Derecho a la Intimidad*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2003.

José Luis UGARTE CATALDO, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2004.

2. Artículos:

Daniel ÁLVAREZ VALENZUELA y Alberto CERDA SILVA, *"Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley N° 19.927 que Tipifica los Delitos de Pornografía Infantil"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005, pp. 137-142.

Francisco BARBA RAMOS y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *"Alternativas de Regulación de los Derechos On-line en el Ordenamiento Laboral Español"*, en *"Derecho y Conocimiento"*, ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, España, pp. 13-33, disponible en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/a01.pdf

Andrew BIBBY, *"Correo Electrónico e Internet en el Trabajo: ¿Privado o Público?"*, en La Revista de la OIT: TRABAJO Núm. 40 - *"¿Quién tiene Correo?"*, agosto de 2001, pp. 1-5, disponible en http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/40/email.htm

Alberto CERDA SILVA, *"Intimidad de los Trabajadores y Tratamiento de Datos Personales por los Empleadores"*, en *Revista Chilena de Derecho Informático N° 2*, Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. 1-15, disponible en http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14643%2526ISID%253D292,00.html

Hernán CORRAL TALCIANI, *"De los Derechos de las Personas sobre los Responsables de Bancos de Datos: el Hábeas Data Chileno"*, en *"Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Vida Privada. Estudios sobre la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2001, pp. 39-59.

Sergio GAMONAL CONTRERAS, *"El Derecho del Trabajo y las Nuevas Tecnologías en Chile"*, en *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, número 1, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Albacete, España, 2006, pp. 213–228.

Sergio GAMONAL CONTRERAS, *"Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena"*, en *Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida*, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, Chile, 2004, pp. 33–69.

Francisco GONZÁLEZ HOCH, *"Modelos Comparados de Protección de la Información Digital y la Ley Chilena de Datos de Carácter Personal"*, en *Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Vida Privada. Estudios sobre la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2001, pp. 153-178.

Luis LIZAMA PORTAL, *"Nuevas Tecnologías pero Antiguos Problemas. El Respeto a la Intimidad de los Trabajadores"*, en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y Reafirmar sus Principios*, edición a cargo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, 2001, pp. 387-392.

Claudio Paul MAGLIONA MARKOVICTH, *"Hábeas Data y Protección de Datos Personales en Chile"*, pp. 1-23, disponible en http://adi.cl/pdf/magliona2.pdf

Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *"La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa"*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 104, España, abril-junio 1999, pp. 35-60, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_104_037.pdf

3. Otros:

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Dictamen N° 260/19 de 2001*, disponible en http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-63171.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *"Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores"*, Ginebra, Suiza, 1997, disponible en http://82.77.46.170:8080/gsdl/cgi-bin/ilo/library.fcgi?e=d-0ilo--00-0-0--01-01--0-10l--1en-5000---50-about-0---00031-0011QEgACQeL42f9498200001a144838cb92-0utfZz-8-0-0&cl=CL1.1.1.7.3&a=d&d=Jh2591s

PROYECTO DE LEY que *"Regula el Uso de Medios Informáticos en el Trabajo"*, moción boletín N° 5662-13 de 2008, disponible en http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_mocionesaut.pl?809@Diputado@Vidal%20L%C3%A1zaro,%20Ximena#

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia Rol N° 346 de 8 de abril de 2002*, disponible en http://tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/274

Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile

Andrea Fraga Yoli
Profesora Ayudante
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE CHILE

Si bien en Chile no existe todavía una regulación específica del acoso laboral o "*mobbing*", la protección del trabajador frente a esta figura se encuentra igualmente reconocida en nuestra legislación mediante la aplicación de normas de carácter general, tanto legales (Código del Trabajo artículos 2°, 5°, 171, 184 y la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales) como constitucionales (artículos 5° y 19 de la Constitución Política de la República)[1] que permiten al trabajador afectado por una situación de hostigamiento laboral accionar para exigir que se ponga término a la vulneración de sus derechos fundamentales dentro del ámbito laboral.

Sin embargo, a pesar de existir esta normativa que entrega un marco de protección general en este ámbito, resulta necesario, y así lo ha entendido el legislador, regular específicamente la figura del acoso laboral, a fin de consagrarla expresamente en la ley, elaborando un concepto jurídico que comprenda cada una de sus características relevantes, definiendo el procedimiento aplicable frente a una situación de esta naturaleza, y, por cierto, estableciendo las correspondientes sanciones que arriesgan quienes incurren en este tipo de conductas.

Es por ello que desde el 4 de marzo del año 2003 existe en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que busca incorporar, tanto a la legislación laboral como al Estatuto Administrativo, un sistema de protección y sanción frente a conductas de acoso laboral, iniciativa que después de mucho

[1] La Constitución Política de la República en su artículo 5° establece que *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 19 al asegurar a todas las personas *"el derecho a la vida y a la integridad física y síquica"*.

tiempo en espera pasó recientemente (18 de octubre de 2008) a su segundo trámite legislativo en la Cámara de Diputados.[2]

Dicho proyecto, primitivamente, contemplaba la introducción de un nuevo título VII al Capítulo IV del Libro I del Código del Trabajo, el cual se titulaba "De las prácticas que constituyen acoso laboral y de sus sanciones", contemplando cuatro artículos para regular este tema, a saber, los artículos 183 bis A al 183 bis D; sin embargo esta iniciativa ha sufrido en el último tiempo importantes modificaciones.

El objetivo de este comentario es, por una parte, esbozar la situación actual del proyecto en comento, haciendo referencia a los principales cambios que ha sufrido durante el último año, y, por otra, comentar los principales aspectos que, a nuestro juicio, requieren de una revisión más profunda a fin de lograr que dicha normativa permita en los hechos una protección efectiva tanto para los trabajadores como en general del empleo mismo. Finalmente se realizará una breve referencia a los fallos que se han dictado en Chile sobre esta materia durante los últimos dos años.

El proyecto de ley sobre acoso laboral actualmente contempla las siguientes modificaciones a la legislación laboral:

A. Incorporación del título VI al libro II del Código del Trabajo, el cual se titula "Del acoso laboral y su sanción" (artículos 211 bis A al 211 bis C).[3]

- **Artículo 211 bis A.** *"El acoso laboral es una práctica que importa una violación a los derechos esenciales que emanan de la persona humana, y es incompatible con el principio de respeto a la dignidad de la persona, consignado en el artículo segundo de este Código.*

  Se entenderá por acoso laboral, ***toda acción u omisión grave y reiterada del empleador, o de uno o más trabajadores, ejercidas en contra de un trabajador en el lugar de trabajo común, y que implique alguna forma de violencia o coacción psicológica, teniendo como objetivo o resultado provocar un menoscabo personal o material en el afectado, o bien poner en riesgo su situación laboral".***[4]

[2] El origen de esta iniciativa lo encontramos en una moción de los honorables diputados señoras Adriana Muñoz D´Albora y Ximena Vidal, y de los señores Fidel Espinoza y Enrique Jaramillo.

[3] Anteriormente el proyecto contemplaba la incorporación del **Título VII al Capítulo IV del Libro I** del Código del Trabajo, el cual se denominaba "De las prácticas que constituyen acoso laboral y de sus sanciones", artículos 183 bis A al artículo 183 bis D, modificación que re realizó en octubre del año 2007, Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social.

[4] El proyecto primitivo establecía en el artículo 183 bis A que *"El acoso laboral, llamado también*

En relación con el concepto de acoso laboral existieron, según dan cuenta las actas de la Comisión Revisora, ciertos aspectos que fueron especialmente discutidos:

1. El acoso debe consistir en una acción o en una omisión. La incorporación de la posibilidad de que el acoso laboral consista en una omisión dice relación con el establecimiento de un procedimiento en la misma ley que permite objetivizar la responsabilidad del empleador, por cuanto responde si no cumple con la obligación de protección que le cabe en virtud de su poder reglamentario, de poner término a una conducta de acoso.

2. El acoso puede provenir del empleador o de uno o más trabajadores. Para algunos de los senadores que discutieron el proyecto, la definición legal no recoge las distintas posibilidades que puede revestir el acoso laboral, ya que por un lado está el caso del empleador que hostiga directamente a un trabajador de su dependencia; por el otro, está la situación de hostigamiento que un trabajador ejerce sobre otro a instancias del empleador; y, finalmente, está el caso de un trabajador que hostiliza laboralmente a otro, sin conocimiento del empleador. Se trata, pues, de tres hipótesis distintas y, sin embargo, no estaría tan claro que todas ellas estén cabalmente comprendidas en el texto de la iniciativa de ley.

En este sentido, el propio asesor legislativo del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social advirtió que el caso probable de acoso laboral que no se revisó en el debate es el referido al hostigamiento efectuado por un trabajador respecto de otro, por encargo del empleador. En razón de lo anterior, sería

---

***sicoterror laboral**, es una práctica que importa una violación a los derechos esenciales que emanan de la persona humana.*

*Para efectos de este Código se entenderá por tal la situación en que el empleador, o uno o más trabajadores, o aquél y uno o más de éstos, ejercen o manifiestan por hechos o por dichos una particular forma de **violencia sicológica de carácter extremo**, premeditadamente o no, con regularidad sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otro trabajador en el lugar de trabajo común, con el fin de provocar un menoscabo material y personal en éste".*

Tal como se señaló en el artículo publicado en la Revista *Actualidad Jurídica* N° 16, de julio de 2007, titulado "El *mobbing* y su regulación en el Derecho Laboral Chileno", de esta definición llamaba la atención que estableciera que los actos de acoso pueden ser o no premeditados y por otro lado que deben producirse durante cierto lapso de tiempo, ya que a nuestro entender lo lógico es que se trate de actos que son ejecutados por el acosador para lograr un objetivo, el cual puede ser muy diverso, como por ejemplo conseguir la anulación de la víctima, eliminarla de la empresa porque la visualiza como alguien que podría quitarle su puesto de trabajo, etc. Luego, desde este punto de vista parece muy poco probable que este tipo de conducta sistemático pueda surgir sin previa premeditación.

Asimismo, al atribuirle al *mobbing* el carácter de violencia extrema, ello generaba la duda sobre qué tipo de conductas estarían comprendidas en dicha categoría, y si podrían ser consideradas como acoso laboral aquellas que quizás no revistan el carácter de violencia extrema según el normal entendimiento humano, pero que sí presenten dicho carácter para la víctima al ser ésta muy sensible o no poseer los mecanismos necesarios para enfrentar adecuadamente los conflictos propios del mundo laboral.

recomendable que se revisara la redacción del artículo en este sentido a fin que el concepto de acoso laboral sea amplio y comprenda las distintas variantes que puede presentar el acoso laboral.

3. La conducta debe ser reiterada. Otro de los puntos más discutidos ha sido la exigencia de tratarse de una conducta persistente y reiterada en el tiempo. Mientras la gran mayoría de quienes han intervenido en la discusión parlamentaria han considerado que ésta es una de las características esenciales del *mobbing*, una minoría estimó que ello no era necesario, cuestionando qué sucedería si no se tratara de un hostigamiento permanente, sino que de una sola interpelación, efectuada por una única vez, pero de tal entidad o gravedad que sea suficiente para descalificar severamente a una persona y afectarla emocionalmente, toda vez que esta única situación podría llegar a ser tanto o más grave que una conducta hostil permanente pero inofensiva, que no representa un insulto o una denigración.

A pesar de este último cuestionamiento, estimamos poco probable que el proyecto sea modificado en tal sentido, ya que tanto la doctrina como el derecho comparado están contestes en que una de las características básicas del acoso laboral es que deba tratarse de una conducta realizada a lo largo del tiempo.

Finalmente en relación con este punto cabe señalar que la doctrina, especialmente la española, sostiene que se requiere un mínimo de seis meses para que el acoso moral configure un ilícito. Sin embargo, esta condicionante estaría dada por un lapso de tiempo que reviste cierto carácter subjetivo, toda vez que el período en que una persona puede resultar afectada por las consecuencias dañinas del acoso laboral puede ser mucho menor a seis meses. Así lo demuestra la experiencia en esta materia, toda vez que se han detectado casos en los cuales la persona, al poco tiempo de ser acosada, resulta seriamente aquejada física y psicológicamente.

Analizando la realidad chilena no parecería apropiado fijar un límite de tiempo específico para definir cuándo estamos frente a una conducta de acoso laboral, sino que quizás sería más recomendable considerar que las acciones de acoso produzcan una enfermedad o una afección física o psicológica al trabajador. Puede que estas consecuencias negativas para la salud se produzcan antes de los plazos que señala la doctrina y, por tanto, si bien las conductas de acoso deben registrarse en forma permanente en el tiempo, ello no debería medirse en un plazo único y predeterminado.

4. El acoso debe significar alguna forma de violencia o coacción psicológica. En relación con esta exigencia, se dejó constancia en las actas que la idea era circunscribir la norma a la violencia psicológica, excluyendo la violencia física, toda vez que esta última se vincula más bien al campo del derecho penal.

Bajo ese entendido, las palabras "violencia" y "coacción" están consignadas como términos sinónimos, ambos referidos al ámbito psicológico, y por eso la norma habla de "violencia o coacción", considerándolos en un mismo sentido, comprendiendo desde la violencia verbal hasta la coacción psicológica más fuerte.

En este sentido, cabe agregar que el honorable senador señor Allamand manifestó su inquietud respecto a la palabra "coacción" toda vez que, a la luz del significado que le atribuye la Real Academia Española (RAE), no parece ser una expresión atinente para estos efectos. Citando el Diccionario de la RAE, señaló que coacción es *"fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo"*. Dicha noción no responde a la misma idea hacia la cual apunta la norma en análisis, ya que el hostigamiento no se trata necesariamente de obligar a alguien a que haga algo, sino que más bien se trata de menoscabarlo o denigrarlo.

5. El acoso debe realizarse en el lugar común de trabajo. Si bien el proyecto establece expresamente que las conductas de acoso deben realizarse en el lugar de trabajo, a nuestro parecer dicha exigencia es al menos discutible. Cabe preguntarse que pasaría con los actos de acoso que se realizan en el exterior del lugar de trabajo, pero que tienen su origen en las relaciones laborales. En este caso, en la forma en que se encuentra redactado el proyecto queda fuera de la calificación de acoso y la consiguiente sanción. Sin embargo, existen doctrina y jurisprudencia tanto judicial como administrativa que son armónicas en expresar que constituyen acciones relacionadas con el trabajo, a lo menos indirectamente, los hechos que produciéndose fuera del reciento de trabajo tienen su inicio en la relación laboral, o sea, en el interior de la empresa.

6. El acoso debe ocasionar un daño al trabajador. La norma en comento señala expresamente que el hostigamiento debe tener *"como objetivo o resultado provocar un menoscabo personal o material en el afectado, o bien poner en riesgo su situación laboral"*. Este ha sido sin duda uno de los aspectos más álgidos de la discusión ya que para algunos bastaría la sola conducta dañosa para que se configurara el acoso, en cambio otros estiman que dicha conducta necesariamente debe ocasionar un daño al trabajador. Sin daño no habría acoso.

Para quienes sostienen la primera postura, el acoso laboral se configura si se prueba la reiteración de los hechos, del maltrato permanente, pero sin tener que acreditar además un objetivo o un resultado. El efecto o resultado dependerá del carácter del trabajador, toda vez que para algunas personas las agresiones verbales no revisten mayor importancia y para otras, en cambio, pueden significar un obstáculo muy difícil de superar, lo cual no implica que no exista una conducta que deba ser sancionada.

Quienes sostienen la segunda postura, la cual ha sido la adoptada por el proyecto de ley, esta exigencia se explica por cuanto hay personas que tienen un alto grado de tolerancia al maltrato y, por tanto, pueden no ser afectadas por éste, en tanto que hay otras que son especialmente vulnerables y se afectan ante el más mínimo rechazo. De esta forma, es preciso que se produzca una consecuencia dañina tras el acoso. Incluso así lo habrían entendido nuestros tribunales de justicia, los cuales, aun cuando no hay una ley que sancione expresamente el acoso laboral, han dado lugar a las acciones indemnizatorias cuando se comprueba que el afectado sufrió un perjuicio derivado del acoso denunciado. Sostienen además que la existencia del daño se encuentra vinculada directamente con la gravedad de los hechos y, por otra parte, no hay que olvidar que para que las acciones indemnizatorias sean procedentes debe haber un perjuicio que reparar, el cual, por tanto, debe acreditarse. De no mediar tal daño, la obligación pasa por generar mejores condiciones de trabajo, condiciones laborales saludables, evitando o previniendo las conductas de acoso.

Finalmente, en relación con la mención a un ***"objetivo o resultado"***, consta en actas que se optó por utilizar ambos términos, toda vez que el objetivo de una acción no siempre puede ser evidente. El acosador puede ejecutar un conjunto de acciones que, bien realizadas, pueden generar una coacción psicológica en el trabajador para lograr un resultado determinado, por ejemplo, que renuncie. Sin embargo, ese objetivo puede también mantenerse oculto y, en tal caso, será muy difícil o imposible de probar. Es por ello que se incluyeron las dos posibilidades, pudiéndose acreditar el objetivo –con mayor dificultad–, o bien, probando el resultado perjudicial.

- **Artículo 211 bis B:** *"El trabajador, quien hubiere sido víctima de prácticas que den lugar a acoso laboral, podrá denunciarlas en un plazo de 60 días contados desde el último acto que las constituya.*

  Las denuncias sobre acoso laboral deberán ser recibidas por la Inspección del Trabajo respectiva, las que de conformidad a las normas pertinentes, conocerá de ellas pudiendo aplicar, en su caso, las sanciones que a continuación se expresan".[5]

Este artículo en relación con el anterior 183 bis B que contemplaba primitivamente el proyecto, presenta las siguientes modificaciones:

[5] En el proyecto primitivo, el **artículo 183 bis B** señalaba *"El trabajador, quien hubiere sido víctima de prácticas que den lugar a acoso laboral, deberá denunciarlas en un plazo de 60 días hábiles contados desde el último acto que las constituya.*
Las denuncias sobre acoso laboral podrán ser recibidas por la Inspección del Trabajo respectiva, las que de conformidad a las normas pertinentes, conocerá de ellas pudiendo aplicar las sanciones que a continuación se expresan".

1. Establece que el trabajador *"podrá"* denunciar estas conductas mientras que antes decía *"deberá"*;

2. El plazo para formular la denuncia es de días corridos, antes era de días hábiles, reduciéndose considerablemente el plazo para denunciar, y

3. Las denuncias *"deberán"* ser conocidas por la Inspección del Trabajo. Anteriormente se establecía que las Inspecciones del Trabajo *"podrán"* conocer de estas denuncias.

A nuestro juicio, dichas modificaciones generan ciertas dudas de interpretación. Al establecer que el trabajador podrá interponer la denuncia dentro de los 60 días ¿ello significaría que dicho plazo no es fatal? ¿Qué pasaría entonces si presenta la denuncia pasados los 60 días? Al establecerse en forma tan amplia la facultad del trabajador para presentar la denuncia ello implicaría que éste, al no estar obligado a denunciar dentro de cierto lapso de tiempo, podría preferir seguir en una situación de riesgo por no arriesgar su empleo, posibilidad que no se condice con el propósito que persigue esta normativa, que es precisamente proteger al trabajador cesando los efectos del acoso lo más rápido posible.

Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo en que se entregue a la Inspección del Trabajo el conocimiento de este tipo de denuncias, y menos aún que se faculte a dicho organismo para aplicar sanciones en caso de comprobarse que ha existido acoso laboral. Esta materia implica necesariamente una calificación jurídica de una situación de hecho que sólo podría ser realizada por los tribunales de justicia. Nuestra postura se apoya además en el hecho que se encuentra próximo a entrar en vigencia el procedimiento tutelar, procedimiento *ad hoc* para conocer de este tipo de materias y que sólo podrá ser aplicado por los tribunales de justicia.[6]

[6] En la sesión del 13 de octubre del año 2008, el asesor legislativo del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social explicó que, cuando se establece la opción para recurrir ante el empleador o ante la Inspección del Trabajo –lo cual se contempla para el caso en que el acoso se produzca entre trabajadores–, ello obedece a un concepto de responsabilidad objetiva. Conforme a ello, una vez recibida la denuncia correspondiente, el empleador queda obligado a adoptar todas las medidas necesarias y pertinentes para poner fin a la situación de acoso denunciada. Si el reclamo fue presentado ante él, deberá proceder de inmediato al efecto, y si fue deducido ante la Inspección del Trabajo, ésta le representará las medidas a adoptar. Si el empleador no cumple con esta obligación –que por lo demás se enmarca dentro de su deber general de cuidado–, entonces éste responderá por su inacción y se le aplicará una multa. Sin embargo, si éste sí cumple e implementa las referidas medidas, quedará exento de toda responsabilidad por estos hechos, y ello, a su vez, lo eximirá del recargo en la indemnización en caso de que el trabajador acosador, habiendo sido despedido, impugne el despido y prospere su demanda.

Finalmente, llama la atención que se faculte a la Inspección del Trabajo para aplicar multas directamente a los trabajadores que hubieren incurrido en conductas de acoso laboral, posibilidad inédita hasta ahora.

- **Artículo 211 bis C.** *"El acoso laboral efectuado por el empleador, o por uno o más trabajadores con conocimiento de éste, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 50 Unidades Tributarias Mensuales, sin perjuicio de las acciones que el trabajador pudiere ejercer en conformidad a las reglas generales.*

  Cuando el autor del acoso sea uno o más trabajadores, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo.

  Recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

  En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador, y determinará un plazo para ello.

  En el caso de que el empleador, habiendo sido advertido en la forma señalada, no implemente las medidas necesarias para hacer cesar el acoso del afectado, podrá ser sancionado en la forma que dispone el inciso primero de este artículo".

La nueva norma establece el procedimiento a seguir ya sea para el caso en que el acoso laboral se verifique directamente por parte del empleador hacia un trabajador, o bien éste se genere entre los trabajadores. En el primer caso, la instancia pertinente para poner fin al hostigamiento de acuerdo al proyecto es la Inspección del Trabajo y, eventualmente, los tribunales de justicia ante los cuales podría accionarse judicialmente.

En cambio, cuando la conducta hostil proviene de otro trabajador, el proyecto considera que el trabajador puede recurrir, primero, ante el empleador, a fin de que éste adopte las medidas necesarias y posibles de implementar para evitar que la conducta de acoso continúe, como por ejemplo, disponer la separación de ambientes o la redistribución de los horarios de trabajo. También se contempla la posibilidad de que el trabajador recurra directamente ante la Inspección del Trabajo y que ésta sea la que instruya al empleador para que adopte las medidas pertinentes para poner fin a la situación hostil.

De esta forma, la responsabilidad del empleador se vuelve objetiva, por cuanto responde si no cumple con la obligación de protección que le cabe, en virtud de su poder reglamentario, de poner término a una conducta de acoso, es decir, responde si incurre en una omisión.

B. Incorpora una nueva causal de término de contrato

El proyecto incorpora al artículo 160 una nueva letra f) *"Conductas de acoso laboral"*. De este modo, el empleador se encuentra facultado para despedir sin derecho a indemnización a aquel trabajador que, luego de la investigación pertinente, se haya acreditado que incurrió en conductas de acoso laboral.[7]

C. Modifica el artículo 171 del Código del Trabajo[8]

Resulta evidente que atendida la importancia de los bienes jurídicos que están en juego en este tipo de conflicto, la ley debe contemplar algún mecanismo a fin de evitar la proliferación de denuncias infundadas o temerarias.

Es por ello que al igual que ocurrió en la regulación legal del acoso sexual en que se contempló la posibilidad de que frente a una denuncia falsa o maliciosa se aplique la respectiva sanción, el proyecto sobre acoso laboral contempla la misma posibilidad, de modo que si el trabajador denuncia en forma maliciosa o infundada que fue víctima de acoso laboral se le aplique la respectiva sanción y puedan tener lugar las indemnizaciones que correspondan.

El actual inciso 4° del artículo 171 del Código del Trabajo señala: *"Si el trabajador hubiere invocado la causal de la letra b) del número 1 del artículo 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan"*.

---

[7] Además el proyecto establece las siguientes modificaciones en el número 1) del artículo 160:
a) Sustitúyese en la letra d) la coma (,) y la conjunción "y" que sigue a continuación de la coma (,) por un punto y coma (;) y
b) Reemplázase en la letra e) el punto final (.) por una coma (,) y agrégase a continuación la conjunción "y".

[8] El proyecto de ley establece la siguientes modificaciones: a) Sustitúyese en el inciso segundo la conjunción "y" entre las expresiones "a)" y "b)" por una coma (,) y agrégase a continuación de la expresión "b)" lo siguiente: "y f)".
b) Agrégase en el inciso sexto, a continuación de la frase "Si el trabajador hubiere invocado la causal de la letra b)", la expresión "o f)".

D. Incorpora normas sobre acoso laboral en el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834) y en el Estatuto para Funcionarios Municipales (Ley N° 18.883).[9]

El proyecto de ley también alcanza a los funcionarios públicos y a los municipales, toda vez que incorpora las modificaciones pertinentes tanto al Estatuto Administrativo como al Estatuto de los Funcionarios Municipales, a fin de hacer aplicables a sus respectos las normas sobre acoso laboral que se introducen al Código del Trabajo.

En este sentido, debe señalarse que en la discusión del proyecto se dejó constancia que sería importante revisar si es posible una modificación de esta naturaleza mediante una moción parlamentaria o si, por el contrario, se trata de una modificación que aborda una materia de iniciativa exclusiva del Ejecutivo.

El asesor legislativo del Ministro del Trabajo y Previsión Social explicó que las normas relativas al sector público que son de iniciativa legal exclusiva del Ejecutivo son aquellas que dicen relación con sus funciones y atribuciones, y aquí, en cambio, se trata de establecer una prohibición, haciendo aplicables a estos funcionarios la regulación sobre acoso laboral que se instaura en el Código del Trabajo.

Algunos hicieron presente que, en todo caso, no se trata de modificaciones propiamente tales las que se proponen introducir a los citados cuerpos legales, por cuanto, en verdad, sólo se les incorpora una disposición conforme a la cual, en caso de incurrirse en conductas de acoso laboral, ya sea en el sector público o municipal, se aplicarán las normas que al respecto consagra el Código del Trabajo.

Asimismo, fue comentado que la incorporación de estas normas en el Estatuto Administrativo es muy relevante toda vez que se debe considerar que el problema del acoso laboral se registra principalmente en el ámbito público y, en menor medida, en el privado. Lo anterior se explicaría porque en el sector privado, si el empleador desea despedir al trabajador, puede hacerlo porque está facultado para ello, pagando las indemnizaciones y demás prestaciones

[9] El proyecto de ley señala sobre el particular lo siguiente:
Artículo 2°: "Agrégase en el artículo 84 de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido se fija en el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, la siguiente letra m):
"m) Realizar todo acto calificado como acoso laboral en conformidad a lo dispuesto en el Código del Trabajo.", y;
Artículo 3°: "Agrégase en el artículo 82 de la ley N° 18.883, la siguiente letra m):
"m) Realizar todo acto calificado como acoso laboral en conformidad a lo dispuesto en Código del Trabajo".

que correspondan de acuerdo a la ley. No necesita, por tanto, acosar ni hostilizar al trabajador. En el sector público, en cambio, atendido que la facultad de despido está más restringida, el abuso en este orden es mucho más frecuente de lo que parece.

Luego del análisis del contenido actual del proyecto legislativo que busca tipificar y sancionar el acoso laboral, es posible concluir que constituye sin duda un gran avance para la legislación laboral al regular por primera vez en Chile esta figura. Sin perjuicio de ello, estimamos que sería necesario que en los trámites legislativos siguientes sean perfeccionados y profundizados ciertos aspectos que, a nuestro parecer, suscitan dudas en cuanto a su interpretación, relativos al concepto de acoso laboral, la competencia de los tribunales para conocer de este tipo de conflictos, el procedimiento aplicable, entre otros.

Por otra parte, estimamos que no existe congruencia entre el sistema de investigación y los criterios que se establecieron para el acoso sexual y los que ahora se fijan para el acoso laboral. En efecto, el acoso sexual contempla un procedimiento de investigación detallado frente a una denuncia de este tipo, lo cual no ocurre, al menos hasta ahora, en el proyecto de ley sobre acoso laboral. El acoso laboral, a pesar de que podría afectar a más personas, tiene, sin embargo, una regulación mucho más restringida.

Finalmente, para concluir este análisis, se hace necesario revisar brevemente cuál ha sido la tendencia de nuestros tribunales sobre este tema, toda vez que, sin perjuicio de no existir actualmente una regulación legal de esta figura, la judicatura ya ha conocido diversos casos de esta naturaleza y les ha dado sanción judicial en base a las normas consagradas tanto en la Constitución Política de la República como en el Código del Trabajo.

Dentro de los fallos dictados durante el año 2006, podemos mencionar dos, ambos recursos de protección acogidos por considerarse que existió acoso laboral y que se vulneraron garantías constitucionales como la integridad psíquica y física de la persona, entre otros derechos: fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 30 de enero de 2006, caratulado "Aros Ojeda, Juan Pedro/Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente y Director del Instituto de Neurocirugía", y fallo dictado por la Excma. Corte Suprema con fecha 10 de octubre de 2006 (rol 665-2006) caratulado "Ramis Gutiérrez María con Municipalidad de Valdivia", en que se confirma lo resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia.

Durante el año 2007 se dictaron al menos cuatro sentencias relativas al acoso laboral:

1. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 12 de junio de 2007, dictado en causa caratulada "Soto Eschman, Jessica c/Director del Hospital de Cochrane", rol 17-07, en el cual **se rechaza el recurso de protección** interpuesto: *"Debe desestimarse el recurso de protección en el cual la recurrente hace consistir el supuesto acto arbitrario o ilegal en que el recurrido puso término a la contrata de la recurrente sin tener las facultades para ello –afectando su estabilidad en el empleo, conculcando con ello su derecho de propiedad previsto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República–, toda vez que del mérito de los antecedentes y de las manifestaciones del abogado del recurrente, que expresó que el despido fue dejado sin efecto,* ***surge que el recurso carece de actualidad y oportunidad, en cuanto a que el eventual acto arbitrario e ilegal ha desaparecido****".*

2. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 12 de julio de 2007, dictado en causa caratulada "Marmolejo Cubillos, Erika c/Dirección del Liceo Tomás Martín de Poveda", rol 557-07, cuya doctrina establece: *"Corresponde* ***desestimar el recurso de protección deducido*** *por el docente que alegó que luego de su retorno al trabajo por licencia médica encontró que un colega, en cumplimiento de órdenes del director del establecimiento educativo, asumió sus tareas en su reemplazo, momento a partir del cual sufrió malos tratos por parte del recurrido –lo que a su juicio vulneraría las garantías constitucionales previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de Chile–* ***toda vez que, de los antecedentes del caso, no resulta establecido que el recurrido haya realizado o ejecutado actos que signifiquen perturbación o amenazada garantía constitucional alguna****".*

3. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 13 de agosto de 2007, dictado en causa caratulada "Muñoz Garrido con Universidad de Concepción", rol 3947-2006.[10] En dicho fallo se rechaza la pretensión del demandante resolviéndose que *"La arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a tener o aun inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar; e ilegal, que es contrario a la ley.* ***El tenor de la carta del señor Vicerrector de Asuntos Económicos y Administrativos de la Universidad no se vislumbra, en forma indubitada, de una omisión arbitraria o ilegal. Es más, contiene una muestra de preocupación por la salud de la actora, el deseo de una pronta recuperación y expresándole su disposición a arbitrar***

[10] Otro fallo reciente dictado por esta Corte en materia de acoso laboral es el de fecha 20 de agosto de 2007, rol 3583-2006, en cuyo considerando 3° establece *"Que, sin perjuicio de lo establecido precedentemente, el peso de la prueba sobre la efectividad de las conductas atribuidas por el trabajador a su empleador recae sobre aquel, así como también recae sobre él la prueba del daño psíquico o físico que sufrió con motivo de dichas conductas".*

las medidas necesarias, dentro del contexto y estructura actual existente en la Biblioteca Central, para que su reincorporación se produzca en circunstancias que permitan continuar con su desempeño y desarrollo profesional".

De este fallo se desprende que para que se configure el acoso laboral y pueda atribuirse al empleador algún tipo de responsabilidad por el mismo, es requisito indispensable que éste no haya adoptado las medidas necesarias a fin de resguardar adecuadamente la integridad del trabajador; criterio que es recogido por el proyecto de ley precedentemente comentado en el artículo 211 bis, el cual se refiere a las medidas que debe adoptar el empleador frente a la denuncia por acoso laboral que le formule alguno de sus trabajadores.

4. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 22 de noviembre de 2007, rol 224-2007. Este fallo es destacable por cuanto establece cierto criterio para efecto de la determinación del monto de las indemnizaciones que corresponde al trabajador en caso de ser víctima de acoso laboral, evitando de esta forma las demandas en que los montos pedidos sean excesivos e impliquen un enriquecimiento sin causa para el trabajador: *"Esta Corte estima que, si dentro del espíritu del legislador laboral premunido de principios tan propios de esta disciplina éste ha resuelto fijar como tope máximo de una indemnización por término de servicios el equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración (artículo 163 inciso 2° del Código del Trabajo), a la cual se puede agregar otro mes de retribución por vía substitutiva (inciso 3° del mismo precepto) y que esta suma aplicable, en caso de invocarse mal una causal que afecta a la probidad del trabajador, puede ser aumentada hasta en un 100% (artículo 168), en lo que representa la solución legislativa más asimilable al caso que nos ocupa, que se mueve dentro del mismo marco de referencia subjetivo, a* ***juicio de estos sentenciadores resulta posible inferir que, una vez dilucidado que la indemnización cuya determinación se pretende se refiere a una situación distinta a la terminación misma de los servicios*** *(el mobbing no busca siempre la renuncia o término del vínculo, aunque así lo suponga el propio trabajador, porque puede bastarle al empleador el abatimiento o sometimiento moral de éste),* ***una cifra similar que considere también esa misma funcionalidad de sus recargos, satisface en general los criterios de objetividad que se buscan y con asilo en la propia legislación expedida".***

5. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 5 de agosto de 2008, rol 259-2008. Este es uno de los últimos fallos dictados sobre la materia y deja de manifiesto que uno de los elementos indispensables para que se pueda responsabilizar al empleador por el acoso laboral sufrido es que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño causado, supuesto que no se cumple en este caso rechazándose la demanda.

Señala expresamente la doctrina de este fallo: *"Cabe señalar que las comunicaciones acompañadas por el recurrente resultan ser propias de la actividad laboral en la que tanto él como los recurridos tienen la calidad de dependientes de la empresa. Por otra parte,* ***si bien se han acompañado antecedentes médicos, no aparece demostrado que las afecciones de esta naturaleza que pudiera padecer el recurrente*** *(obesidad mórbida)* ***tengan una relación causal con los problemas que asevera tener en su lugar de trabajo****, es más, existen antecedentes relativos a exámenes médicos que arrojaron resultados de normalidad. Así entonces, de los antecedentes expresados no probados y controvertidos por los recurridos, imposible resulta concluir la existencia de actos ilegales o arbitrarios realizados por éstos en contra del recurrente, piedra angular para la procedencia de esta acción cautelar,* ***lo que obligará a su rechazo****".*

Es de esperarse que una vez aprobado el proyecto de ley sobre acoso laboral, la jurisprudencia tanto administrativa como judicial comenzará a interpretar sus normas, estableciendo ciertos criterios generales respecto de esta compleja figura.

Sobre la actual "semana corrida" en Chile*

Hugo Fábrega Vega
Departamento de Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El dinamismo propio del Derecho Laboral requiere, sin dudas, un esfuerzo adicional sobre el trabajo del intérprete: una vez identificada la norma, a objeto establecer sus alcances prácticos *a priori*, se hace necesario contar con un criterio de aplicación específico que siempre tenga como nexo ciertos elementos propios de sistematicidad, lógica e historia. De esta manera, acudir a las fuentes materiales de una norma laboral, sea la que fuere, se hace imperioso para el operador jurídico, ya que con su debida o correcta interpretación se evita caer en errores conceptuales e improvisaciones que van incluso en contra del real sentido del establecimiento normativo. Un desvío en el proceso interpretativo, motivado incluso por razones ajenas a la paz social, puede causar insospechadas consecuencias en las relaciones laborales *a posteriori.*

No hay que extrañarse, entonces, de la enorme repercusión que ha traído la dictación de la Ley N° 20.281, publicada el 21 de julio de 2008 en el Diario Oficial con el título "Modifica el Código del Trabajo en Materia de Salarios Base", llamada comúnmente "ley sobre la semana corrida" y que ha encendido las alarmas en todos los ámbitos de la actividad productiva.

A nuestro juicio, un análisis de las consecuencias del establecimiento de dicha ley deberá ponderarse con calma en el futuro. Sin embargo, las actuales circunstancias, que han animado el debate entre empleadores, trabajadores y la autoridad administrativa, nos permiten reunir ciertos elementos que deben estar presentes al momento de interpretar correctamente estas modificaciones al Código del Trabajo.

* El autor agradece expresamente al abogado don Luis Giachino Panizza a quien se sigue de cerca en sus sendos informes en derecho y opiniones sobre el tema, los que forman parte integrante de este artículo.

I. Antecedentes históricos

La Ley N° 8.961, de 31 de julio de 1948, estableció en el artículo 323 del Código del Trabajo de 1931 el beneficio de la semana corrida, o sea, la obligación del patrón al pago de los días domingos y festivos tanto para los trabajadores con salario base, como para los remunerados a trato, siempre y cuando dichos dependientes hubieren cumplido la jornada diaria completa de todos los días trabajados por la empresa o sección correspondiente en la semana respectiva, permitiéndose sólo las inasistencias por accidentes del trabajo así justificadas. El mensaje del anteproyecto de dicha ley sostuvo que *"constituye una sentida aspiración de las clases trabajadoras del país obtener que les sean cancelados los días domingos y feriados de la semana en la misma condición que si hubieren sido trabajados, pues en esta forma se subsanan los inconvenientes y sacrificios de diverso orden que les origina el hecho de no recibir remuneración en dichos días"*.

Asimismo, en la sesión N° 4 del Senado durante 1948 se señaló que el proyecto tenía por objeto: *"regularizar algo que ya está implementado en muchas industrias del país. Actualmente son innumerables las grandes empresas que tienen establecido el sistema de la "semana corrida"... en definitiva, no será oneroso para ellas, porque esta es una ley compensativa que significará una mayor producción, pues aquí se trata de estimular al obrero que trabajó, y en este sentido viene redactado el proyecto por la propia comisión informante"*.

Se dieron como fundamentos históricos del establecimiento del actual artículo 45 del Código del Trabajo (previo a la modificación de Julio de 2008) que el beneficio de la semana corrida fue establecido, por una parte, con el objeto de favorecer a todos aquellos trabajadores cuyo sistema remuneracional les impedía devengar remuneración alguna por los días domingos y festivos, tales como los remunerados por unidad de pieza, medida u obra o exclusivamente a base de la producción realizada. De esta manera, se regularizó la situación de todos aquellos dependientes que veían disminuidos sus ingresos y deteriorada su situación por la circunstancia de hacer uso de su derecho a descanso semanal y respecto de quienes no procedía ni legal ni convencionalmente pago de remuneración.

Por otro lado, el legislador tuvo en consideración el incentivo de la concurrencia regular del dependiente a su trabajo, de manera que la inasistencia suponía la pérdida del beneficio, evitándose el ausentismo laboral que perjudicaba a la empresa y al trabajador.[1]

[1] *"Semana Corrida"*, de Sandra Melo S. y Sonia Mena S., en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 84/96, enero de 1996.

Similar efecto se consagró en el artículo 53 del Decreto Ley 2.200 de 1978, que junto con reemplazar los libros I y II del Código del Trabajo eliminó las categorías de "obrero" y "empleado particular" para reemplazarlas por el concepto de "trabajador". Sobre el particular, el citado artículo dispuso que *"el trabajador remunerado por día tendría derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos. En los trabajos a trato, la remuneración que se pagará por dichos días sería el promedio de lo devengado en el respectivo período de pago"*.

La Ley 18.018, de 14 de agosto de 1981, modifica el artículo 53 citado, estableciendo fundamentalmente: a) que el trabajador remunerado exclusivamente por día tendría derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos; b) que si la remuneración estaba constituida por un sueldo base diario y trato u otra remuneración diaria que la hiciera variable, el trabajador tendría derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos sólo respecto al sueldo base diario; y c) que si la remuneración diaria fuese exclusivamente variable, y no estuviere constituida por un sueldo base diario, se pagaría por este concepto el promedio de lo devengado en el respectivo período de pago. En el resto se mantuvo la legislación precedente; sin perjuicio de algunas otras modificaciones que posteriormente fueron eliminadas por la Ley N° 18.372, de 17 de diciembre de 1984.

De la modificación introducida por la Ley N° 18.018 puede concluirse que si bien la semana corrida quedó circunscrita exclusivamente al sueldo base diario, en el caso de no haberse pactado esta prestación y existir solamente remuneraciones variables (cualesquiera fuesen estas últimas, y no sólo los tratos que anteriormente señalaba el artículo 53) la semana corrida se aplicaría sobre la base del promedio de lo devengado en el respectivo período de pago.

El precepto anterior pasó a constituir el artículo 44 del Código del Trabajo de 1987, y posteriormente el artículo 45 del Código de 1991, manteniendo este número en la actualidad.

El artículo 45 fue modificado por la Ley N° 19.250, de 30 de septiembre de 1993, para establecer la fórmula que rigió hasta la dictación de la Ley N° 20.281. Ella fue a) el trabajador remunerado exclusivamente por día tendría derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos; y b) dicha remuneración equivaldría al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinaría dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana.

De acuerdo a lo anterior, la semana corrida debía calcularse de acuerdo a la totalidad de las remuneraciones diarias del período semanal, fuesen éstas

fijas o variables. En todo caso, debe recordarse, no correspondía considerar las remuneraciones accesorias o extraordinarias, las cuales siempre han sido excluidas de la aplicación de esta norma.

Posteriormente, la Ley N° 19.988, de 18 de diciembre de 2004, precisó que la semana corrida incidiría en el cálculo de las horas extraordinarias. Además, el valor de éstas no podría calcularse sobre un monto inferior al ingreso mínimo.

II. La iniciativa de ley ante el Congreso Nacional

Con fecha 21 de septiembre de 2007, S.E. la Presidenta de la República dio a conocer a la Cámara de Diputados, en Primer Trámite Constitucional, el Mensaje que encabeza un proyecto de ley sobre la modificación al Código del Trabajo en materia de salarios base, en el cual se explicita que en materia de remuneraciones, al ser estas de composición variable, podrían dar lugar a esquemas remuneracionales que no consideraran la existencia del sueldo base, pudiendo pactar sueldos (*elemento fijo*) de cantidades insignificantes, y mediante la productividad del trabajador completar lo que falta (*elemento variable*) hasta llegar al ingreso mínimo mensual, lo que pugnaría con el verdadero sentido y alcance de una remuneración mínima legal.

De esta manera, el Gobierno presentó el proyecto de ley que distingue el elemento variable de la remuneración en un valor no inferior al mínimo legal por el sólo hecho de ponerse a disposición del empleador y mediando una relación laboral, donde la contraprestación será el sueldo base; sin perjuicio de que el resto de la remuneración se componga de elementos variables que en forma de incentivo recompensen una mayor productividad, o mayores ventas, o bien, un mejor aporte del trabajador al crecimiento de las utilidades de la empresa. Destaca el proyecto que los elementos de la prestación de servicios desde la perspectiva de las remuneraciones son dos: el cumplimiento de la jornada de trabajo y la productividad del trabajador, lo que estaría íntimamente ligado con el concepto doctrinario de ingreso mínimo mensual, que tiene por objeto proteger el ingreso al mercado laboral del trabajador menos calificado y al más vulnerable, cuya primera obligación es cumplir una jornada ordinaria de trabajo percibiendo una remuneración que no puede ser inferior a la que la ley determine.

En síntesis, el proyecto de ley, de acuerdo al Mensaje Presidencial, discurre sobre dos ejes fundamentales: 1) la asimilación del sueldo base al ingreso mínimo legal; y 2) la excepción del régimen propuesto a aquellos contratos que establezcan una particular forma de jornada y que, por mandato legal, se encuentren exentos de la obligación de cumplimiento de jornada ordinaria (jornadas especiales).

Dada la importancia consecuencial de la materia regulada, la estructura del mensaje y los objetivos allí propuestos, la tramitación de la ley en el Congreso Nacional tardó menos de lo esperado: en menos de un año (1° de Julio de 2008) se fechó el oficio donde el Presidente de la Cámara de Diputados da cuenta a S.E. la Presidenta de la República que despacha el texto definitivo aprobado por el Congreso Nacional.

En síntesis, podemos decir que desde el punto de vista de la tramitación del proyecto, comparando el proyecto original con el proyecto publicado como ley, se agregaron indicaciones fundamentales que inciden en la interpretación definitiva del texto legal que en definitiva se aprobó y publicó.[2]

III. Análisis de la Ley 20.281

A. Objetivos de la ley

1. Modificar, en su artículo primero, la definición del sueldo contemplada en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, en la forma que se aprecia con los caracteres destacados en negritas:

"sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada";

2. Precisar, en el mismo artículo del Código, con relación a los trabajadores exceptuados de limitación en la jornada de trabajo, calificados como tales por el inciso segundo del artículo 22, que **"se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados**

[2] Para un análisis completo y descarga en formato PDF de la historia de la Ley N° 20.281: www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20281/HL20281.pdf

de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador",

3. Introducir, en su artículo segundo, las siguientes modificaciones al artículo 44 del Código del Trabajo:

3.1. Que la remuneración puede fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes, o bien por pieza medida u obra "**sin perjuicio de lo señalado en la letra a) del artículo 42**", esto es, sin perjuicio del sueldo base, el cual ha pasado a tener carácter obligatorio.

3.2. Que el monto del sueldo –y no ya del conjunto de las remuneraciones mensuales, según lo establecía el antiguo artículo 44– no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual.

4. Modificar, el artículo 45 del Código, para extender el derecho a la remuneración por el séptimo día (semana corrida), que corresponde al trabajador remunerado exclusivamente por día, a "**el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones**", y

5. Disponer, en su artículo transitorio, que los empleadores que a la fecha de entrada de vigencia de la ley hayan pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, sean éstos individuales o producto de negociaciones colectivas, deben ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo con cargo a los emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en sus respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Este ajuste no puede significar una disminución de las remuneraciones. Para estos efectos, se entiende que hay una disminución de la remuneración cuando una vez efectuado el ajuste, el trabajador perciba una menor remuneración que la que habría percibido en las mismas condiciones antes del ajuste.

Si bien las disposiciones de la nueva ley pueden parecer simples, su aplicación presenta diversas complejidades. Ellas se manifiestan especialmente en las normas de excepción que se establecen respecto de los trabajadores no sujetos a limitación en su jornada, a los cuales no se aplica la identidad entre sueldo base e ingreso mínimo.

B. Sueldo base e ingreso mínimo

1. El sueldo base, como prestación de carácter fijo y periódico, pasa a tener carácter obligatorio para todos los trabajadores sujetos a jornada ordinaria de trabajo. Esto, como se ha señalado, es sin perjuicio de la excepción que se establece con relación a los trabajadores exceptuados de limitación en su jornada.

La letra a) del artículo 42 parece dar a entender que los conceptos de "sueldo" y "sueldo base" son diferentes, en circunstancias que no es así. En efecto, el concepto de sueldo que define el mismo precepto permite catalogar como tal a toda prestación fija, en dinero, pagada periódicamente por lapsos no superiores a un mes, siempre que obedezcan a la prestación de los servicios. Por esta razón, el concepto legal de sueldo no sólo se constituye por la prestación que los contratos suelen denominar como sueldo base, sino también por aquellas asignaciones fijas que derivan precisamente de la prestación de los servicios, como son las que se pagan por riesgo, por responsabilidad, o los bonos de monto fijo, etc. No es éste el caso de las asignaciones no imponibles, como es el caso de la colación y movilización, las cuales no constituyen una remuneración propiamente tal. Tampoco es el caso de la gratificación legal, pues conceptualmente ésta corresponde a una remuneración anual, cualesquiera sean las modalidades adoptadas para su pago. Para los efectos de esta ley, el concepto de sueldo base debe tener las mismas características.

2. Identidad entre el monto del sueldo base y del ingreso mínimo

2.1. Identidad entre ambos conceptos. Los artículos 42 letra a) y 44 del Código del Trabajo, modificados por la ley en estudio, disponen que el sueldo base no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual, sin perjuicio de la excepción referida a los trabajadores exceptuados de limitación en su jornada.

Si se convienen jornadas parciales de trabajo, el sueldo no puede ser inferior al ingreso mínimo vigente, proporcionalmente calculado en relación con la jornada de trabajo.

Debe recordarse que el artículo 32 del Código antes citado previene, desde hace ya tiempo, que las horas extraordinarias se pagan con un cincuenta por ciento de recargo sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Si dicho sueldo no había sido convenido, o era inferior al ingreso mínimo, el tiempo extraordinario se calculaba sobre la base de este último.

2.2. Concepto de ingreso mínimo. El ingreso mínimo se encuentra descrito en el artículo 8° del Decreto Ley N° 670, de 1974. De su tenor se desprende

que está constituido por el conjunto de las remuneraciones imponibles que se pagan mes a mes al trabajador, sean éstas fijas o variables. Según lo dispone el precepto antes indicado –modificado por los artículos 2° de la Ley N° 19.222 y 2° de la Ley N° 20.039– en el ingreso mínimo no se consideran los pagos por horas extraordinarias, la asignación familiar legal, de movilización, de colación, de desgaste de herramientas, la asignación de pérdida de caja ni los beneficios en dinero que no se paguen mes a mes, y los demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual o que constituyan devolución de gastos en que se incurra por causa del trabajo. Tampoco se imputan a él las cantidades que perciba el trabajador por concepto de gratificación legal, cualquiera sea su forma de pago.

2.3. Monto actual del ingreso mínimo. En conformidad al artículo 1° de la ley N° 20.279, vigente a contar del 1° de Julio en curso, los valores que rigen para el ingreso mínimo son los siguientes: a) ingreso mínimo general: $159.000; b) ingreso mínimo para los trabajadores menores de dieciocho años y mayores de sesenta y cinco: $118.690 y c) ingreso mínimo para fines no remuneracionales: $102.558.

El ingreso mínimo señalado en las letras a) y b) corresponde a la jornada ordinaria completa de trabajo, sin perjuicio de la proporción que cabe aplicar en el caso de jornadas parciales. En el caso de los trabajadores exceptuados de limitación en la jornada, corresponde a ellos el ingreso mínimo completo.

3. Excepción a la identidad entre el monto del sueldo base y el ingreso mínimo.

3.1. Se expuso ya que el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, que se modifica, exceptúa de la identidad entre el sueldo base y el ingreso mínimo a los trabajadores exentos del cumplimiento de jornada.

Lo anterior constituye una impropiedad semántica, pues el Código del Trabajo no contempla a tales trabajadores, sino a aquellos cuya jornada no se encuentra sujeta a limitación diaria, lo que es diferente.

3.2. Sin perjuicio de lo anterior, la excepción merece las siguientes observaciones:

a) En conformidad al artículo 22 del Código antes señalado, los trabajadores exceptuados de limitación son los siguientes:

– Inciso segundo: aquellos que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y

todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

– Inciso tercero: los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras;

– Inciso cuarto: los trabajadores contrataos para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.

Todos estos trabajadores quedan, en consecuencia, exentos de la identidad entre sueldo base e ingreso mínimo;

b) No obstante, la ley elimina en la práctica una parte considerable de estas excepciones al presumir, con relación al inciso segundo del artículo 22 en mención, que se encuentran afectos a limitación en la jornada los siguientes trabajadores contemplados en él:

b.1) Cuando registren por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores. Esta norma reviste particular gravedad, al suponer que existen trabajadores exceptuados del cumplimiento de jornada, en circunstancias que el inciso legal en estudio se refiere exclusivamente a la exención en la limitación de jornada diaria de trabajo.

Ahora bien, en conformidad al artículo 33 del Código del Trabajo, el empleador debe llevar un libro de asistencia o reloj control para registrar la asistencia del trabajador a sus funciones y el número de horas trabajadas en forma ordinaria y extraordinaria. Luego, es perfectamente posible que un trabajador, exento de limitación en su jornada, registrara solamente su asistencia, una vez al día, a fin de acreditar que en ese día estaba desarrollando labores, sin por ello quedar afecto a la jornada máxima de cuarenta y cinco horas semanales. Sin embargo, con la nueva disposición, por este solo hecho, se presume ahora lo contrario.

Por otra parte, cualquier registro que se lleve en la empresa, y al cual quede sujeto el trabajador, corre el riesgo de hacer operar esta presunción, lo que también puede constituir una inconsecuencia grave. Así, por ejemplo, en muchas empresas la portería registra el acceso de toda persona que ingrese, sea trabajador, proveedor, cliente, etc. No es difícil suponer que tal registro será usado ahora para invocar la presunción legal en análisis.

b.2) Cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurra el trabajador. Esta disposición es lógica, pues en la práctica el trabajador está

sujeto a control horario; y

b.3) Cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerza una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores. Se entiende que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en regiones diferentes de la del domicilio del empleador. En este caso, de no fácil comprensión, el sentido de la norma parece definirse por la excepción que ella contempla; esto es, y puede establecerse, que la única forma de entender que no existe supervisión o control se da si el trabajador es ajeno por completo a las actividades que se desarrollan en el establecimiento, reportándose al empleador en forma esporádica;

c) En la práctica, de todo lo anterior se sigue que no resulta posible concebir la existencia de un trabajador exento de limitación en su jornada, si éste desarrolla su actividad en forma externa a la empresa, y concurre diariamente a ella para dar cuenta de su gestión y recibir instrucciones, como ocurre con gran parte de los vendedores, comisionistas, promotores, cobradores, etc., quienes constituyen la fuerza de venta de la empresa.

En conformidad a la nueva ley, este personal quedaría sujeto a limitación en su jornada, con las graves consecuencias que ello importa;

d) Más aún, si un trabajador se desempeña externamente y queda sujeto a limitación horaria, deberá presentarse en la empresa al inicio y al término de su jornada, para registrar su asistencia. Para hacerlo en tiempo, deberá terminar sus actividades mucho antes de la hora estipulada en el contrato, y solo podrá reanudarlas posteriormente, como horas extraordinarias.

e) Por otra parte, la calificación de no estar un trabajador sujeto a limitación en su jornada requiere de circunstancias de hecho que deben examinarse caso a caso.

En definitiva, dado el grado de inseguridad de la nueva legislación, con relación a estos casos, muchos deberán optar por la contratación de estos trabajadores con sujeción a jornada de trabajo, no obstante los graves inconvenientes prácticos que de ello se van a derivar. Las empresas deberán examinar esta posibilidad.

C. Semana corrida

El artículo 45 del Código del Trabajo establecía que el trabajador remunerado exclusivamente por día tendría derecho a la remuneración en dinero por los

días domingos y festivos, la que equivaldría al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago. Este último se determinaría dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana respectiva. Todo lo anterior, con excepción de las remuneraciones accesorias o extraordinarias, tales como gratificaciones y aguinaldos, entre otras.

La nueva legislación extiende este derecho a "el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones".

Existe cierta confusión sobre la materia:

1. Tanto de acuerdo a la antigua como a la nueva legislación, el trabajador puede ser contratado sobre la base de un sueldo estipulado por día, semana, quincena o mes, sin perjuicio de que su monto no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual, según el valor total o proporcional que corresponda, y

2. La ley va más allá, pues otorga este derecho a los trabajadores remunerados con un sueldo mensual (no obstante que puedan pactar dicho sueldo por hora o por día) y remuneraciones variables, tales como las comisiones y tratos. Es el caso propio, por ejemplo, de un comisionista de tienda.

Así las cosas, un trabajador que nunca tuvo este derecho pasa a detentarlo por efecto de la nueva legislación, con la particularidad de que este beneficio se encuentra fuera del ajuste de remuneraciones previsto en la norma transitoria que a continuación se examina.

Existe en lo anterior un efecto que probablemente no ha sido considerado en su total magnitud, pues implica un aumento de la remuneración de estos trabajadores por un monto equivalente a 1/6 de las remuneraciones variables.

D. Disposiciones transitorias

1. La aplicación de la nueva legislación no debería importar un incremento de remuneraciones para los trabajadores actualmente contratados.

Por ello, los empleadores que hayan pactado sueldos base inferiores al ingreso mínimo quedan facultados, a la vez que obligados, a ajustar la respectiva diferencia, con cargo a los emolumentos variables. En ello no puede haber disminución de remuneraciones, o lo que es igual, el trabajador no puede percibir menos remuneraciones que las que habría percibido antes del ajuste, en iguales condiciones.

2. Esa norma de ajuste no es aplicable, sin embargo, a las mayores remuneraciones que devengue el trabajador por efecto de la modificación al artículo 45 del Código del Trabajo, sobre semana corrida.

IV. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo

1. Desde hace ya tiempo la Dirección del Trabajo ha sostenido que las remuneraciones variables se devengan diariamente, por regla general, y son susceptibles de integrar la base de cálculo de la semana corrida. Así, por ejemplo, el dictamen N° 1924/94, de 27 de marzo de 1995, precisa que del artículo 45 del Código del Trabajo se infiere que el beneficio "ha sido concedido a todos aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día, esto es, aquellos que devengan su remuneración en función del trabajo diario, en términos tales que, de acuerdo al sistema remuneracional convenido, sus días de descanso no generan por sí solos estipendio alguno".

"En otros términos, tal como lo ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia de este Servicio, el beneficio en análisis ha sido establecido respecto de todos aquellos dependientes cuyo sistema remuneracional les impide devengar remuneración por los días domingo y festivos, tales como los remunerados por unidad de pieza, medida u obra, por hora, a trato, producción o comisión".

El dictamen se extiende largamente sobre la materia.

2. La modificación introducida al artículo 45 por la Ley N° 20.281 dio lugar a la emisión, entre otros, del dictamen N° 3262/066, de 5 de agosto de 2008.

Por su medio, el Servicio precisa cuáles son las remuneraciones que, en su concepto, son susceptibles de considerarse como base de cálculo para la semana corrida. Al efecto, deja constancia, en primer lugar, de que la modificación obedeció esencialmente a la conveniencia de garantizar el pago de dicho beneficio a trabajadores que por aplicación de la ley pasarían a tener un sueldo mensual, extinguiéndose, a lo menos en la práctica, la posibilidad de convenir un sueldo por día. En concepto del dictamen, la nueva legislación no importa una modificación sobre la base de cálculo de la semana corrida.

3. A juicio de aquel Servicio, esta base de cálculo debe integrarse por los estipendios que reúnan las siguientes características:

a) deben constituir remuneración, en los términos prevenidos por el inciso primero del artículo 41 del Código del Trabajo. Esto es, deben consistir en prestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo. Se

excluyen de este concepto, entre otras asignaciones, las de colación y movilización, las indemnizaciones por término de contrato y, en general, los pagos que importan una restitución de los gastos en que incurre el trabajador por causa del contrato de trabajo;

b) en el caso de una remuneración fija, ésta debe devengarse diariamente y ser de carácter principal y ordinario. Según la reiterada jurisprudencia del Servicio, la remuneración es fija si su monto está preestablecido en el contrato, o si este puede determinarse de acuerdo a bases numéricas consignadas en el mismo instrumento; es diaria, si el trabajador la incorpora día a día a su patrimonio, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual, por ello, no cabe considerar el sueldo mensual; y es principal y ordinaria, si subsiste por sí misma, independientemente de otra remuneración. Así las cosas, puede constituir base de cálculo el sueldo diario y un bono por trabajo nocturno, aun cuando este último corresponda a turnos preestablecidos, de carácter discontinuo. Por la inversa, un bono de antigüedad ascendente a un porcentaje del sueldo debería excluirse, por ser una remuneración accesoria. En todo caso, debe mirarse a la forma en que la retribución fue convenida;

c) en el caso de una remuneración variable, ésta debe devengarse también diariamente y ser principal y ordinaria.

Es remuneración variable la que implica la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre un mes y otro, conforme lo prescribe el artículo 71 del Código del Trabajo, tal como tratos, comisiones y primas. La remuneración se basa en supuestos condicionantes, que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible; es remuneración diaria, según se dijo, la que se devenga diariamente, pues el trabajador la incorpora a su patrimonio día a día, por cada día trabajado. Agrega el dictamen que, por ejemplo, no se devenga diariamente aquella remuneración que se determina mensualmente, sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de los trabajadores. Así ocurriría en el caso de una comisión calculada sobre la totalidad de los ingresos brutos de una empresa, o de uno de sus establecimientos. De acuerdo a reiterados dictámenes, añade, las comisiones sobre ventas netas generadas en un establecimiento no dan lugar a la semana corrida, según lo declara, entre otros, el dictamen N° 8695/445, de 16 de diciembre de 1986, y otros sucesivos. Y es remuneración principal y ordinaria aquella que se calificó como tal al tratar de las remuneraciones fijas.

Todo ello es sin perjuicio –agrega el dictamen– del análisis particular de cada una de las remuneraciones que puedan estimarse como base de cálculo de la semana corrida, o desestimarse como tales.

4. El dictamen en análisis mantiene la doctrina de anteriores pronunciamientos, (N° 1.036/50, de 8 de febrero de 1996 y otros sucesivos) que excluyen del beneficio de la semana corrida a los trabajadores que prestan servicios en una jornada ordinaria de trabajo distribuida en menos de cinco días.

5. En síntesis, la doctrina del Servicio asimila a las remuneraciones diarias aquellas que los trabajadores devengan en forma variable, "tales como los remunerados por unidad de pieza, medida u obra, por hora, a trato, producción o comisión". Esto, con prescindencia de que el cálculo y pago de las remuneraciones variables tenga lugar mensualmente.

Lo anterior parece reforzarse al considerar que el nuevo texto del artículo 45 reconoce que las remuneraciones variables están constituidas por tratos o comisiones, entre otros rubros.

Con todo, debe rescatarse especialmente el pronunciamiento reiterado de la Dirección del Trabajo en orden a que no constituyen remuneraciones diarias aquellas que se fijan sobre bases que exceden al esfuerzo personal del trabajador, como es el caso de las remuneraciones calculadas sobre los resultados totales de una empresa o establecimiento, en el que se requiere del concurso de diversos trabajadores, y aun de otros factores.

Así las cosas, la semana corrida adquiere un carácter residual, pues beneficia a la generalidad de los trabajadores cuyos días festivos no se encuentran expresamente retribuidos con las remuneraciones pactadas. Más aún, también se aplica respecto de aquellos trabajadores cuyo sistema de remuneraciones contempla un sueldo fijo y remuneraciones variables, en lo relativo a estas últimas.

6. Es del caso citar el dictamen N° 3953/077, de 16 de septiembre de 2008, por el cual la Dirección del Trabajo precisó que las nuevas normas sobre semana corrida son aplicables a los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, afectos a un sistema remuneracional mixto integrado por sueldo mensual y porcentaje o comisión por fletes. A este respecto, y por aplicación de los criterios antes explicados, el Servicio sostiene que la procedencia del beneficio ha sido subordinada por el legislador únicamente al sistema remunerativo del dependiente, prescindiendo de toda otra consideración, como puede ser la periodicidad con que sean pagadas las remuneraciones. Agrega que el beneficio legal es procedente en la medida en que su remuneración variable se devengue por cada día trabajado, conclusión que no se ve alterada por el hecho de su liquidación y pago mensual, como tampoco por la distribución de su jornada de trabajo en un máximo de ciento ochenta horas mensual.

7. A la luz de la modificación introducida recientemente al artículo 45, cabe precisar que la tesis de la Dirección del Trabajo es correcta, en el orden teórico: la semana corrida corresponde tanto a las remuneraciones fijas como a las variables. Estas últimas, a su vez, están integradas, entre otros conceptos, por los tratos y comisiones, siempre que éstos tengan carácter diario.

No obstante, es el carácter diario de las remuneraciones variables el elemento que cabe analizar para establecer si, en el caso de la empresa, existe obligación de pagar, o no, la semana corrida a los conductores troncales.

Para ello es conveniente revisar previamente las conclusiones derivadas de los fallos emanados de la Excelentísima Corte Suprema.

V. Jurisprudencia judicial

1. La jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema ha discrepado en algunas ocasiones de la Dirección del Trabajo al apreciar la concurrencia de elementos que deben ser calificados para la determinación de la procedencia de la semana corrida.

Interesa, al efecto, examinar el fallo pronunciado el 15 de septiembre de 2008, en los recursos de casación rol 4.824-08.

En la causa, los tribunales de primera y segunda instancia dispusieron el pago de la semana corrida respecto de la trabajadora de una institución de salud previsional cuya remuneración consistía en un bono de ingreso, premio por ingreso de producción, comisión de venta, incentivo de efectividad, incentivo de adecuación encomendada, además de la gratificación garantizada, y era liquidada mensualmente.

2. El tribunal acogió el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de segunda instancia sobre la base de los siguientes razonamientos: a) que los tribunales inferiores consideraron que las labores de la demandante se realizaban en el tiempo, comisión a comisión, bono a bono, premio a premio, incentivo a incentivo, lo que habría significado que la remuneración se devengara día a día; b) que, analizando el artículo 45, se obtiene que éste expresa que el trabajador debe ser remunerado exclusivamente por día. Ello atiende a una de las formas de remuneración previstas en el artículo 44 del Código, el cual establece la fijación del estipendio mensual sobre la base de dos unidades: tiempo y obra. El sueldo puede pagarse conforme a cantidad de tiempo laborado o producto obtenido. En el primer caso, la ley hace referencia a día, semana, quincena o mes; en el segundo, a pieza, obra o medida, conocido

como "trato"; c) que la institución de la semana corrida se creó exclusivamente para incentivar la asistencia al trabajo. Incluso, el precepto exigía no sólo la remuneración por unidad de tiempo-día, sino también la prestación de los servicios en la semana completa, sin tener atrasos superiores a dos horas; d) que la modificación introducida por la Ley N° 19.250 confirmaría la conclusión anterior, al eliminar el distingo que se contenía en el precepto, en su primitiva formulación, entre los trabajadores remunerados en forma fija y los que lo eran en forma variable, concretamente la alusión que se hacía a los tratos, lo que induce a determinar que la intención del legislador fue beneficiar sólo a los dependientes a quienes se les paga por unidad de tiempo diaria. A ello se debe agregar que la norma utiliza la expresión "exclusivamente", lo que es sinónimo de "únicamente", es decir, sólo para los dependientes remunerados por día, a quienes se les hace regir el beneficio; e) que lo anterior no ocurría en el caso de autos, en que la trabajadora era remunerada mensualmente, sobre las bases antes referidas. Por esta razón el Excelentísimo Tribunal revocó la sentencia y declaró la improcedencia del beneficio de la semana corrida.

3. El fallo en estudio merece diversas observaciones:

3.1. En primer lugar, fue dictado con relación a un caso iniciado antes de la vigencia de la Ley N° 20.281, razón por la cual no consideró la diferente redacción del texto en análisis, y particularmente la incorporación a él de los ejemplos sobre trato y comisión, entre las remuneraciones variables diarias;

3.2. En segundo término, no parece razonable circunscribir el beneficio de la semana corrida sólo a los trabajadores remunerados por día, pues desde su fundación, éste contempló los tratos, los cuales amplió posteriormente al resto de las remuneraciones variables, siempre que todas estas remuneraciones tuviesen carácter diario;

3.3. Aun así, el fallo puede ser invocado, en cuanto reconoce el carácter mensual de las remuneraciones pagadas a la demandante, con carácter variable.

4. Pero no es éste el criterio que el Alto Tribunal ha observado en muchos otros casos. Cabe al efecto citar el siguiente fallo, cuyos conceptos se reiteran en varios otros:

"El fin inmediato de la llamada "semana corrida" es el de propender al pago o remuneración en dinero, de los días domingos y festivos en un período semanal trabajado, siendo su finalidad última la de cautelar el derecho al descanso semanal. En efecto, de las diversas disposiciones legales que rigen la materia, especialmente de lo estatuido en el Artículo 35 del Código del Trabajo, es posible concluir que el legislador laboral ha establecido a favor de todo trabajador un derecho a descanso,

en forma semanal y remunerado, por los días inhábiles.

"En consideración a las características de las labores desarrolladas por los actores, esto es, regulares, permanentes y prolongadas en el tiempo, ejecutadas en favor de un mismo empleador, dependiendo de las órdenes y cometidos de este último, conducen a sostener que, en este caso, aun cuando es cierto que el precepto en análisis –Artículo 45 del Código del Trabajo, que establece el derecho a la "semana corrida"– alude en sus texto al "trabajador remunerado exclusivamente por día", no es aceptable asumirlo en los términos restrictivos y excluyentes que se pretende, es decir, que no abarca ni comprende a los demandantes por estar remunerados sobre la base de "porcentaje sobre carga transportada". No puede ser así, puesto que la labor ejecutada por la clase de trabajadores de que se trata se ubica necesariamente en el tiempo, lo que significa, entonces, que su remuneración se devenga, también, día a día, sobre todo si se considera que no tiene jornada establecida y que el transporte de una carga puede incluir los días domingos y festivos"... (Excelentísima Corte Suprema, sentencia de 21 de diciembre de 2000, recurso de casación rol 3560-00).

5. De donde cabe concluir que, en cada contrato, lo que determina la aplicación de la semana corrida no es el carácter fijo o variable de la remuneración, sino la posibilidad de que, en uno u otro caso, pueda asignarse a ella un carácter diario.

6. De acuerdo a lo anterior, puede sostenerse que no existe el carácter diario de las remuneraciones en aquellas en que concurren las siguientes características: a) constituyen la retribución de operaciones complejas, que no pueden ejecutarse en un solo día; b) constituyen la retribución de operaciones en las cuales participa un equipo de trabajo integrado por varios dependientes, o bien su determinación se encuentra sujeta a diversos otros factores, que no dependen del concurso personal del trabajador. Así, por ejemplo, las retribuciones que se calculan sobre las ventas totales de un establecimiento, y c) en ambos casos, se liquidan y pagan mensualmente.

Así lo sostiene el fallo dictado por el Excelentísimo Tribunal el 20 de Junio de 2001, al establecer que no compete el derecho a la semana corrida a los trabajadores de una administradora de fondos de pensiones, en el recurso rol 9913-00.

El considerando decimoquinto del fallo declaró:

*"**Decimoquinto**: Que, en seguida, en el contexto de los hechos fijados y considerando especialmente las características de las labores desarrolladas por los actores, esto es, captación y atención de clientes, requiriendo de los antecedentes necesarios,*

suscripción de los documentos pertinentes y concretización de la afiliación o traspaso, conducen a sostener que, en este caso, la remuneración de los trabajadores de que se trata no se genera día a día, no nace como consecuencia del trabajo que a diario realicen, sino que, si bien se trata de una labor prolongada en el tiempo, no necesariamente se concreta en el día, factor a que ha de estarse para establecer si el trabajo es o no remunerado por día, es decir, si la remuneración se devenga en tal lapso. Tal conclusión se ve corroborada por el hecho de que, no obstante encontrarse impedidos de realizar actividad en domingo o festivos, por estarles vedado prestar servicios en tales días, ello no importa cercenarles su derecho al descanso, ya que, como se dijo, su labor se desarrolla mediante la ejecución de actos sucesivos, los que ni indispensable ni certeramente se concluyen en un solo día.`

*"**Decimosexto:** Que en estas condiciones, sólo puede concluirse que los demandantes no tienen ni han tenido derecho al beneficio estatuido por el mencionado artículo 45 de nuestro Código del ramo y al resolverse en tal sentido en la sentencia impugnada no se ha incurrido en los errores de derecho denunciados por los recurrentes a fojas 918 y 929."*

VI. Conclusiones

En definitiva, puede concluirse:

1. La evolución en las normas de la semana corrida permite señalar que inicialmente, el derecho del pago de semana corrida fue establecido sólo respecto de los obreros. En la actualidad puede afectar a todos los trabajadores, cualquiera sea su condición, atendida la calidad única de estos últimos. El derecho contempló el pago del salario base, fuere éste de carácter fijo o correspondiere a un trato de carácter variable, con exclusión de las remuneraciones accesorias o extraordinarias. Sin embargo, a contar de la Ley N° 18.018 su base de cálculo se radicó en el sueldo base diario, respecto de los trabajadores no sujetos a remuneraciones variables, o bien al promedio de estas últimas, en el caso de quienes estaban remunerados sólo con ellas. Posteriormente, a contar de la ley N° 19.250 la base de cálculo quedó fijada en el promedio de las remuneraciones fijas y variables diarias del trabajador, devengadas en el respectivo período semanal. Vale decir, la ley no considera, ni nunca ha considerado, las remuneraciones que excedan al carácter diario, sean éstas semanales o mensuales, ni tampoco las remuneraciones accesorias o extraordinarias. Esto, sin perjuicio de que el derecho se extienda, en virtud de la Ley N° 20.281, a los trabajadores remunerados con un sueldo mensual y remuneraciones variables diarias, pero sólo en cuanto a estas últimas.

2. Ahora bien, la circunstancia de no corresponder las remuneraciones variables

a unidades de tiempo, sino a la ejecución de obras o faenas de duración indeterminada, hace complejo establecer cuándo tales remuneraciones variables adquieren carácter diario y son computables para la semana corrida.

3. Es criticable la incertidumbre en que quedan sumidos los trabajadores exentos de limitación en la jornada, muchos de los cuales deben pasar a regirse por la jornada ordinaria máxima de cuarenta y cinco horas, con grave detrimento para sus intereses y los del empleador.

4. Asimismo, es criticable la extensión de las normas sobre semana corrida a casos nunca establecidos anteriormente por la legislación, como es el caso de los trabajadores contratados por sueldo mensual que además devengan comisiones.

5. Finalmente, la aplicación de las normas antes citadas revestirá un grado importante de complejidad, lo que hace prever que muchos casos terminarán en reclamaciones administrativas o juicios ante los tribunales de justicia.

Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas

María Fernanda Juppet Ewing
Magister en Derecho de la Empresa, Profesora de Derecho Económico
Universidad del Desarrollo
Master Mades en Administración de Empresas de Economía Social
Universidad de Valencia
Profesora de Derecho Económico
Universidad Santo Tomás (Viña del Mar)

1. Antecedentes generales

Las empresas de economía social han surgido como una solución concreta a problemas sociales que las políticas públicas han resultado insuficientes para erradicar, es así como estas entidades apoyan a colectivos que se encuentran en una situación menos privilegiada.

Por regla general, se las separa de la búsqueda del lucro, aun cuando es a través del ejercicio de actividades económicas que consiguen los fondos necesarios para cumplir con sus objetivos. Si bien es cierto que dentro de los colectivos generalmente apoyados por estas empresas podemos encontrar grupos tales como: desempleados, mujeres, inmigrantes, discapacitados, etc. Existen otros grupos desfavorecidos que podrían aprovechar las organizaciones de economía social para subsanar sus problemas estructurales, tal es el caso de las pymes, las cuales adolecen de importantes desventajas para competir en contra de la gran empresa.

En la actualidad, la importancia de la pequeña y mediana empresa es innegable, sus aportes a la creación del empleo, fomento de la competencia, redistribución del ingreso, innovación y emprendimiento, se han convertido en pilares trascendentales de nuestra economía, inciden en el desarrollo económico de la sociedad, potenciando el desarrollo del país, creando nuevas fuentes de trabajo, a fin de lograr una distribución más equitativa de la riqueza, etc.

Partiendo de la base que las pymes se han convertido en uno de los pilares fundamentales de **nuestras economías**, mediante la generación de empleo, las pymes inciden en el **desarrollo** económico de la sociedad, potenciando el

desarrollo de sus países, creando nuevas fuentes de trabajo, a fin de lograr una distribución más equitativa de la riqueza, etc.

De esta manera, podemos llegar a plantear que la labor de la microempresa no es sólo económica sino social, en otras palabras "...cuando hablamos de derecho microempresario, hablamos de los fundamentos de una regulación excepcional para la microempresa, urbana y rural, la que es precisamente un modo personal de producir, de dimensiones humanas y económicas reducidas que actúa productivamente como una estrategia contra el hambre y la desocupación, reuniendo, recuperando –reciclando– rehabilitando, los recursos necesarios para microemprendimientos diversos, que podremos encontrar en la base misma de una empresa nueva de mediano o mayor tamaño y escala, de un trabajo humano, disciplinado y creativo, con capacidad de iniciativa y espíritu emprendedor".[1]

A nivel mundial, crean la mayor parte del empleo remunerado, hecho ampliamente reconocido por la Oficina Internacional del Trabajo en su recomendación N° 189. Con todo, tradicionalmente dicho empleo se ha caracterizado por ser temporal, flexible y muchas veces precario. Es por esto que se plantea como solución a dicha precarización del empleo, el fortalecimiento de las pymes, como un requisito indispensable para la concreción de mejores condiciones laborales, estabilidad e inclusión social.[2]

Mucho se ha escrito sobre las problemáticas que deben soportar las pymes, sobre todo aquellas que tienen directa relación con la sostenibilidad de la empresa en el mediano y largo plazo. La flexibilidad, carencia de financiamiento adecuado, falta de profesionalismo y gestión en la administración de estas entidades, etc., afectan gravemente la estabilidad de la empresa, en definitiva: la eficiencia y la competitividad.[3]

1.1. Eficiencia

Antes que todo, es imperioso el aproximarnos a un concepto de eficiencia aplicable a la actividad económica ejecutada por las microempresas, en principio,

[1] Bertosi, Roberto; "MicroPymes argentinas. MERCOSUR. Una Mirada para la interdisciplina científica", página 3, http://www.redelaldia.org/IMG/pdf/MicroPymes_argentinas.pdf.

[2] "6. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo 5 deberían complementarse con políticas que promuevan la creación de pequeñas y medianas empresas eficientes y competitivas, capaces de ofrecer posibilidades de empleo productivo y duradero en condiciones sociales adecuadas."; Oficina Internacional del Trabajo; Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, N° 189,1998, Ginebra, página 4.

[3] Di Meglio Roberto; "Lineas orientativas para una estrategia de la pequeña y mediana empresa. Más trabajo decente y más inclusión", año 2003, página 1, www.redelaldia.org/IMG/pdf/1120.pdf.

y considerando que su giro es desarrollar una actividad productiva, podremos convenir que una empresa será eficiente en cualquiera de los dos supuestos siguientes: Primero, si es que no se puede generar la misma cantidad de producción utilizando una combinación de **insumos menor**, o, en segundo lugar, si es que no se puede generar más producción utilizando la misma cantidad de insumos.[4]

Otro criterio para determinar la eficiencia de una organización se encuentra dado por el grado de cumplimiento de sus objetivos, es decir, si es que la microempresa logra cumplir los objetivos que se ha propuesto, entonces será eficiente. Con todo, este criterio es de difícil cuantificación respecto de las pymes, en razón que los objetivos de unas y otras serán distintos dependiendo de las expectativas de sus dueños. Este razonamiento es aplicable asimismo para las fundaciones, que en palabras de González y Rua: "Ser eficaz supone pues cumplir los objetivos pero sin tener en cuenta los recursos utilizados. Sin embargo, las fundaciones, dada la escasez de sus recursos, deberán cumplir con los objetivos en función de sus recursos disponibles".[5]

En ambos casos podemos analizar la eficiencia de las organizaciones en virtud del cumplimiento o incumplimiento de los objetivos propuestos, debemos considerar varios puntos. En primer lugar, al coincidir el objetivo de la fundación con su misión fundacional, su eficiencia no puede ser sólo estudiada desde el punto de vista del cumplimiento, dado que si la misión de una fundación es la superación de la extrema pobreza en un determinado país, no podemos considerarla ineficiente si es que no logra su erradicación por completo, pero sí podemos medir su eficiencia de manera objetiva al introducir el factor "en relación a los recursos disponibles", dado que empíricamente podremos determinar el cumplimiento de la misión en relación a los recursos disponibles por parte de la fundación.

La introducción del criterio "recursos disponibles" respecto de las pymes facilita también nuestro análisis de eficiencia, si bien es cierto que los objetivos del sector son subjetivos, por cuanto no podemos uniformar las expectativas de lucro de cada uno de los agentes del mismo, el analizar el resultado en atención a los recursos disponibles podrá facilitar un estudio objetivo del caso en comento.

[4] Cooter, Robert; Ulen, Thomas; *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, página 16.

[5] González Sánchez, Mariano; Rua Alonso De Corrales, Enrique; "Análisis de la eficiencia en la gestión de las fundaciones: una propuesta metodológica"; *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa: Transparencia, Información y Gestión eficiente en la Economía social*, N° 57, abril 2007, CIRIEC España, página 120.

De tal manera, podríamos intentar convenir un concepto de eficiencia aplicable a las pymes conciliando ambas aproximaciones, diciendo que una pequeña o mediana empresa será eficiente tanto en cuanto, dando estricto cumplimiento a sus objetivos, no se puede generar la misma cantidad de producción utilizando una combinación de insumos menor, o si es que no se puede generar más producción utilizando la misma cantidad de insumos, considerando los recursos disponibles invertidos por parte de la empresa en dicho proceso productivo.

Es importante reconocer que el criterio de recursos disponibles para medir la eficiencia de las pymes resulta insuficiente a la hora de competir con grandes empresas, quienes operan con economías a escala y especialización de gestión mayores, de tal manera, este trabajo pretende enunciar algunas alternativas jurídicas que pueden solucionar, al menos en parte, estas deficiencias.

1.2. Competitividad

La competitividad de las pymes puede ser estudiada desde una doble perspectiva, como un problema o como una ventaja, dependiendo del enfoque y de los factores que agreguemos a nuestro análisis.

En primer lugar, estudiando la competitividad como desventaja, ésta es una de las principales falencias de este sector, dada la reducida capacidad de producción que tienen las microempresas respecto de empresas de mayor tamaño. Lo anterior se basa en una serie de problemas estructurales que las afectan directamente, podemos a modo ejemplar enumerar los siguientes: su baja capacidad de endeudamiento, casi nula inversión en tecnología, la imposibilidad de aprovechar economías a escala dada su reducida adquisición de insumos, bajo nivel de educación de sus empresarios y falta de capacitación de sus trabajadores, baja cantidad de unidades producidas, entre otras, entorpecen la habilidad de las pymes para ingresar a nuevos mercados, e incluso para mantenerse en aquellos mercados en los cuales se encuentran insertas.

Por otra parte, la estructura reducida de las pymes opera como ventaja en el mercado al estudiar los bajos costos fijos, su flexibilidad para adaptarse a los ciclos económicos, y el reducido tamaño de su administración.

Resulta de vital importancia el mantenimiento de las pymes en el mercado, por su relevancia en la generación de empleo, como asimismo debido a las ventajas que reporta a los consumidores la existencia de un mercado atomizado. En este contexto, la agrupación de pequeñas y medianas empresas en organizaciones de mayor envergadura, pero de naturaleza flexible, como es el caso de asociaciones, cooperativas, alianzas estratégicas, *Joint ventures*, etc.,

puede implicar una mezcla de las ventajas ostentadas por las grandes empresas, manteniendo la flexibilidad y capacidad de reacción de las pymes.

2. Aproximación a un concepto de pyme

Los hombres, como entes sociales, reconocen problemas y conflictos en la sociedad a los que no pueden dar solución de manera individual, detectan necesidades y se plantean fórmulas de satisfacción de dichas necesidades. Hay quienes, además son capaces de implementar con recursos limitados dichas soluciones, en este contexto surge la pequeña y mediana empresa, en las cuales, sujetos con poca capacidad de financiamiento, caracterizados por su espíritu emprendedor se agrupan para dedicarse a la satisfacción de una determinada necesidad.

Pero para poder determinar a cabalidad los aportes que estas organizaciones generan en una economía, es necesario precisar el alcance del concepto de pequeña y mediana empresa.

Ante todo es importante considerar que el concepto de pyme viene en agrupar a dos subgrupos que a su vez se encuentran dotados de características propias, es decir, a microempresas y medianas empresas. Si bien es cierto que ambas comparten una serie de características, es importante distinguir entre ellas dado que las políticas públicas aplicables para apoyar a unas y otras serán distintas en razón de dichas diferencias. Usando elementos tales como: factor empleo, activos de propiedad de la empresa, número de trabajadores, resultados de sus operaciones y otros, es posible determinar ciertos elementos comunes para estas organizaciones.

La pequeña empresa o micro empresa, puede caracterizarse a nivel latinoamericano como una organización dotada principalmente de un carácter familiar, con una gran flexibilidad operativa, dedicada al abastecimiento de mercados pequeños mediante una producción no automatizada. Si bien es cierto que la microempresa adolece de una serie de problemas estructurales, su capacidad de subsistencia es mayor a lo que pudiéramos proyectar, quizás por desarrollar sus funciones con poco personal o por la característica de ser una organización familiar, en la cual sus mismos dueños y sus familias se dedican directamente al giro del negocio.[6]

[6] Vargas, Sánchez, Gustavo, *Introducción a la Teoría Económica: Un enfoque latinoamericano*; página 106, año 2006, Editorial Pearson Educación, segunda edición.

Dentro de las principales desventajas de estas microempresas podemos considerar las bajas ganancias obtenidas dada su reducida participación en el mercado, la carencia de iniciativa y capital para destinar al área de innovación, por una parte, y la falta de un diseño estratégico, creación de ventajas competitivas y de aprovechamiento de economías a escala, inciden directamente en que estas organizaciones no sean capaces de competir directamente con otras de mayor tamaño. De esta forma, el presente análisis pretende plantear alternativas jurídicas aprovechables por estas organizaciones, de tal manera que sin perder su identidad y flexibilidad, sean capaces de agruparse y obtener los beneficios que gozan empresas de mayor tamaño.

La mediana empresa, por su parte, se caracteriza en Latinoamérica por poseer a lo menos 101 y no más de 250 trabajadores. Si bien es cierto que el trabajo de dirección se mantiene en manos de sus dueños, éstos comienzan a ser asistidos por profesionales en términos de gestión y administración. Cuando una empresa adquiere este tamaño no necesariamente circunscribe su participación al mercado nacional, sino que inicia su proceso de internacionalización.[7] Es en este punto en el cual tradicionalmente las empresas comienzan a crecer mediante la formalización de alianzas o fusiones a fin de aumentar sus cuotas de mercado, cooperar mutuamente o, sencillamente aumentar su presencia en el mercado.

3. Problemas a ser enfrentados por las pequeñas y medianas empresas

En relación a lo anteriormente expuesto, la pyme encuentra a su paso una serie de obstáculos, los que es necesario superar a fin de mejorar la productividad del sector, estas problemáticas han sido sistematizadas por la Oficina Internacional del Trabajo, resumiéndolas en las siguientes:

3.1. Acceso a medios de financiamiento

Una de las principales barreras para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas es que surgen sin la provisión de recursos financieros adecuados tanto para la proyección de su plan de negocios, como para el desarrollo de una planificación estratégica destinada a una inserción al mercado acorde con dicho plan de negocios.

En este contexto, debemos indicar que toda empresa puede obtener su financiamiento a través de dos tipos de fuentes: internas o externas. Las primeras

[7] Vargas, Sánchez, Gustavo; *Introducción a la Teoría Económica: Un enfoque latinoamericano*; página 107, año 2006, Editorial Pearson Educación, segunda edición.

corresponden a la reinversión de utilidades retenidas u obtenidas de otros sectores relacionados, mientras en las segundas la entidad recurre a agentes de intermediación financiera: bancos, instituciones de crédito o directamente al mercado de valores.[8]

El principal problema de las pymes se traduce en la falta de acceso a ambas fuentes de financiamiento, dada la inexistencia de utilidades retenidas que capitalizar, en virtud de su estructura jurídica, la cual normalmente confunde el patrimonio de la organización con el de sus dueños, dificultando el apoyo de sectores relacionados.

Respecto del mercado de intermediación financiera, una de las principales barreras de acceso al mercado que deben enfrentar las microempresas es la dificultad para acceder a esta vía de financiamiento, ello tiene directa relación con los requisitos impuestos por el sistema financiero, especialmente el bancario, en razón del nivel de riesgo que estas pequeñas empresas implican.

Sería fácil explicar que el limitado acceso al crédito de estas organizaciones tiene una relación cuasi excluyente con la disponibilidad de recursos para otorgar crédito, pero este razonamiento es en principio incorrecto. Es más, basados en estudios desarrollados por la CEPAL en América Latina, no es posible explicar la falta de financiamiento de las microempresas por la falta de recursos financieros en dichas economías, dado que ante una oferta casi ilimitada de dinero en Argentina durante los años noventa, generada por: la estabilidad del tipo de cambio, la baja volatilidad relativa en la tasa de interés, y una casi ilimitada disponibilidad en los flujos de fondos externos, que permitieron una reestructuración en el sistema crediticio, abriéndolo a una serie de agentes que no habían sido incorporados al mismo, de todas formas el sector de pequeñas y medianas empresas fue excluido de esta masificación del crédito; en razón de los criterios de análisis de riesgos, de la mala administración y de la falta de una gestión adecuada las pymes argentinas no tuvieron acceso a dichos recursos.[9]

3.2. Nivel educacional y capacitación, tanto del empresario como de los trabajadores de la pyme

Respecto de este punto hay que separar dos problemáticas distintas: en primer lugar la falta de capacitación del empresario, y, en segundo lugar, el bajo

[8] Filipo, Agustin; Kostzer, Daniel; Scheleser, Diego: "Créditos a Pyme en Argentina: Racionamiento crediticio en un contexto de oferta ilimitada de dinero". Serie desarrollo productivo, N° 154, CEPAL, Mayo 2004, Santiago de Chile, página 13.

[9] Filipo, Agustin; Kostzer, Daniel; Scheleser, Diego: "Créditos a Pyme en Argentina: Racionamiento crediticio en un contexto de oferta ilimitada de dinero". Serie desarrollo productivo, N° 154, CEPAL, mayo 2004, Santiago de Chile, página 16.

nivel educacional de los trabajadores. Cuando caracterizamos al empresario de una pequeña o mediana empresa, debemos asociarlo con el concepto de "emprendedor", una persona que ha sido capaz de captar una necesidad en su entorno y ha intentado satisfacer dicha necesidad, recalcando la sagacidad necesaria para detectar una necesidad o aun mayor grado de inteligencia para generar una nueva.

La solución al problema que nos ocupa es sencilla de encontrar, pero a la vez difícil de implementar, resulta evidente que será necesario capacitar a los trabajadores de la entidad, para que de este modo aumente, tanto la productividad de la empresa como la valorización del trabajador en el mercado, dado su mayor grado de especialización.

Es importante recordar que en el caso de las pymes su principal desventaja es la falta de financiamiento adecuado, por lo tanto la implementación de una estrategia de educación para los trabajadores de la compañía se dificulta, asimismo es dable considerar que el mismo empresario, por regla general, carece de los conocimientos básicos para desarrollar una estrategia acorde con sus necesidades, por tanto, el detectar esta falencia puede demorar mucho tiempo, asimismo, la implementación de un programa de capacitación adecuado a la empresa en particular requiere una cierta claridad en el plan de negocios de la compañía, sin el cual la política educacional que se implemente puede resultar insuficiente, o, peor aún, inútil.

3.3. Incorporación de tecnología

Es innegable la importancia que tiene la incorporación de tecnología de punta a un proyecto productivo; es trascendental en la empresa moderna, con mayor razón en el caso de pequeñas y medianas empresas, dada su constante necesidad de maximización de recursos. Pero, una vez más, la falta de acceso al crédito se erige como una barrera para la evolución tecnológica de estas organizaciones. Con todo, es importante considerar que esta falencia no sólo corresponde a un carácter técnico de la entidad, sino que afecta directamente al área de organización y dirección de la entidad.

3.4. Accesibilidad a instancias de consultoría y asistencia técnica: En cuarto lugar, las pymes presentan problemas para determinar la mejor manera para mezclar los recursos, como asimismo en la forma de agregar valor durante el proceso productivo.

Una adecuada asesoría técnica puede facilitar el acceso a nuevas fuentes de financiamiento de la compañía, sea por el mejoramiento de la gestión de la empresa, y por tanto la posibilidad de acceder a crédito directo, como por

la contratación de asesores con la experticia necesaria para la postulación y adjudicación a programas de financiamiento gubernamentales. Finalmente, la contratación de asesoría técnica se vuelve indispensable cuando las medianas empresas entran en su período de internacionalización.

Resumiendo los puntos anteriormente expuestos podríamos determinar que las grandes falencias de las pymes son principalmente dos: en primer lugar la falta de financiamiento, toda vez que, por cuanto la dificultad de estas empresas por acceder al crédito tiene directa incidencia en las falta de capacidad económica para capacitar a los trabajadores, o la limitación de recursos a fin de mejorar la tecnología de la compañía. Y, en segundo lugar, la falta de capacidad tanto en la gestión como en la administración de la empresa.

Las debilidades antes enunciadas tienen directa incidencia en los principales problemas de estas organizaciones, que hemos estudiado en la primera sección de este trabajo: la eficiencia y la competitividad. Dado que es a causa de la falta de educación de los empresarios y de la poca capacidad económica para contratar asesorías adecuadas que la eficiencia de la empresa sufre. Por otra parte, la ausencia de recursos financieros que impide el cambio de tecnología y la capacitación de los trabajadores de la empresa, incide directamente en la falta de competitividad de estas organizaciones.

4. Propuestas de solución al problema de las pymes

Se han enunciado una serie de soluciones concretas a nivel gubernamental y privado para subsanar los problemas de estas organizaciones: subvenciones estatales, cooperación a través tanto de estructuras jurídicas corporativas tradicionales como de entidades de economía social, promoción de la internacionalización, etc.

Es decir, podemos agrupar las medidas propuestas en dos grandes grupos: políticas de Estado y cooperación entre particulares.

4.1. Políticas de Estado

De acuerdo a parte de la doctrina, los gobiernos, en el ejercicio de sus roles facilitador, promotor y regulador, se encuentran en la obligación de promover y simplificar la actividad de las pymes, implementando un sistema normativo que las fomente, permitiendo un mejor desarrollo de este sector.[10]

[10] Di Meglio, Roberto; "Lineas orientativas para una estrategia de la pequeña y mediana empresa. Más trabajo decente y más inclusión", año 2003, página 2, www.redelaldia.org/IMG/pdf/1120.pdf.

En primer lugar, en ejercicio de su rol facilitador, debe promover la actividad empresarial mediante la movilización de recursos públicos y privados hacia las pymes, para así generar un entorno propicio para el progreso del sector.

En segundo lugar, al implementar su rol promotor, el gobierno debe asignar directamente los recursos necesarios a los distintos subsectores de las pymes; es importante considerar la especial importancia que reviste en este caso el estudio detallado de las características especiales de las empresas beneficiarias, dado que su especialización es una de sus características principales, por tanto, un sistema genérico de asignación de recursos podría afectar de manera directa el crecimiento sectorial, afectando la descentralización y desconcentración de las entidades receptoras de recursos.

Finalmente, en la ejecución de su rol regulador de la actividad económica, el gobierno se ve obligado a sistematizar los cuerpos normativos aplicables a estas empresas, de forma tal que sea capaz de valorar la diversidad y competencias del sector, manteniendo de esta forma su flexibilidad y capacidad de reacción ante los cambios provocados por una economía cada vez más globalizada.

Esta legislación debe considerar los costos que generan al sector, dado que por su informalidad, en caso de no estimarlos, se fomentan los riesgos de incumplimiento de la norma, es por esto que se hace imperiosa la dictación de cuerpos normativos específicos para el sector, eliminando exigencias estructuradas en miras de empresas de mayor tamaño.[11]

En mi opinión, no es lógico pretender que el Estado asuma una postura asistencialista en materia empresarial, especialmente dado que dicha tendencia demostró su ineficacia a nivel mundial a mediados del siglo XX.[12] Distinto es el caso de las entidades de economía social, cuya misión suple carencias del Estado en materia de beneficios sociales, mejorando la calidad de vida de los colectivos objeto de su actividad.

Pero, respecto de las pymes el asistencialismo estatal no es el camino correcto para lograr un adecuado incentivo del sector, el abuso de los subsidios en este caso sólo genera una dependencia innecesaria de un número importante de las empresas de una economía respecto del Estado, fomentando un profundo e indebido direccionismo estatal en actividades empresariales.

[11] Bertosi, Roberto; "MicroPymes argentinas. MERCOSUR. Una Mirada para la interdisciplina científica"; http://www.redelaldia.org/IMG/pdf/MicroPymes_argentinas.pdf.

[12] Kabasakal Arat, Zehra; "Economic Rights and the Welfare State"; *Human Rights and Human Welfare Journal*, Volumen 8, página 2, Universidad de Denver, año 2008.

Es importante recalcar que aun cuando las pymes desarrollen una importante labor social, su principal objeto es el lucro, tanto objetivo como subjetivo, por tanto no corresponde un apoyo económico excesivo por parte del Estado, sino que el fomento de políticas que en su conjunto permitan su crecimiento y progreso, no que generen una dependencia directa de las arcas fiscales para subsistir.

4.2. Cooperación entre particulares

La creación de una entidad común que canalice una serie de servicios y satisfacción de necesidades específicas, en vez de la búsqueda separada de soluciones es una alternativa de mayor eficiencia, dado que los costos básicos serán menores en virtud de su distribución entre los distintos agentes participantes, la inexistencia de recursos ociosos, y, finalmente, la posibilidad de aprovechar economías a escala.

Si bien es cierto que el gobierno y algunos particulares tienen por objeto ayudar gratuitamente a las pymes, mediante la entrega de servicios y asesorías, dicha prestación de servicios tanto en cuanto es esporádica, parcial e inorgánica, se torna en ineficiente; el nivel de eficiencia sería superior en caso de agrupar a dichos particulares y canalizar las ayudas gubernamentales por medio de una organización de carácter superior, sin fines de lucro, que sirva de plataforma para un determinado sector de microempresas,[13] constituyendo un sistema de empresas, basado en principios de cooperación y ayuda mutua.

Es en esta propuesta de coordinación y cooperación entre particulares donde podemos encontrar, en mi opinión, la solución más adecuada para los problemas de las pymes. Por medio de su trabajo conjunto es posible subsanar sus debilidades sin perder sus ventajas, y ante todo, sin depender del apoyo del Estado, y por tanto, manteniendo su independencia, dependiendo no de las directrices públicas, sino que sólo de su capacidad y emprendimiento.

En orden a que la configuración de un sistema de pymes destinado a solucionar sus problemas estructurales aumentando sus niveles de productividad, y por lo mismo, mejorando la calidad de vida de las personas relacionadas a ellas, será importante que la estructura jurídica que escojamos como instrumento de coordinación y regulación de dicho sistema sea adecuada. Dependiendo de los objetivos propuestos por sus miembros y de las características buscadas en dichas instituciones podremos conformar asociaciones, fundaciones, cooperativas, distintas formas societarias, entre otros.

[13] Boyer, Michael; "The economics of representing: Debuking the assumptions behind Posner's "Free Lawyer" Problem"; Erasmus Law and Economics Review 3, N° 1, abril 2007, página 9.

Asimismo, la formación de redes de empresas, en la opinión de CEPAL, no es sólo importante a la hora de maximizar la productividad de las empresas, sino que, en el caso de las pymes es uno de los elementos diferenciadores que puede convertir una microempresa en una entidad altamente competitiva: "Mientras que estas últimas (las grandes empresas) concentran sus ventas en sectores que hacen uso intensivo del capital, economías a escala y recursos naturales, en las pymes tienen mayor relevancia los sectores que hacen uso intensivo del trabajo (calificado y no calificado), elaboran productos diferenciados y sujetos a economías de grama y tienen más encadenamientos con proveedores de bienes y servicios nacionales".[14]

Es así como, dependiendo del grado de asociatividad buscada por las pymes podemos agrupar los tipos de organizaciones jurídicas en dos grupos: las que no implican el nacimiento de una nueva persona jurídica y aquellas que implican la creación de nuevos sistemas jurídicos.[15]

4.2.1. Organizaciones que no implican el nacimiento de una nueva persona jurídica

Desde el punto de vista jurídico existen diversos niveles de compromiso en la construcción de redes de cooperación, dependiendo de la existencia o inexistencia de un instrumento que lo consigne, como asimismo del grado de autonomía que las empresas estén dispuestas a comprometer en dicho acuerdo de voluntades. Es así como podemos distinguir entre la mera relación de confianza entre el proveedor y la pyme, la alianza estratégica y el *joint venture*.

[14] Milesi, Darío; Moori, Viginia; Robert, Verónica; Yoguel, Gabriel; "Desarrollo de ventajas competitivas: pymes exportadoras exitosas en Argentina, Chile y Colombia". *Revista de la Cepal* 92, agosto 2007, página 6.

[15] La teoría de sistemas fue propuesta por Ludwig von Bertalanffy alrededor del año 1950. Esta teoría interdisciplinaria propone que la sociedad se compone de una serie de organizaciones, las cuales son formadas por personas, naturalmente dichas organizaciones actúan de manera coordinada conformando a su vez diversos sistemas. Mediante esta teoría se planea una visión integrada de las distintas ciencias, tanto sociales como científicas.
Asimismo, es importante considerar que los sistemas son esencialmente abiertos, interactuando a su vez con otros sistemas distintos. Si aplicamos esta visión a las pymes, podríamos decir que cada una de ellas corresponde a una organización, entendiendo por tal una estructura autónoma con capacidad de reproducirse, y puede ser estudiada a través de una teoría de sistemas capaz de generar una visión de la organización en su totalidad.
Las pymes son organizaciones tanto en cuanto pueden formar nuevas estructuras jurídicas dependientes de las primeras, las cuales actúan de manera coordinada entre sí. La unión entre pymes generaría un sistema.
Es importante recalcar que, si bien un conjunto de pymes pueden generar un sistema, esto no significa que se unifiquen de tal manera que pierdan su individualidad ni sus objetivos principales, sólo significa que estas organizaciones son capaces de interactuar entre sí de manera coordinada.
Von Bertalanffy, Ludwig; *Teoría de Sistemas*; Editorial del Fondo de Cultura Económica, 1968, México.

Es importante recalcar que todas estas figuras corresponden a relaciones entre partes con fines lucrativos, fuera de la esfera de la economía social.

4.2.1.1. Mera relación de confianza entre proveedor y microempresa.

En este caso no existe ningún instrumento jurídico que dé cuenta de la existencia de una red entre empresas. La relación fluida y continua entre ellas está simplemente basada en una relación comercial sin mayores contratiempos.

De tal manera que el grado de autonomía es absoluto entre las partes, pero en razón de ello, es una relación inestable y precaria, a la que cualquiera de las partes puede dar término por cualquier motivo y sin previo aviso.

4.2.1.2. Alianza estratégica o unión temporal de empresas.

Una serie de empresas se unen por un tiempo determinado para la ejecución de un proyecto también determinado.

Esta alianza puede ser temporal o indefinida, pero no se refiere a una serie de proyectos ni a un objeto genéricamente comprensivo, sino que sólo a un proyecto específico que va a ser desarrollado en conjunto por las distintas empresas suscriptoras del contrato de unión temporal.

Con todo, las empresas suscribientes mantienen su total independencia y sólo trabajan conjuntamente en el desarrollo del proyecto determinado por el contrato de alianza, por tanto, sus obligaciones y responsabilidades quedan claramente determinadas por éste.

4.2.1.3. Joint venture.

En este contrato de apoyo entre empresas, una serie de empresas dotadas de independencia entre sí determinan colaborar en mercados comunes, aportando recursos de más de una de ellas para la consecución de los objetivos propuestos por el grupo.

Las empresas que suscriben este acuerdo no pierden su independencia, de hecho, esta agrupación tendrá en miras la gestión común de un determinado objeto o será desarrollada por un plazo determinado de tiempo.

Esta relación interempresarial es de carácter contractual y asociativo, por lo tanto, su permanencia en el tiempo será mayor, dotando de una relativa estabilidad y un estatuto jurídico a esta red de cooperación.

El *joint venture* permite que empresas de un tamaño reducido puedan acceder a proyectos de mayor envergadura mediante un compromiso conjunto para gestionar el proyecto, por tanto las empresas suscribientes se ven obligadas a nombrar un gerente general común y son solidariamente responsables de las obligaciones que surjan de su objeto.

4.2.2. Organizaciones que implican la creación de nuevos sistemas jurídicos

Las pymes interesadas en generar sistemas dotados de personalidad jurídica y orgánica propia, independencia para la toma de decisiones, presupuesto, etc., deberán formar una persona jurídica distinta e independiente de los miembros participantes en ella, e incluso dotarla de ciertas potestades sobre sus miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de los compromisos pactados entre las partes.

Estas personas jurídicas pueden ser con y sin fines de lucro. La decisión de dar origen a una persona con o sin fines de lucro, como asimismo de la forma jurídica elegida por las empresas miembros ha de estar determinada en base a las necesidades y objetivos a perseguir por esta nueva organización. Por tanto, se hará necesario una etapa preliminar de negociaciones en que las empresas participantes determinen tanto sus objetivos como un plan estratégico de acción empresarial, que sirva posteriormente de base para la evaluación del desempeño de la nueva entidad.

4.2.2.1. Con fines de lucro: sociedades

Las empresas participantes podrán determinar que dadas sus necesidades de adquisición de insumos, gestión, asesoría técnica, etc., se hace necesario formar una nueva sociedad civil o comercial, dedicada al giro tanto de la adquisición de materias primas como de educación y asesoría.

El tipo de sociedad a constituir será determinado por el grado de confianza entre los participantes y las necesidades detectadas por las empresas. Con todo, esta forma de unión no es la más adecuada para subsanar los problemas de eficiencia y competitividad antes enunciados, entre otras razones por la ausencia de beneficios tributarios que bajen los costos de la actividad y la falta de democratización de las decisiones de la nueva sociedad, dado que quienes puedan aportar capitales menores quedarán marginados de las decisiones. Atentando todo lo anterior con las necesidades que dan origen a la formación de la sociedad.

4.2.2.2. Sin fines de lucro.

A) Asociaciones

Las asociaciones pueden ser clasificadas en tres tipos: a) asociaciones representativas de carácter sindical, empresarial, profesional y partidos políticos; b) asociaciones de empresas; y, c) asociaciones deportivas, de ocio y tiempo libre.[16]

En el presente trabajo sólo nos referimos a las dos primeras, las asociaciones de carácter empresarial, mediante la agrupación de gremios y sectores productivos, por una parte, y las asociaciones de empresas por otra.

Si bien es cierto que se discute el carácter de no lucrativo de este tipo de organizaciones, sí entendemos la asociación sin fines de lucro como: "la que no realiza operaciones industriales o comerciales, o que no busca para sus miembros un beneficio material".[17]

Podríamos determinar que la búsqueda de beneficio material mediante la cooperación coordinada a través de la asociación de pymes no es la finalidad principal de la organización, sino que lo sería el subsanar sus problemas estructurales, por tanto, la razón para agrupar a las pymes no es el fin de lucro en sí mismo, sino que la cooperación como método de coordinación de empresas, a fin de potenciar sus capacidades potenciando de esta forma sus prestaciones de servicios de carácter social.

En el sentido antes propuesto, esta es una de las formas jurídicas más aconsejables como punto de partida para la cooperación entre gremios. Sólo se requiere que las entidades agrupadas compartan un objeto o principios comunes que permitan unir sus esfuerzos mediante la elaboración de una estrategia de negocios común o su instrumentalización a fin de facilitar la actividad económica de los agentes asociados.

B) Cooperativas

Las cooperativas, dada su estructura jurídica, permiten la unión de un grupo de personas jurídicas o naturales para facilitar, por medio de la cooperación entre

[16] Chaves Ávila, Rafael; Monzón Campos, José Luis: "Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 37, abril 2001, página 2, CIRIEC – España.

[17] Defourny, Jacques; "Tres enfoques económicos clásicos de las asociaciones"; *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 16, junio 1994, página 3, CIRIEC – España.

ellas, el desarrollo de su giro. En este caso, tres tipos de cooperativas pueden significar un avance significativo en el desarrollo de las pymes: las cooperativas de crédito, las cooperativas de consumo y las cooperativas de educación.

A través de la cooperación interempresarial, mediante la constitución de una cooperativa de crédito destinada a obtener y asignar financiamiento para las microempresas, puede lograrse un avance en esta materia, por las siguientes razones entre otras:

1. La existencia de un ente especializado para la administración de estos recursos.

2. Los menores costos enfrentados por las cooperativas de crédito en relación a los bancos.

3. Las menores exigencias financieras que exigen a sus socios para acceder a financiamiento aumenta considerablemente su capacidad de crédito.

4. Los altos niveles de fiscalización gubernamental existentes en estos casos reducen los riesgos de la organización crediticia.

Respecto de las cooperativas de consumo, esta forma jurídica sería aplicable dada su instrumentalidad; considerando que uno de los principales problemas de las pymes es su falta de recursos, los mayores montos de compra les permiten acceder a los beneficios otorgados por las economías a escala, el cual suele ser uno de los puntos fuertes de las grandes empresas. La constitución de cooperativas de consumo permite a las pymes no sólo modificar sustancialmente su estructura de costos, sino que mantener algunas de sus mayores ventajas, tales como su flexibilidad y capacidad de adaptación, características propias de su pequeño tamaño.

Finalmente, el segundo problema de las pymes, es decir, la falta de educación de sus empresarios y capacitación de sus trabajadores, puede ser subsanada por la asociación de la empresa a una cooperativa de educación. Mediante esta figura jurídica se obtienen ventajas evidentes para la empresa asociada.

En primer lugar, permiten abaratar los costos de la capacitación, por el mayor número de empresarios y trabajadores demandantes de este servicio.

En segundo lugar, la organización de las empresas beneficiarias en una cooperativa de educación permite canalizar de modo más eficiente las ayudas y subvenciones otorgadas por el gobierno para la capacitación de empresas.

C) Fundaciones

Las empresas podrían también determinar que es necesaria la constitución de una fundación, en caso de que las falencias que hayan detectado en su análisis preliminar digan relación con materias de utilidad pública, como podría darse por ejemplo en el caso de requerir un centro de investigación orientado a las necesidades de las pymes, o un centro de innovación tecnológica.

En estos casos las empresas serían beneficiadas por el resultado de las investigaciones desarrolladas por esta fundación, y a la vez aprovecharían legítimamente los beneficios tributarios otorgados para estas entidades reinvirtiendo los recursos disponibles en su misión fundacional.[18]

En razón de lo anteriormente señalado, es posible distinguir una serie de beneficios para las pymes que decidan utilizar instituciones jurídicas, creando nuevos sistemas empresariales, para facilitar su actuación conjunta en determinados temas problemáticos de su gestión con la finalidad de mejorar los beneficios, bajar la estructura de costos fijos e internacionalizar sus organizaciones.

D) Beneficios de la implementación de sistemas de redes a través de instituciones de ECOSOC para la promoción de la actividad de la pequeña y mediana empresa.

En razón de lo anteriormente señalado, es posible distinguir una serie de beneficios para las pymes que decidan utilizar instituciones jurídicas, creando nuevos sistemas empresariales, para facilitar su actuación conjunta en determinados temas problemáticos de su gestión con la finalidad de mejorar los beneficios, bajar la estructura de costos fijos e internacionalizar sus organizaciones.

Es posible distinguir en principio tres tipos de beneficios fácilmente obtenibles por las empresas: En primer lugar respecto de la innovación y cooperación. En segundo lugar, en lo referente al financiamiento. Y, finalmente, los beneficios directamente económicos.

4.3. Respecto de cooperación e innovación

Ha quedado plenamente demostrado que los principales problemas de las pymes tienen su origen en su pequeño tamaño, el cual les impide acceder a una serie de beneficios necesarios para su crecimiento. Por otra parte, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, también resulta evidente que las pequeñas y medianas empresas pueden hacer frente a estos problemas mediante

[18] Carrancho Herrero, María Teresa; Vattier Fuenzalida, Carlos; *La constitución de las fundaciones*; Editorial Boch Editores, Madrid, España, año 1999.

la creación de redes de cooperación, o incluso de "sistemas empresariales", que les permitan obtener los beneficios de las grandes empresas sin tener que sacrificar sus características propias.

En el caso de la innovación tecnológica, como lo hemos enunciado con anterioridad, es difícil que las pequeñas y medianas empresas pongan en marcha un proceso de inversión sostenida en materias de innovación, especialmente debido a los altos costos de inversión de alto riesgo que este tipo de políticas implican para cualquier empresa, con mayor razón en el caso de empresas que adolecen de una falta de financiamiento y capacidad de crédito evidente.

Pero, por otra parte, es posible que un determinado rubro de pequeñas y medianas empresas se unan, tanto mediante formas societarias tradicionales, como a través de entidades de economía social, para solventar una determinada investigación que reporte beneficios para todas ellas en su conjunto, compartiendo tanto los riesgos de dicha investigación, como los resultados de la misma.

4.4. Respecto del financiamiento

La falta de financiamiento se ha convertido no sólo en un problema para este sector, sino que en una verdadera enfermedad que afecta sus posibilidades de subsistencia en el tiempo, ataca la eficiencia de las empresas, su capacidad de crecimiento, el cumplimiento de sus obligaciones. La creación de entidades especiales destinadas al apoyo financiero de las pymes implica esfuerzos conjuntos de estas organizaciones, pero también implica una medida que puede alterar drásticamente los niveles de crecimiento de un país en un momento determinado.

Dada la incapacidad del sector financiero de hacer frente de manera directa a la demanda de financiamiento de este sector, sea por razones de riesgo o de incumplimiento de los requisitos impuestos por la autoridad financiera para el otorgamiento de dichos créditos, se hace imperiosa la búsqueda de una alternativa diversa que implique una solución basada en la cooperación interempresas, una propuesta sectorial que subsane, y, en definitiva, resuelva este problema.

De esta forma, la constitución de entidades financieras de economía social que faciliten la cooperación financiera dentro del sector implica una alternativa de solución concreta e independiente tanto del poder político como del sistema financiero en general, manteniendo la independencia de sus actores, pero favoreciendo el acceso al crédito, en definitiva: "Mancomunar estos esfuerzos institucionalizados en cooperativas o cámaras serán condiciones dignas de cré-

dito para instituciones crediticias nacionales o extranjeras, con avales y garantías recíprocas, rotativas y el compromiso contundente de cada municipio, de cada provincia, ofreciendo razonablemente parte de los fondos de coparticipación para estos fines, que son impulsar la generación de nuevas fuentes de ocupación, puesto que para más empleos, más empresarios, más empresas".[19]

4.5. Beneficios económicos a obtener por las pymes al implementar esta propuesta

4.5.1. Baja en la estructura de costos de la empresa

Como ya hemos comentado a lo largo del presente trabajo, las pymes, mediante la constitución de sociedades, cooperativas o incluso mediante la mera cooperación entre ellas al ordenar sus insumos en conjunto podrán aprovechar directamente los beneficios de las economías a escala; al ordenar cantidades mayores de materias primas podrán mejorar los precios, bajando consecuencialmente sus costos, aumentando sus utilidades.

4.5.2. Potencian su capacidad exportadora

Al actuar coordinadamente las pymes logran acceso a mayores volúmenes de producción, si dicha producción es uniformada mediante la gestión de asociaciones que presten asesoría técnica, y a la vez favorezcan el proceso de internacionalización actuando como negociador de las entidades asociadas, tanto la calidad como la factibilidad de realizar exportaciones aumenta drásticamente para estas entidades.

Con todo, dada la transnacionalidad de las empresas, es importante considerar en una segunda etapa de internacionalización la generación de redes más allá de las fronteras nacionales.[20]

4.5.3. Mejoran sus niveles de competitividad

Como directa consecuencia de los puntos antes enunciados, la oferta desarrollada por estas empresas es más competitiva, dado que su estructura de costos permite un grado de negociación mayor, pueden ofrecer cantidades superiores de producto y dotar de una mayor regularidad sus despachos a clientes.

[19] Bertosi, Roberto; "MicroPymes argentinas. MERCOSUR. Una Mirada para la interdisciplina científica"; http://www.redelaldia.org/IMG/pdf/MicroPymes_argentinas.pdf.
[20] Barrachina Ros, Miguel; "Política de fomento de la Economía Social"; *Revista CIRIEC* N° 47, extraordinario, noviembre de 2003, CIRIEC-España.

5. Conclusiones

Si bien es cierto que no sólo las organizaciones jurídicas de economía social pudieran servir de base para la constitución de sistemas sociales de pequeñas y medianas empresas, es efectivo que dichas organizaciones son más adecuadas para la solución de los problemas que las afectan por las siguientes razones: en primer lugar, las entidades de economía social al no perseguir fin de lucro buscarán el bienestar de todos sus miembros y no de aquellos que aportan mayores capitales.

En segundo lugar, el principio de "un miembro, un voto" facilita la democratización de estas organizaciones, y por tanto, logra una mayor identificación de los mismos respecto de la entidad, favoreciendo de esta manera la participación activa de sus miembros.

En tercer lugar, al constituirse como entidades sin fines de lucro los riesgos que implica la afiliación para las pymes son menores, no debiendo incurrir en mayores gastos que aquellos que voluntariamente determinen comprometer, sin arriesgar de esta forma su limitado patrimonio en nuevas sociedades.

En cuarto lugar, la creación de entidades de economía social destinadas al apoyo, asesoría técnica y facilitación de acceso al sistema financiero de las pymes, cumple un rol social importante, dado que sus estudios, políticas y planes estratégicos empresariales podrán ser aprovechados por futuros emprendedores, aportando de esta manera un carácter social importante a su labor de promoción y apoyo de la pequeña y mediana empresa.

Finalmente, podemos concluir que las acciones de cooperación e integración entre pequeñas y medianas empresas se erige como una propuesta concreta para la solución de sus problemas estructurales, favoreciendo asimismo la competencia en los mercados mediante la atomicidad aportada por estas organizaciones, como asimismo por el *know-how* puesto a disposición del público por sus organizaciones de integración.

En definitiva, es interesante destacar que las pymes tienen dos problemas principales: eficiencia y competitividad. Se han propuesto una serie de alternativas para solucionar dichas temáticas, políticas de Estado, cooperación entre particulares, etc.

De acuerdo a lo planteado, las formas de cooperación interempresas se pueden configurar dependiendo del tipo de cooperación; pueden instrumentalizar dos teorías: si es que la finalidad es la configuración de una entidad nueva, se utilizará la teoría de sistemas, en caso de que sólo se busque una actuación coordinada

entre organizaciones, se preferirá la teoría de redes. En ambos casos es posible lograr sus fines a través de entidades con y sin fines de lucro.

Finalmente es importante considerar que la creación de este tipo de organizaciones facilita no sólo el trabajo conjunto empresarial, y la coordinación de todo un sector de la economía, sino que la entrega de beneficios y recopilación de información para nuevos emprendedores, mediante la constitución de organizaciones de fomento y apoyo privadas que presten los servicios que las pymes necesitan para sobrevivir.

Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura

Ariel Mihovilovic Bonardi
Profesor Ayudante de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

I. Introducción

La regulación de sepulturas y cementerios –que en nuestro país existe desde la época del derecho indiano– ha sido, históricamente, objeto de abundante normativa e importantes discusiones.[1] Sin embargo, si hoy en día tuviéramos que hacer un diagnóstico respecto de la forma en que se encuentra regulada la "cuestión de las sepulturas", el panorama sería casi tan desolador como el de un camposanto: por un lado, los estudios especializados son bastante escasos y poco convincentes; además, la reglamentación sectorial –que está pronta a cumplir 40 años de vigencia– no ha sido objeto de actualizaciones que recojan los cambios ocurridos en el comercio de las tumbas (el cual se ha producido, fundamentalmente, debido al auge comercial de los llamados "*cementerios parque*"). En este sentido, el diagnóstico de Corral Talciani nos parece muy certero al señalar que *"es realmente notable que situaciones tan estrechamente vinculadas con el existir humano presenten un tratamiento jurídico, normativo y doctrinal tan precario"*.[2]

Las consideraciones anteriores nos han movido a investigar un tema que, contrario a lo que pudiera pensarse, es extremadamente interesante, pues permite aplicar, respecto de una materia específica (las sepulturas), varias instituciones y principios generales del derecho común.

[1] Ya en el año 1811, en el seno del Primer Congreso Nacional, podemos encontrar iniciativas legales que perseguían la erección de cementerios y la regulación de los entierros de cadáveres. Esta tendencia, que se mantendría a lo largo de todo el siglo XIX, fue uno de los epicentros de la batalla por la secularización del Estado de Chile, que encuentra en la llamada *"cuestión de los cementerios"* uno de sus capítulos más dramáticos y apasionantes de estudiar.

[2] Corral Talciani, Hernán, al informar la memoria de prueba de Rubio Chacón, Sergio, *"El régimen jurídico de cementerios y sepulturas"*, p. 1.

El estudio de las sepulturas es una cuestión de suyo compleja, pues en ella *"se mezclan principios jurídicos y sentimientos religiosos, a veces en pugna, y entre los jurídicos, canónicos, civiles, penales y administrativos"*.[3] Por lo mismo, nuestra aproximación al problema la hemos realizado desde una perspectiva civilista, cuya aplicación nos parece indubitada al menos respecto de los cementerios particulares no confesionales,[4] sin perjuicio que las mismas soluciones puedan aplicarse respecto de las otras clases de cementerios.[5]

II. Cuestiones preliminares

(a) Normativa aplicable a sepulturas y cementerios

Para los efectos de este trabajo nos remitiremos, fundamentalmente, a las disposiciones del Libro VIII del Código Sanitario ("De las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres") y, muy especialmente, a la normativa del Decreto Supremo número 357 de 1970 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento General de Cementerios.[6]

Lo anterior es sin perjuicio de una serie de otras normas que, si bien guardan una cierta relación con sepulturas, cementerios y cadáveres, no contienen una regulación que nos permita determinar la naturaleza jurídica de los derechos civiles que un particular puede tener respecto de una sepultura.[7]

---

[3] Fernández de Velasco, Recaredo, *"Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas"*, p. 14.

[4] Pensamos que, teóricamente, tres son las ramas del derecho aplicables respecto de los derechos de sepultura: (i) **Derecho Administrativo**, respecto de los *cementerios generales*, que son de aquellos cuya propiedad y administración corresponde al Estado a través de los municipios); (ii) **Derecho Canónico**, respecto de los cementerios confesionales, que, a su vez, son de propiedad particular; y (iii) **Derecho Civil**, respecto de los *cementerios particulares no-confesionales o simplemente particulares* (dentro de los cuales se incluyen, ciertamente, los llamados "cementerios parque").

[5] Sin haber estudiado el tema en profundidad, en principio somos partidarios de que un mismo régimen jurídico sea el aplicable a todo tipo de derechos de sepultura, con independencia del cementerio en el cual éstas se encuentren ubicadas. En todo caso, es curioso como una situación que es idéntica en los hechos puede recibir diferentes tratamientos jurídicos; v.gr.: el caso de un profesor que le hace clases a un grupo de alumnos, que puede regirse por (i) las normas del contrato de arrendamiento de servicios; (ii) un contrato de trabajo; o (iii) el "Estatuto Docente".

[6] Cada vez que en el presente trabajo se haga alusión al "Reglamento" sin mayores precisiones, la referencia debe entenderse hecha al Reglamento General de Cementerios.

[7] Sin pretender realizar un listado exhaustivo de disposiciones, creemos que las más relevantes serían las siguientes:

- **Código Civil**: los artículos 586 y 587 regulan este tipo de materias, haciendo remisiones al derecho canónico (artículo 586: *"las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico"*) y entregando reglas respecto del uso y goce de capillas y cementerios particulares (artículo 587). Es del caso señalar que la redacción de ambos preceptos era levemente distinta en los proyectos de código (cfr. *"Código Civil y leyes complementarias"*, tomo III, pp. 43 y 44).
- **Ley de Cultos**: el artículo 6° de la Ley 19.638 señala que parte del contenido de la libertad religiosa y de culto consiste en *"recibir [...] una sepultura digna sin discriminación por razones religiosas"*. Además, por cuanto el artículo 20 de dicha Ley señala que el Estado reconoce la personalidad y el ordenamiento de ciertas instituciones religiosas, es que las disposiciones del Código de Derecho Canónico son perfec-

(b) Concepto de sepultura

Un primer obstáculo para determinar qué derechos se tienen respecto de una sepultura es la ambigüedad con que el Reglamento utiliza dicho término y sus derivaciones, a lo largo de los 35 artículos en que el Reglamento emplea alguna de dichas expresiones.[8]

Por cuanto el Reglamento no define qué es lo que se entiende por sepultura,[9] debemos entender esta palabra según su sentido natural y obvio, de acuerdo con su uso general, teniendo también presente el contexto de la ley, de manera que entre todas sus partes exista una debida correspondencia y armonía.[10]

---

tamente aplicables a los cementerios de la Iglesia Católica, en concordancia con el ya citado artículo 586 del Código Civil. Dicha remisión también se encuentra implícita en el artículo 14 de la Ley 19.638.

- **Código de Derecho Canónico**: son varios los cánones que dicen relación con sepulturas y cementerios. Básicamente, los cánones se vinculan con la celebración de las exequias (cánones 1176 a 1185) y con la regulación de los cementerios en tanto lugares sagrados (Título I de la Parte III del Libro IV del Código de Derecho Canónico).
- **Código Penal**: los artículos 320 a 322 sancionan la infracción de las leyes o reglamentos sobre inhumaciones y exhumaciones.
- **Derecho Administrativo**: existe una pléyade de normas que regulan las sepulturas, los cementerios y la inhumación de cadáveres. Entre otras podemos mencionar el Código Sanitario, el DFL 1 de Salud, que *"Determina materias que requieren de autorización sanitaria expresa"* (incluyendo la instalación de cementerios y crematorios y el transporte internacional de cadáveres), el DL 2.763 de 1979, que regula la organización y atribuciones de los servicios de salud y la Ley 18.096, que *"Transfiere a las municipalidades los cementerios que indica y les encomienda su gestión"*.
- **Derecho Tributario:** además de la Ley 17.235, sobre impuesto territorial (que declara completamente exentos de contribuciones a los cementerios fiscales y municipales y exentos en un 50% a los cementerios de propiedad particular), existen una serie de oficios del Servicio de Impuestos Internos respecto de si debe o no aplicarse el DL 825 de 1976 a los servicios prestados por los cementerio (en que el criterio ha sido considerar que tales servicios no se encuentran afectos a IVA, por cuanto no estarían incluidos dentro de las actividades de los números 3 y 4 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta), así como respecto del momento en que deben considerarse devengados ingresos derivados de las supuestas "ventas" de sepulturas, para efectos de computarlos en el cálculo de la renta líquida imponible del Impuesto de Primera Categoría.
- **Ley de Protección a los Derechos del Consumidor**: la letra b) del artículo 2° de la Ley 19.946 hace que *"los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas"* queden sujetos especialmente a la aplicación de la citada ley. El referido literal, si bien no se encontraba previsto en el Mensaje del Ejecutivo, fue agregado durante la tramitación de la ley en el Congreso, aunque no existen mayores antecedentes respecto de por qué se decidió hacerlo. Dentro de las principales consecuencias que, a nuestro juicio, derivan de la aplicación de la Ley 19.946, encontramos las siguientes: disposiciones expresas que permiten indemnizar el daño moral, normativa relativa a los contratos de adhesión y contratos de crédito (figuras de frecuente aplicación en la venta de sepulturas), junto con las normas relativas a publicidad y derecho a información.

[8] Se trata de los artículos 2°, 20, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 55, 56, 60, 67, 73 y 74.

[9] La falta de definiciones legales para la voz "sepultura" ha sido una tendencia uniforme para nuestro legislador. La única excepción a esta regla la encontramos en el derecho indiano, ya que la Ley I del Título XIII de la Primera Partida (relativa a *"Que cosa es Sepultura, e donde tomo este nome, e que derecho deue ser guardado en dar sepultura"*) señala que *"sepultura es logar señalado en el Cementerio, para soterrar el cuerpo del ome muerto. E sepultura tomo este nome de Sepelio que quiere tanto dezir, como meter so tierra"*.

[10] Cfr. artículos 20 y 22 del Código Civil.

De acuerdo con la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española la voz sepultura puede entenderse de las siguientes maneras: (i) como la *"acción y efecto de sepultar"* (en cuyo caso, su significado equivale a "enterrar un cuerpo" o "inhumar"); (ii) como un *"hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver"*; y (iii) como el *"lugar en que está enterrado un cadáver"*. Por lo tanto, el concepto "sepultura" es un tanto equívoco, pues puede tanto designar un **lugar** (de entierro) como una **acción** (de sepultar).[11]

De las expresiones utilizadas por el Reglamento, las dos que aparecen con mayor frecuencia son *"sepultura"* y *"sepultación"*.[12] A pesar de la aparente cercanía entre ambos términos, una correcta interpretación del Reglamento nos lleva a concluir que la voz *"sepultura"* es utilizada, generalmente, para designar un *lugar de entierro* (utilizando las acepciones /ii/ y /iii/ ya revisadas), mientras que por *"sepultación"* debe entenderse la *acción de dar entierro* a una persona o inhumar un cadáver (en cuyo caso, se está usando el primero de los significados vistos anteriormente).

[11] Etimológicamente, sepultura proviene de la voz latina *sĕpultūra*, pudiendo ser entendida como la *"acción y efecto de sepultar"* o como *"el hoyo que se hace en la tierra para enterrar el cadáver de alguna persona. Llámase también así el mismo hoyo después de enterrado el cadáver"* (cfr. Barcía, Roque, *"Primer diccionario etimológico de la lengua española"*, tomo IV, p. 965). Se designan como sinónimas las expresiones *"sepultura, sepulcro, tumba, túmulo, mausoleo"*, señalándose que *"toda fosa en que es enterrado un cadáver se llama sepultura"*. Ciertas aclaraciones adicionales resultan extremadamente interesantes: El ***sepulcro*** (del latín *sĕpulcrum*) es una sepultura antigua, venerable, misteriosa. Toda sepultura del pasado se llama *sepulcro*. ***Tumba*** (del latín *tumbus*) es la sepultura que está en alto. Esto explica que antiguamente se llamase *tumba* la parte superior de la sepultura, la losa que cubre el hoyo que encierra los huesos o que contiene las cenizas de los muertos y que en su origen sirvió para que se grabasen en ella las inscripciones, epitafios o los símbolos de la dignidad, profesión, edad, etc., del difunto (que son las funciones que, hoy en día, le atribuimos a las *lápidas* –del griego lăas y del latín lăpis, que quieren decir *piedra*, coincidiendo así con la idea actual de que la lápida es una *piedra llana en que ordinariamente se pone alguna inscripción*–. Así, en rigor, la tumba es la piedra sepulcral, pero después se ha tomado por un sepulcro de piedra. ***Túmulo*** (del latín *tumulus*) es una tumba que supone mayor elevación, más riqueza, más gala. Es una tumba artística, una especie de edificio u obra de arte erigido en honor de los muertos para consagrar e ilustrar su memoria por el elogio de su vida, por emblemas, alegorías y por cuantos medios pudieren inmortalizar la virtud. La tumba es sencilla, humilde, modesta, comparada con el túmulo. El ***mausoleo*** (del griego *mausōleion* y el latín *mausōlēum*) corresponde a un sepulcro magnífico y suntuoso. La palabra proviene de Mausolo, rey de Creta, a quien su esposa Artemisa erigió el primer monumento sepulcral de esta clase. La construcción, coronada con una cuadriga de mármol en que estaba la estatua de Mausolo, tenía una altura de 43 metros y 20 centímetros. La belleza de su trabajo y sus colosales proporciones le hicieron pasar entre los antiguos por la séptima maravilla del mundo. Respecto de los usos más modernos, se señala que *"la palabra mausoleo ha tenido entre nosotros un cierto sabor pagano y se ha preferido la de sepulcro o sepultura; pero hoy se ha generalizado su uso, aplicándose a todo sepulcro rico, suntuoso y de belleza arquitectónica"*. Finalmente, se dice que *"sepulcro y sepultura se distinguen de tumba y de túmulo por la idea contraria a la de elevación. La sepultura es el lugar en que los cuerpos están encerrados en tierra. El sepulcro es un lugar en que están encerrados también, pero más hondamente, en un hoyo profundo"* (cfr. Barcía, Roque, op. cit., tomo III, pp. 333, 667 y 668, tomo IV, p. 965 y tomo V, p. 240).

[12] De hecho, el título III del Reglamento trata, precisamente, *"De las sepulturas"*, mientras que el título IV se titula *"De las sepultaciones"*. En todo caso, los referidos términos se utilizan indistinta e indiscriminadamente en ambos títulos, al igual que en el resto del Reglamento.

Adicionalmente, el Reglamento suele referirse a personas con *"derechos a sepultación"*.[13] Estos derechos, en concordancia con las explicaciones precedentes, debieran ser entendidos como un *"derecho a ser inhumado"*.[14]

El que la palabra *sepultura* designe un lugar de entierros, mientras que por *sepultación* se entienda el *acto de inhumar*, conlleva, jurídicamente, las siguientes implicancias:

- Cuando el Reglamento se refiere a una sepultura, indudablemente, está pensando en una cosa y, más específicamente, en una construcción,[15] cuyo destino es albergar los cadáveres de una o varias personas. En todo caso, sea que estimemos que las sepulturas son el suelo mismo donde se hacen las construcciones o bien que son las construcciones mismas que adhieren al suelo, siempre llegaremos a la conclusión que las sepulturas, entendidas como una cosa, son jurídicamente un **bien inmueble**.[16]

- Por cuanto el término sepultación designa una acción, debe ser calificado jurídicamente como un hecho. Según veremos más adelante, la referida acción constituye un **hecho que se debe** respecto de los cementerios, que en virtud de la ley o del contrato deben inhumar cadáveres dentro del inmueble en el cual se encuentran ubicados. De conformidad con el artículo 581 del Código Civil, *"los hechos que se deben se reputan muebles"*, por lo que dicha obligación –y las acciones para perseguir su cumplimiento– deben ceñirse a las reglas aplicables a dicha clase de bienes.

Quisiéramos destacar que, no obstante haber sido dictado dos años antes que el Reglamento, el Código Sanitario prescinde de la voz *sepultación* y en su lugar utiliza el término *inhumación*,[17] el cual es técnicamente mucho más preciso para designar la acción por la cual se sepulta un cadáver humano.[18] De hecho, sólo

[13] La expresión se usa en los artículos 30, 31, 33, 40, 41, 42 y 55 del Reglamento.

[14] Según veremos más adelante, la idea de tener un derecho a ser inhumado es, dogmáticamente, incorrecta, ya que los cadáveres, en tanto no son personas, no pueden ser titulares de derechos ni obligaciones.

[15] El que las sepulturas sean *construcciones* resulta bastante claro de algunas definiciones (por ejemplo, los números 3 y 4 del inciso segundo del artículo 30) y de los mismos términos que usa el Reglamento (las referencias a nichos, bóvedas y mausoleos son buenos ejemplos de construcciones funerarias).

[16] En este sentido, señala Cid Clavero que *"ya no puede ponerse en duda que la sepultura es una cosa corporal sobre la que es posible ejercer determinados derechos [...]. Y de acuerdo a la nomenclatura del Código Civil, hay que encuadrar la sepultura entre los bienes corporales [...]. Más aún, atendida su naturaleza específica [...] estos bienes deben considerarse inmuebles"* (Cid Clavero, Leonor, *"Régimen Jurídico de Sepulturas"*, pp. 79 y 80). La misma idea se encuentra en Rubio Chacón, ob. cit., pp. 105 y 106).

[17] Por lo tanto, estamos de acuerdo con la conclusión a la que arriba Cid Clavero en el sentido que *"la acción de sepultar un cadáver en nuestra legislación se denomina inhumación o sepultación"* (Cid Clavero, ob. cit., p. 227).

[18] Si bien ambos términos *(inhumar y enterrar)* sirven para designar la acción de dar sepultura, *"enterrar es el acto de poner o meter entre tierra una cosa. Inhumar es enterrar con las ceremonias religiosas,*

dos disposiciones del Código Sanitario usan expresiones derivadas de la palabra sepultura[19] y, en ambos casos, ellas se refieren a la acción de sepultar.[20]

(c) Clasificación reglamentaria de las sepulturas[21]

Si bien el Reglamento no entrega una definición de sepultura, sí hace un listado de las clases o tipos de sepulturas que la ley reconoce y, posteriormente, entrega definiciones de cada una de ellas. Sin embargo, la falta de claridad en los criterios usados por el Reglamento para establecer estas categorías hace que ellas sean un obstáculo adicional a la labor del intérprete, de cara a conocer el verdadero sentido y alcance de las disposiciones pertinentes.

El artículo 29 del Reglamento señala que *"en todo cementerio podrá haber las siguientes clases de sepulturas: a) sepulturas o mausoleos de familia; b) bóvedas o mausoleos de sociedades, comunidades o congregaciones; c) nichos perpetuos cuyos derechos se hubieren constituido con anterioridad a la vigencia del presente decreto; d) nichos temporales de largo plazo; e) nichos temporales de corto plazo; f) nichos perpetuos y temporales para párvulos y para cadáveres reducidos; g) sepulturas en tierra perpetuas; h) sepulturas en tierra temporales; i) sepulturas en fosa común; j) columbarios o nichos para cenizas de cadáveres incinerados, en los casos de cementerios con horno crematorio; y k) cinerarios, en los mismos casos".*

En un primer esfuerzo por reducir el referido listado, consideramos que, de acuerdo al Reglamento, toda sepultura puede ser incluida en una de las siguientes seis categorías: (i) sepulturas de familia; (ii) sepulturas de sociedades, comunidades o congregaciones; (iii) nichos (temporales y perpetuos); (iv) sepulturas en tierra; (v) fosa común; y (vi) columbarios y cinerarios.

---

con los honores fúnebres, los de la sepultura. Se entierra todo lo que se cubre en la tierra, pero no se inhuma sino a la persona humana a quien se hacen los honores fúnebres". "La diferencia, pues, entre enterrar, desenterrar, inhumar y exhumar, consiste en que se entierra y se desentierra todo lo que se esconde o saca de la tierra, [...] mas inhumación y exhumación sólo corresponde a los cadáveres humanos y a las ceremonias con que esto se verifica. Se entierran y desentierran tesoros, cosas preciosas, todo cuerpo muerto. Se desentierran monumentos antiguos que la tierra ocultaba en su seno; se desentierra un cadáver humano malamente cubierto de tierra para inhumarlo o darle sepultura sagrada" (cfr. Barcía, Roque, ob. cit., tomo II, p. 422 y tomo III, p. 121).

[19] El artículo 139 señala que *"ningún cadáver podrá permanecer* ***insepulto*** *por más de cuarenta y ocho horas, [...]"*, indicando que ningún cuerpo sin vida puede permanecer por el mencionado plazo sin que se ejecute la acción de sepultarlo. Por otra parte, el artículo 140 prescribe que *"la obligación de* ***dar sepultura*** *a un cadáver recaerá [...]"*, señalando a qué personas les corresponde la obligación de inhumar un determinado cuerpo sin vida.

[20] Por otra parte, las únicas referencias que el código del ramo utiliza para designar un lugar de entierros son hechas respecto de cementerios. En este sentido, el artículo 135 del Código Sanitario dispone que *"sólo en cementerios legalmente autorizados podrá efectuarse la inhumación de cadáveres o restos humanos. Sin embargo, el Director General de Salud podrá autorizar la inhumación temporal o perpetua de cadáveres en* ***lugares*** *que no sean cementerios [...]".*

[21] Sobre diversos criterios para clasificar las sepulturas, véase el trabajo de Rubio Chacón, ob. cit., pp. 109 a 118.

(i) Según el artículo 30 del Reglamento, las **sepulturas de familia**[22] "son aquellas que dan derecho a la sepultación de el o de los propietarios fundadores y de sus cónyuges, y de sus ascendientes y descendientes legítimos y sus cónyuges hasta la tercera generación".[23] El inciso segundo del citado artículo señala que "podrá haber los siguientes tipos de sepulturas de familia: 1) **Nichos-bóvedas**: son los ubicados en la rasante del suelo de pabellones o galerías de nichos; 2) **Bóvedas**: toda tumba subterránea; 3) **Capillas**: aquellas construcciones que cuenten con nichos a un costado, quedando la puerta al otro, con o sin bóvedas y osario en el subsuelo, y 4) **Mausoleo**: aquellas construcciones que dispongan de nichos a ambos lados, con o sin bóvedas y osario en el subsuelo". Adicionalmente, el artículo 41 del Reglamento dispone que "los derechos de los propietarios fundadores de una sepultura de familia y de sus parientes, con derecho a ser sepultados en ella, son perpetuos".[24]

(ii) Las sepulturas de sociedades, comunidades o congregaciones son definidas en el artículo 31 del Reglamento, que señala que *"mausoleos de sociedades, corporaciones o comunidades son aquellos que dan derecho a la sepultación de los restos mortales de los miembros de las sociedades, corporaciones, congregaciones, instituciones de derecho público o privado, mutualidades o de cualquiera otra institución con personalidad jurídica y cuyos nombres, cuando proceda, se encuentren inscritos en las listas que dichas sociedades o corporaciones deberán enviar anualmente a la Dirección o administración del cementerio respectivo"*. A pesar de que el Reglamento no lo señale expresamente, de sus disposiciones se desprende que los derechos que existen respecto de estas sepulturas son, asimismo, de duración indefinida (particularmente si, además, la persona jurídica titular de estos derechos es, igualmente, de duración indefinida).[25]

---

[22] Históricamente, salvo contadas excepciones (como la normativa contenida en las Siete Partidas o en el Primer Reglamento del Cementerio General de Santiago, del año 1821), las sepulturas de familia siempre han sido una categoría autónoma y especial dentro de las diversas clases de sepulturas. Una posible explicación para ello puede encontrarse en el tratamiento que los sepulcros familiares recibían en la antigua tradición romana, en que paralelamente con el culto a los Dioses Superiores –asociados con el Estado y las *res sacrae*– coexistían la adoración y respeto por los Dioses Manes –asociados con la familia y las *res religiosae*–. Según nos explica Fernández de Velasco, los Dioses Manes *"viven recluidos en el hogar familiar; cada casa es un templo; su sacerdote, el jefe de la familia; y culto y creencia se transmiten familiarmente de varón en varón"* (al respecto, cfr. Fernández de Velasco, ob. cit., pp. 35 y 36).

[23] La definición transcrita es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento, que permite la inhumación de los restos de otras personas, para lo cual *"se requerirá el permiso de los propietarios fundadores y, a falta de ellos, el de la mayoría de los parientes de grado más próximo con derecho a ser sepultados en él [el mausoleo de familia], debidamente aprobada por la Dirección o Administración del Cementerio, además de la aprobación de esta última autoridad"*.

[24] Creemos que una redacción más acertada del artículo se hubiera logrado señalando que los mentados derechos son de duración indefinida.

[25] Consideramos una omisión lamentable del Reglamento la falta de disposiciones que regulen el

(iii) **Los nichos** se encuentran tratados en los artículos 32 a 34 del Reglamento. A pesar de que el Reglamento no los define,[26] éste sí se refiere a las diversas clases de nichos que existen y que, básicamente, pueden dividirse entre nichos para cadáveres adultos (artículos 32 y 33) y nichos para párvulos y cadáveres reducidos (artículo 34). Los primeros *"dan derecho a la sepultación de un solo cadáver"* y son, por regla general, de carácter temporal. Los segundos, que deben existir en todos los cementerios, pueden ser de corto plazo o perpetuos y deben ser *"de las dimensiones adecuadas para la sepultación de los restos de párvulos y de cadáveres reducidos, pagándose los derechos correspondientes"*.

(iv) **Las sepulturas en tierra,** al igual que los nichos, son definidas desde un punto de vista funcional, pues el artículo 35 del Reglamento señala que "las sepulturas en tierra son las que permiten la inhumación de uno o más cadáveres en terrenos especialmente destinados a este objeto, dentro de un cementerio", y agrega que "tendrán dos metros veinte centímetros de largo por noventa centímetros de ancho, cuando son destinados a adultos y un metro cuarenta y tres centímetros por setenta centímetros cuando son destinados a niños menores de 10 años. En ambos casos la profundidad de la fosa será de un metro treinta. Estas sepulturas podrán ser temporales de corto plazo o perpetuas y estarán sometidas en todo al régimen de sepulturas-nichos".

(v) **La fosa común** es definida como "un depósito destinado a la inhumación de cadáveres de indigentes, de restos humanos no reclamados" (artículo 37 del Reglamento).

(vi) Finalmente, los **cinerarios** y **columbarios** son los lugares donde se depositan las cenizas de cadáveres incinerados en un horno crematorio.

De la enumeración precedente, quisiéramos profundizar en ciertas diferencias y elementos que se encuentran presentes en las cuatro primeras categorías de sepulturas.

Una primera gran diferencia puede encontrarse en el número de cadáveres que pueden ser inhumados en cada una de las tumbas respectivas. En este

destino de esta clase de sepulturas ante la eventual disolución de la persona jurídica que es titular de los derechos respectivos. Dicha omisión también es predicable de los reglamentos internos que tuvimos la oportunidad de revisar. En todo caso, a falta de normas expresas, consideramos que debieran aplicarse las reglas relativas a la disolución y liquidación de cada una de las entidades correspondientes.

[26] La Real Academia Española señala, como uno de los dos posibles significados de la palabra "nicho", *"concavidad formada para colocar algo; como las construcciones de los cementerios para colocar los cadáveres"*.

sentido, las sepulturas de familia y las sepulturas de sociedades, comunidades o congregaciones han sido diseñadas para albergar varios cadáveres (así, en estos casos, podemos hablar de *sepulturas colectivas*);[27] mientras que los nichos y las sepulturas de tierra obedecen al principio de albergar a un solo cadáver[28] (por lo que hemos de entenderlas como *sepulturas individuales*).

Desde siempre, se ha estimado que los derechos sobre sepulturas de familia y sepulturas de sociedades son de duración indefinida. Por el contrario, respecto de las sepulturas individuales, los distintos reglamentos siempre han previsto que éstas sean temporales, aunque a veces se permite que los derechos sobre ellas tengan duración indefinida (como ocurre con el actual Reglamento, que excepcionalmente reconoce derechos "perpetuos" sobre nichos,[29] mientras que para las sepulturas de tierra dispone que *"podrán ser temporales de corto plazo o perpetuas"*).

Por último, las diversas sepulturas de familia descritas en el inciso segundo del artículo 30 han de distinguirse según la manera en que han sido construidas. En todo caso, ello no obsta a que todas ellas sean sepulturas colectivas y de duración indefinida.

Así, las diversas clases de sepulturas pueden ser reducidas a los siguientes cuatro grupos: (i) sepulturas colectivas: sepulturas de familia y de sociedades,

[27] Si bien es cierto que la fosa común también está diseñada para recibir múltiples inhumaciones, estimamos que no debe recibir un tratamiento semejante al de sepulturas de familia y de sociedades, por cuanto en la fosa común, por definición, no hay ningún elemento que permita identificar al cadáver con la sepultura en la cual se depositan sus restos, a diferencia de las otras clases de tumbas. Otras diferencias importantes pueden encontrarse en la gratuidad de los servicios de fosa común y en el origen de la obligación del cementerio de inhumar los cadáveres: en un caso es contractual (sepulturas de familia y de sociedades) y en el otro es de origen legal (fosa común).

[28] Ello no obstante ciertas excepciones aparentes contempladas por el Reglamento:
- Respecto de los nichos: el artículo 32 permite que los ascendientes, descendientes o cónyuges de las personas que ocupen un nicho temporal de largo plazo sean sepultados en el nicho, en la medida que los restos que lo ocupen puedan ser reducidos, a juicio del Director del Cementerio. La excepción es aparente, por cuanto no es posible que dos cadáveres ocupen el nicho en un mismo momento.
- Respecto de las sepulturas en tierra, la interpretación no es tan evidente, pues el Reglamento señala que ellas *"permiten la inhumación de **uno o más** cadáveres en terrenos especialmente destinados a este objeto"*. Empero, creemos que las sepulturas en tierra son también individuales. Un análisis histórico de distintos reglamentos de cementerios (fundamentalmente, reglamentos internos de cementerios públicos –especialmente los del Cementerio General de la ciudad de Santiago–) nos lleva a concluir que, invariablemente, las sepulturas en tierra constituyen un sector dentro de cada cementerio, en el cual se ubican una serie de tumbas individuales. Por eso es que el actual Reglamento habla de la inhumación *"de uno o más cadáveres **en terrenos** especialmente destinados a este objeto"* (y no se refiere a la inhumación de uno o más cadáveres en ***un terreno*** especialmente destinado a este objeto). Además, la minuciosidad con que siempre han sido reguladas las dimensiones de esta clase de tumbas no debiera permitir dudas en cuanto a que se trata de lugares destinados a la inhumación de un solo cadáver.

[29] Tales casos de excepción se refieren a (i) los derechos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento; y (ii) los nichos destinados a la sepultación de restos de párvulos y de cadáveres reducidos.

comunidades o congregaciones (cuyos derechos son de origen contractual y de duración indefinida); (ii) sepulturas individuales: nichos y sepulturas en tierra (cuyos derechos son, asimismo, contractuales y pueden ser de duración temporal o indefinida); (iii) fosa común; y (iv) columbarios y cinerarios (que son los lugares donde se depositan las cenizas de cadáveres incinerados en un horno crematorio).

De las distinciones anteriores, salta a la vista una realidad que ya debiera resultar evidente: la normativa del Reglamento no fue pensada tomando en cuenta la figura de los *"cementerios parque"*, sino que se encuentra concebida sobre la base de aquellos cementerios de un diseño semejante al del Cementerio General de Santiago. En todo caso, lo anterior no obsta a que resulte necesario encontrar, dentro de la enumeración del Reglamento, una categoría de sepulturas dentro de las cuales subsumir las sepulturas que comercializan estos nuevos cementerios. Sobre el particular, nos parece que lo más adecuado es que dichas sepulturas sean consideradas como *bóvedas* (que, recordemos, se definen como "toda tumba subterránea", dentro de las sepulturas de familia).[30]

(d) Relaciones jurídicas que se dan respecto del entierro de un cadáver

En nuestra opinión, la falta de claridad respecto de la gran mayoría de los problemas relacionados con cementerios y sepulturas, se explica por una superposición de relaciones jurídicas que es necesario diferenciar con claridad. En este sentido, concordamos plenamente con la opinión de Fernández de Velasco, quien al tratar de los elementos del *ius sepulchri* señala que *"este derecho viene integrado por tres elementos: el cementerio, el cadáver y la sepultura"*.[31]

Tres son los vínculos jurídicos que se relacionan con los citados elementos: (i) el cementerio es el dueño exclusivo (*derecho real de dominio*) del suelo en el cual se encuentra asentado; (ii) los propietarios de derechos sobre una sepultura son propietarios de un *derecho personal* o *crédito* en contra del cementerio, en virtud del cual pueden exigir la inhumación de ciertos cadáveres en una determinada sepultura; y (iii) ciertas personas son titulares de un *derecho de origen legal*, cuyo contenido les permite decidir acerca de qué destino se le dará a un cadáver determinado (lugar de inhumación, posibles exhumaciones y traslados, cremaciones, etc.).

[30] Rubio Chacón llega a una conclusión distinta, pues opina que *"en los cementerios parques no existen mausoleos ni pabellones de nichos, sino que* ***sepulturas en tierra*** *que se construyen a nivel subterráneo con cámaras de cemento y permiten la inhumación de uno o varios cadáveres"* (ob. cit., p. 117). No concordamos con esta opinión, pues entendemos que las sepulturas en tierra son sepulturas individuales; mientras que los productos ofrecidos por los "cementerios parque" permiten, uniformemente, la inhumación de varios cadáveres.

[31] Fernández de Velasco, ob. cit., p. 14.

De lo anterior, y aunque resulte obvio decirlo, resulta que ***no existe ningún derecho del cadáver para ser inhumado en una determinada sepultura***, aunque ésta haya sido de su propiedad.[32] En rigor, el cementerio es dueño exclusivo de todas las sepulturas que se ubican dentro de él. En virtud de este dominio puede celebrar contratos por los que se obliga a poner a disposición de terceros un determinado lugar del inmueble (la sepultura) para la inhumación de ciertos cadáveres en su interior. Finalmente, la decisión respecto de qué cadáveres son efectivamente inhumados en una sepultura específica implicará, generalmente, un nuevo acuerdo de voluntades, esta vez entre el o los titulares del derecho de sepultura y la persona que tiene derecho a decidir cuál será el destino de ese cadáver (que puede elegir el lugar y la forma en que habrá de disponerse del cadáver respectivo).

Dicho lo anterior, nos gustaría profundizar en la estructura de cada una de las relaciones jurídicas antes descritas:

(i) Relación de dominio del cementerio

No debieran presentarse dudas con respecto a que el cementerio es el propietario exclusivo del suelo en el cual se encuentra enclavado. De hecho, el primero de los requisitos que deben adjuntarse a la solicitud de autorización para la instalación o funcionamiento de un cementerio, de conformidad con el artículo 4° del Reglamento, implica acompañar *"títulos de 10 años de la propiedad destinada a cementerio"*. Por lo mismo, toda persona que revise la inscripción de dominio del terreno en el cual funcione uno de estos establecimientos debiera encontrarse con que el único propietario del inmueble es la persona autorizada para funcionar como cementerio. Lo anterior, independientemente de cuántas sepulturas se encuentren vendidas u ocupadas al interior del señalado establecimiento.[33] El cementerio será siempre dueño de las tumbas construidas dentro de los límites del predio, de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 668 y 669 del Código Civil.[34]

[32] Sin el ánimo de explicar cuestiones que sean evidentes, es del caso recordar que un cadáver no es ni puede llegar a ser titular de ningún tipo de derechos. No obstante, realizamos la aclaración por cuanto existe una cierta inclinación a decir que toda persona tiene derecho a ser sepultada, olvidando que, desde el momento del fallecimiento se deja de ser sujeto de derechos (*"persona"*) y se pasa a ser objeto de los mismos (*"cadáver"* que bajo ningún respecto debe ser considerado como un centro de imputación normativa).

[33] Una opinión parcialmente concordante es la que sostiene Cid Clavero, cuando afirma que *"ninguna duda cabe sobre que, al menos desde el punto de vista del cementerio y de sus dueños [...] se ejerce sobre las tumbas, antes de que éstas sean puestas a disposición de los particulares, un derecho de propiedad"* (ob. cit. p. 97). A nuestro juicio, la propiedad de los cementerios respecto de las sepulturas no se ve afectada por el hecho de que particulares adquieran derechos sobre ellas, de manera análoga a cómo es que la propiedad de un inmueble no se ve afectada por el hecho de arrendárselo a un tercero.

[34] Rubio Chacón, probablemente en consideración a las referidas disposiciones, afirma que *"el titular*

(ii) Derechos personales respecto de las sepulturas

Ya señalamos en el numeral precedente que el cementerio es dueño exclusivo del suelo en el cual éste se encuentra emplazado. Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 16 del Reglamento *"los terrenos dedicados a cementerios deberán ser única, exclusiva e irrevocablemente destinados a este objeto"*, ello no implica que su derecho a desarrollar alguna actividad económica se vea menoscabado. Por el contrario, haciendo ejercicio de este derecho fundamental es que el cementerio, en virtud de la facultad de goce que emana de su dominio, contrata con particulares, quienes a su vez adquieren los llamados *derechos de sepultura.*

Los derechos de sepultura son, jurídicamente, derechos personales que nacen en virtud de un contrato innominado que es celebrado entre el primer adquirente de estos derechos (a quien el Reglamento denomina *"propietario fundador"*) y la administración del cementerio.

En virtud de los derechos de sepultura, el cementerio se encuentra obligado, básicamente, a lo siguiente: (i) poner a disposición del fundador de la tumba un determinado lugar en el cual puedan ser inhumados un cierto número de cadáveres (lugar que, de acuerdo al Reglamento, se denomina *sepultura*); (ii) inhumar los cadáveres que designe el fundador de la tumba, hasta completar la capacidad de la misma; (iii) mantener el entorno del lugar bajo determinadas condiciones de diseño, aseo y ornato (obligación que resulta especialmente relevante respecto de los *"cementerios parque"*); y (iv) prestar los demás servicios que, de acuerdo con la ley o el contrato le fueren exigibles.

Como contrapartida, el titular de estos derechos se encuentra obligado a: (i) pagar un cierto precio por sus derechos respecto del terreno; (ii) pagar las tarifas que, de acuerdo con los aranceles del cementerio, resultaren procedentes por los servicios que se presten; y (iii) a cubrir los gastos de mantención ordinarios que digan relación con la sepultura y con su entorno.[35]

De lo anteriormente expuesto, consideramos que el titular del derecho de sepultura tiene un *derecho a enterrar* [ciertos cadáveres en una determinada sepultura][36] y no un *derecho a ser enterrado* [en la sepultura objeto

de un inmueble destinado a cementerio adquiere por accesión la sepultura que adhiere al inmueble de su propiedad" (ob. cit., p. 107).

[35] Pensamos que la contribución a los gastos de mantención del "entorno" del cementerio es una obligación que, por regla general, se verifica respecto de contratos celebrados con aquellos cementerios que siguen el modelo de negocios de los *"cementerios parque"*.

[36] En este sentido, Cid Clavero señala categóricamente "el derecho en la tumba involucra la facultad de sepultar en ella" (ob. cit., p. 88).

del derecho].[37] La determinación del lugar en el cual descansarán los restos mortales de una determinada persona no se hace sobre la base del derecho de sepultura, sino que sobre la base de las reglas que explicaremos en el acápite siguiente, en las cuales se abordarán los problemas relativos a quiénes pueden decidir cuál será el destino final de un cadáver.

Por lo tanto, el derecho del fundador de una sepultura consiste, fundamentalmente, en decidir libremente respecto de quiénes, una vez fallecidos, podrán ser enterrados en la sepultura sobre la cual adquirió sus derechos. Sin embargo, ello no quiere decir que los cadáveres que él elija enterrar vayan a ser efectivamente inhumados dentro de esa sepultura, ya que dicha decisión debe ser tomada conjuntamente con aquellas personas que les corresponde decidir respecto del destino de un cadáver.

Hemos dicho que el fundador goza de **total libertad** para determinar qué personas han de ser inhumadas en la sepultura. Mal que mal, él es el titular (o propietario) exclusivo de los respectivos derechos, cuya naturaleza *patrimonial* nos permite ubicarlos dentro del campo del derecho privado. Por lo mismo, pensamos que las disposiciones del Reglamento que se refieren a los "derechos de sepultación" de terceras personas sólo han de aplicarse *en subsidio* de la voluntad del fundador de la tumba. Esta conclusión se desprende de la propia

---

Este "derecho a enterrar" (o, más precisamente, este derecho a decidir respecto de qué cadáveres pueden ser enterrados en una determinada sepultura), coincide, al menos conceptualmente, con el *ius mortuum inferendi* del Derecho Romano (cfr. Fernández de Velasco, ob. cit., p. 38).

[37] A nuestro modo de ver, este "derecho a ser enterrado" demuestra ser un concepto lógicamente improcedente por cuanto: 1°) sólo las personas pueden ser titulares de derechos; 2°) sólo procede la inhumación de cadáveres (que, por encontrarse muertos, han dejado de ser personas); 3°) para afirmar la existencia de un "derecho a ser inhumado" sería necesario (i) prolongar la personalidad más allá de la muerte; o (ii) permitir que los titulares de estos derechos puedan ser inhumados en vida (solución que, evidentemente, no puede ser aceptada).

Con respecto a la posibilidad de extender la personalidad más allá de la muerte, nos remitimos a lo expuesto por Corral Talciani en su libro *"Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas"*, pp. 134 a 138 inclusive, en que nos explica cómo *"la mayor parte de la doctrina parece uniformarse en el sentido de que no es necesario ni conveniente extender la personalidad más allá de su término natural mediante ficciones o personificaciones que resultan a todas luces artificiales. Se estima, por la inversa, que todos los casos en que el Derecho despliega su eficacia protectora con posterioridad a la muerte de un individuo humano, pueden ser suficientemente justificados sin recurrir a las construcciones mencionadas"* (p. 137).

De manera análoga, Mazeaud al tratar del ultraje a la memoria de los muertos, vehementemente nos explica *"una vez muerta, la persona desaparece jurídicamente; es incapaz de ser objeto de un perjuicio, porque ya no puede ser objeto de un perjuicio, porque ya no puede ser objeto de derechos o de obligaciones. El ultraje a la memoria de un muerto no afecta, pues, al mismo muerto; no surge ninguna acción de reparación a su favor; ni sus herederos, como tampoco, por lo demás, sus acreedores, pueden ejercitarla en nombre de aquél"*; y concluye señalando que *"el ultraje a la memoria del muerto puede inferirle, en efecto, un perjuicio a algunos vivientes, a los miembros de la familia del muerto que se encuentran salpicados por las supuestas ofensas contra su antepasado. Si los herederos no pueden demandar en su carácter de herederos, ¿por qué no podrían pedirle al difamador la reparación del perjuicio que sufran personalmente?"* (Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo II, volumen II, pp. 548 y 549).

definición de *sepulturas de familia*, en virtud de la remisión que se hace al artículo 55 del Reglamento. Este artículo –relativo a sepultación de un cadáver en un mausoleo de familia al cual los títulos no le dan derecho– requiere, en primer lugar, del permiso del propietario fundador y, **sólo a falta de éste**, recurre a la voluntad de terceras personas (las cuales, a su vez, requieren la aprobación de la Dirección o Administración del Cementerio –que no resulta necesaria si el autorizante es el propietario fundador–).[38] Si el fundador así lo quisiera, es perfectamente posible que la capacidad de una sepultura sea colmada mediante la inhumación de cadáveres que, en principio, no tenían "derecho" a ser sepultados en esa sepultura. Siguiendo con estas ideas, pensamos que el fundador no sólo es libre para autorizar entierros dentro de su sepultura, sino que también puede prohibir la inhumación de ciertos cadáveres en ella, incluso respecto de quiénes, en principio, tenían "derechos de sepultación". Estas son las facultades contenidas en el *derecho de sepultura*, que se pueden ejercer a través de actos *inter vivos* o *mortis causa*,[39] de conformidad con las reglas generales.

Terminamos nuestras reflexiones en torno a estos derechos señalando que, debido a la falta de normas que nos permitan sostener una tesis diferente, estimamos que estos créditos son transferibles, transmisibles y embargables, de conformidad con las reglas generales.

(iii) Derecho de origen legal para decidir el destino de un cadáver

Ninguno de los trabajos dedicados al estudio de estos temas identifica este importantísimo aspecto que, a nuestro juicio, resulta esencial para entender el régimen funerario existente en nuestro país. Después de todo, de nada sirve tener derechos de sepultura si no hay cadáveres que inhumar dentro de ella.

[38] A nuestro modo de ver, este "derecho a ser enterrado" demuestra ser un concepto lógicamente improcedente por cuanto: 1°) sólo las personas pueden ser titulares de derechos; 2°) sólo procede la inhumación de cadáveres (que, por encontrarse muertos, han dejado de ser personas); 3°) para afirmar la existencia de un "derecho a ser inhumado", sería necesario (i) prolongar la personalidad más allá de la muerte; o (ii) permitir que los titulares de estos derechos puedan ser inhumados en vida (solución que, evidentemente, no puede ser aceptada).
Si bien es cierto que la actual redacción del artículo 55 no deja claro si la aprobación de la dirección o administración del cementerio es siempre necesaria, las dudas se disipan revisando la redacción original de la norma, que disponía: "en los casos en que se solicite la sepultación de un cadáver en un mausoleo de familia al cual los títulos no le dan derecho, se requerirá el permiso de los propietarios fundadores y a falta de ellos, el de la mayoría de los parientes de grado más próximo con derecho a ser sepultados en él y de la Dirección o Administración del Cementerio".

[39] Una opinión divergente es esgrimida por Rubio Chacón, para quien "no procedería la sucesión testamentaria" respecto de esta clase de derechos, respecto de los cuales existiría un régimen sucesorio especial, en virtud del cual las personas señaladas en el Reglamento "vendrían a ser asignatarios forzosos de la sepultura, quienes al momento de la apertura de la sucesión adquieren el derecho real de sepultura" (cfr. Rubio Chacón, ob. cit., p. 145).

Nuestro ordenamiento jurídico regula la disposición de cadáveres a propósito de dos asuntos diferentes, que dicen relación con las normas aplicables al aprovechamiento de cadáveres con fines científicos o terapéuticos y con la regulación de sepulturas y cementerios.

Lamentablemente, los criterios usados por nuestro legislador no son siempre concordantes, por lo que un estudio caso a caso resulta necesario:

- ***Aprovechamiento de cadáveres con fines científicos o terapéuticos:***[40] las reglas se encuentran contenidas en el Libro IX del Código Sanitario, su reglamento (Decreto N° 240 de Salud del año 1983) y la Ley 19.451. En primer lugar, el artículo 146 del Código Sanitario señala que *"toda persona plenamente capaz podrá disponer de su cadáver, o de partes de él, con el objeto de que sea utilizado en fines de investigación científica, para la docencia universitaria, para la elaboración de productos terapéuticos o en la realización de injertos".*[41] A falta de una declaración en vida del difunto, le ley permite que la decisión sea tomada por el cónyuge sobreviviente y sus parientes, de conformidad con los artículos 148 del Código Sanitario, 10 de la Ley 19.451 y 11 del Decreto 240.[42] Finalmente, los artículos 147 del Código Sanitario y 16 del Decreto 240 le otorgan competencia a la autoridad sanitaria para decidir sobre estas materias.

- ***Sepulturas y cementerios:*** sobre el particular, podemos distinguir dos situaciones distintas: el derecho a decidir sobre el destino del cadáver y la *obligación* de darle sepultura.[43] Estimamos que la regulación legal de ambas figuras obedece a criterios diferentes: en el caso del derecho a decidir el destino del cadáver, la ley se vale de criterios de parentesco y familia, de modo que las personas más cercanas al difunto decidan qué hacer con sus restos; en el caso de la obligación de sepultar, si bien la ley tiene interés en que la decisión sea tomada por personas que en vida eran cercanas al difunto, lo principal pasa a ser la capacidad patrimonial del familiar que

[40] Un buen panorama de la regulación de estas materias puede encontrarse en Corral Talciani, Hernán, *Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas.*

[41] La misma regla se encuentra en el artículo 8° de la Ley 19.541 y en el artículo 1° del Decreto 240, aunque limitada sólo a cuestiones terapéuticas.

[42] A pesar de que las normas citadas sólo regulan la disposición del cadáver con fines terapéuticos, estimamos que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 147, los parientes también podrían destinarlos a cuestiones científicas y labores docentes.

[43] Para Rubio Chacón, pareciera ser que ambas figuras se superponen, pues afirma que "junto al **deber** general de sepultar a los muertos, [...] la ley reconoce a los parientes del difunto el **derecho** a disponer del cadáver para los fines que ella misma establece" (Rubio Chacón, ob. cit., p. 42).

decide,[44] pues se busca lograr que todo cadáver sea inhumado dentro de las 48 horas siguientes a su fallecimiento.[45]

En cuanto a las reglas particulares entregadas por el Reglamento, el principio básico se encuentra consagrado en el artículo 61, al decir que *"toda persona mayor de edad, cualquiera que fuere su estado civil, tiene derecho a disponer por anticipado acerca del lugar y forma en que habrá de procederse para la inhumación de sus restos, al producirse su fallecimiento, dentro de las normas legales y reglamentarias vigentes"*.[46] A falta de una declaración en vida por parte del difunto, el Reglamento señala quiénes, en subsidio, tienen algún poder de decisión sobre el cadáver, y lo hace a través de las normas relativas a cadáveres no reclamados,[47] reducciones,[48] cremaciones,[49] exhumaciones y transporte internacional de cadáveres.[50]

De lo dicho anteriormente, podemos establecer que, como regla, el destino de los cadáveres se determina según el orden de prelación siguiente: 1°) por la propia persona que, en vida y mediante una declaración solemne, decide cuál será el futuro de su cuerpo;[51] 2°) por el cónyuge sobreviviente, familiares y

[44] Es por ello que los artículos 140 del Código Sanitario y 53 del Reglamento disponen, de manera uniforme, que *"la obligación de dar sepultura a un cadáver recae sobre el cónyuge sobreviviente o sobre el pariente más próximo que esté en condiciones de sufragar los gastos"*. En todo caso, es necesario tener presente que el artículo 4° de la Ley 16.271 (*Ley de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*) enumera, dentro de las bajas generales de la herencia, *"los gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia y los de entierro del causante"*.
Respecto de los indigentes, el inciso segundo del artículo 53 del Reglamento previene que *"serán sepultados en el cementerio de la localidad en que haya ocurrido el deceso, gratuitamente a petición de la autoridad"*.

[45] Cfr. artículos 139 del Código Sanitario y 48 del Reglamento.

[46] El inciso segundo del precepto transcrito regula la forma mediante la cual se ha de ejercitar el derecho consagrado en dicha disposición: *"esta manifestación de última voluntad se hará en el registro que para este efecto se llevará en todos los cementerios, o mediante instrumento extendido ante notario. En este último caso, el interesado deberá entregar una copia del documento al Director o administrador del cementerio que corresponda, el que lo incorporará al archivo que para estos efectos se mantendrá en todo cementerio; otra copia deberá estar en poder de la persona encargada de cumplir la voluntad del fallecido"*. Por lo mismo, este tipo de declaraciones generalmente implicarán un mandato en los términos del artículo 2169 del Código Civil.

[47] La remisión debe entenderse a los artículos 38 y 74 del Reglamento.

[48] Artículos 56 y 57 del Reglamento.

[49] Artículos 73 y 74. Somos del parecer que la primera de las normas citadas establece el orden de prelación que debe seguirse, como regla general, en lo que a disposición de cuerpos se refiere respecto del lugar de su sepultura. Para ello nos fundamos, por un lado, en la minuciosidad de la norma y, además, en lo irreversible que es la cremación de un cadáver.

[50] Al respecto, el artículo 75 del Reglamento requiere que exhumaciones y traslados cuenten con la autorización de la autoridad sanitaria, a petición de los parientes del difunto o de terceros, según el orden señalado en el artículo 73.

[51] Artículos 146 del Código Sanitario, 8° de la Ley 19.451, 61 del Reglamento y 1° del Decreto 240.

demás personas que hayan tenido vínculos con el difunto mientras éste vivía;[52] y 3°) por la autoridad sanitaria.[53]

III. Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura

En esta parte de nuestra exposición pasaremos revista a la escasa doctrina que se ha enfrentado al problema de la naturaleza jurídica de los derechos respecto de sepulturas y que, casi unánimemente, concluye que los citados derechos son derechos reales, para luego exponer nuestras críticas respecto de las teorías realistas y, finalmente, arribar a la solución que a nuestro juicio es la correcta: los derechos que un particular adquiere respecto de una sepultura son derechos personales.

Responder la pregunta relativa a la naturaleza jurídica de los derechos que se tienen sobre una sepultura no ha sido una tarea sencilla. No obstante la gran relevancia que el asunto tiene en la práctica, éste es preterido por casi toda la doctrina nacional. Siempre en un plano doctrinario –aunque esta vez incluyendo autores extranjeros– existe la dificultad adicional de la falta de posiciones unitarias: es posible encontrar tantas opiniones como personas han escrito sobre el tema. Por lo mismo, no sorprende que se llegue a sostener que *"no existe respecto a la naturaleza del derecho de sepultura, doctrina alguna absolutamente verdadera. Es esta materia una de las más contradictorias e incongruentes del derecho y resulta completamente imposible ajustarla extrictamente [sic] a alguna concepción clásica. Tiene sus características propias, especialísimas que fatalmente van a restar o agregar algo, introduciendo modificaciones características a cualquiera institución a que se pretenda asimilarla"*.[54] Todo lo anterior se ve potenciado por un Reglamento que, además de antiguo, es poco preciso en el uso del lenguaje y no resulta fácilmente aplicable a los "cementerios parque", no obstante la importante posición que actualmente ocupan en el comercio de sepulcros.

Lejos de desmotivarnos, la escasez de respuestas ha sido nuestro mayor aliciente para desarrollar el presente trabajo, con el cual esperamos contribuir

[52] Artículos 147 (inciso segundo) y 148 del Código Sanitario, 10 de la Ley 19.451, 56, 73 y 75 del Reglamento y 11 del Decreto 240.

[53] Artículos 147 del Código Sanitario, 38 y 74 del Reglamento y 16 del Decreto 240.

[54] Morales Álvarez, Marta, *"Sepulcros y cementerios"*, p. 42. Desde un punto de vista de la ciencia del Derecho, no podemos sino criticar su afirmación, pues además de pesimista implicaría un verdadero estancamiento en el desarrollo de toda dogmática jurídica.

a un debate que, dada la enorme importancia práctica y delicadeza de estas cuestiones, necesita de mayor claridad y precisión conceptual.

(a) Sobre las distintas respuestas posibles al problema propuesto y nuestra manera de abordarlo

Según fue señalado anteriormente, la variedad de teorías con las cuales se ha intentado explicar la naturaleza jurídica de los derechos en estudio es impresionante. Sin el ánimo de entrar en los detalles de cada una de ellas, se han propuesto, entre otras, las siguientes:[55] doctrina de los derechos reales, doctrina de los derechos personales, doctrina del doble derecho real y personal, doctrina del sepulcro fundación, doctrina del derecho real administrativo.

Por cuanto nuestra tesis se construye partiendo de la base que estamos frente a *derechos civiles patrimoniales*,[56] prescindiremos de las teorías que consideran que los cementerios forman parte del dominio público y que abordan el problema desde la óptica del Derecho Administrativo; así como también dejaremos de lado las doctrinas que, en atención al carácter sagrado o religioso que atribuyen a las sepulturas, las consideran fuera del comercio,[57] sometiéndolas a una serie de reglas especiales.

Este enfoque privatista reconduce nuestro análisis a resolver la siguiente cuestión fundamental: los derechos de sepultura ¿son derechos reales o derechos personales?[58]

Conscientes de las numerosas diferencias entre una y otra clase de derechos,[59] pensamos que –al menos para estos efectos– el criterio decisivo que permite encasillar a un derecho dentro de una de las dos categorías, es la forma en

[55] Cfr. Morales Álvarez, ob. cit., pp. 39 a 48, y Rubio Chacón, ob. cit., pp. 118 a 126.

[56] Respecto a cuál es el contenido y ubicación sistemática de tales derechos, nos remitimos a las explicaciones de Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, pp. 83, 84, 325 y 333.

[57] En nuestro medio, esta fue la tesis defendida por Fabres, en su obra *Los cementerios católicos* (cfr. Fabres, José Clemente, *Obras Completas*, tomo IV).
Una visión interesante es la de Biondi, que en ciertos casos sostiene la incomerciabilidad del lugar de la inhumación, pero admite el comercio del *"derecho de sepulcro"* (cfr. Biondi, Biondo, *Los Bienes*, p. 271).

[58] La pregunta formulada equivale a determinar si estos derechos se ejercen sobre una cosa (la sepultura) sin respecto a determinada persona o si son derechos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas (los cementerios), que, por un hecho suyo o la sola voluntad de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (cfr. artículos 577 y 578 del Código Civil).

[59] Cfr., entre otros, Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *Tratado de los Derechos Reales*, tomo I, pp. 15 a 19; Vial del Río, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, pp. 19 a 22; Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo VI, pp. 27 a 30.

que dicha relación jurídica se presenta respecto de terceros. Poco importan las facultades materiales que pueda ejercer el titular de los derechos respecto de la cosa objeto de los mismos, ya que es perfectamente posible que el titular de un derecho real tenga, en los hechos, las mismas facultades que el titular de un derecho personal.[60] Recalcamos este punto, pues nos parece que, respecto de las sepulturas, hay una excesiva tendencia a preocuparse por la relación existente entre la persona y la cosa,[61] sin revisar, paralelamente, cómo es que dicha relación se presenta frente a otros individuos.

En los párrafos siguientes examinaremos los fundamentos y las posibles consecuencias de seguir una u otra teoría, tomando en cuenta nuestra realidad legislativa y las opiniones que los autores nacionales consultados expresan sobre la materia.[62]

[60] Un caso en que resulta imposible diferenciar materialmente ambas clases de derechos puede darse al comparar la situación de un arrendatario con la de un usufructuario, ya que ambos poseen idénticas facultades con respecto de la cosa (arrendada o entregada en usufructo). Las diferencias aparecerán cuando hagan valer sus derechos frente a terceros. En estos casos, el uno y el otro gozarán de diferentes formas de protección jurídica, cuyas ventajas e inconvenientes deberán estudiarse respecto de cada caso particular.

[61] En general, existe una natural tendencia en dar la mayor eficacia y protección jurídica a los derechos de sepultura (lo cual, supuestamente, se consigue si existen derechos reales respecto de ellas), en atención a los delicados intereses involucrados en este tipo de materias. El predominio de las doctrinas realistas obedece, a nuestro modo de ver, a la forma según la cual, en la práctica, suelen resolverse los problemas jurídicos que no son de fácil solución: en primer lugar, el intérprete determina, de acuerdo a su prudencia, cuál es la solución justa para el problema al cual se enfrenta; y luego, en segundo lugar, tratará de construir una buena argumentación jurídica para la solución encontrada. El juez decide primero si condena o absuelve y después fundamenta el porqué de su decisión.
Por ello, no nos extraña que la tendencia natural de nuestra doctrina sea la adopción de la tesis de los derechos reales. De hecho, ese fue, precisamente, nuestro primer impulso frente al complicado problema de los derechos de sepultura. Y es que tratándose de asuntos vinculados con una cuestión tan sensible para el hombre como lo son los derechos que se adquieren respecto de una tumba, instintivamente existe la tendencia a buscar refugio en el derecho de propiedad (de forma análoga a cómo es que existe un impulso a sostener que "toda persona tiene derecho a ser sepultada", no obstante que sólo es posible inhumar cadáveres –los cuales, a su vez, son incapaces de tener derechos y obligaciones–). Por lo mismo, no nos sorprende que Morales Álvarez sea partidaria de la propiedad, por cuanto esta solución *"está más acorde con lo que **sentimos**"* (ob. cit., p. 48), ni que Rubio Chacón sostenga que existe un *"derecho natural a ser sepultado"* (ob. cit., pp. 49 y siguientes). Sin embargo, estos "primeros impulsos" con los que comienza un razonamiento jurídico no pueden terminar en soluciones que, dogmáticamente, sean incorrectas. En estos casos, las referidas soluciones deberán adaptarse a la realidad normativa correspondiente, de manera de entregar una explicación coherente.

[62] Preferimos omitir las referencias a opiniones de autores extranjeros, por cuanto la mayoría de las veces la información no fue revisada desde su fuente directa, sino que de citas a sus obras. Además, tomando en cuenta que la regulación de las sepulturas es eminentemente sectorial, reglamentaria y no codificada, no parece aconsejable guiarse por criterios que, probablemente, se fundan en realidades normativas diferentes.

(b) Teorías que postulan la existencia de un derecho real. Exposición y críticas.

b.1) Exposición

El panorama general es el siguiente: *"en Chile, la mayoría de los autores piensan que se trata de un derecho real, aunque se discute qué clase de derecho es".*[63] Creemos que, en estas circunstancias, lo mejor es revisar, a grandes rasgos, las conclusiones alcanzadas por quienes afirman que existen derechos reales respecto de las sepulturas:

(i) Para **Manuel Somarriva Undurraga**, la naturaleza del derecho que se tiene sobre una tumba o mausoleo es *"una de las cuestiones más difíciles de precisar".*[64] Y a pesar de que el referido autor confiesa que no es su ánimo entrar en un estudio detallado del asunto, señala que *"aunque nos deje poco satisfechos, sólo podemos afirmar que el derecho de las tumbas es de naturaleza especialísima, difícil de precisar en sus contornos jurídicos [...]. Esta propiedad escapa a la reglamentación de la propiedad inmueble ordinaria: su transferencia, cuando ella es posible, no se sujeta a inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces; no obstante tratarse de inmuebles, no son susceptibles de hipotecarse: mientras un cadáver se encuentre inhumado en la sepultura, está fuera del comercio jurídico, es un bien incomerciable: de ahí que no pueda enajenarse, sea inembargable y jamás se incluya en el inventario de los bienes dejados por el causante fundador de la sepultura".*[65]

"Para determinar los derechos que se tienen en la sepultura habría que distinguir entre el propietario o fundador y las personas que tienen derechos a ser sepultadas en ella. Para el fundador, hay una especie de propiedad",[66] mientras que *"para las otras personas, distintas del fundador, que tienen facultad para ser enterradas en la sepultura, su derecho es de distinta naturaleza; aquí no hay atisbo ni asomo de propiedad. Es un mero derecho intransferible, que está fuera del comercio"* al cual el autor denomina *"derecho de uso"*, por llamarlo de alguna manera.[67]

---

[63] Rubio Chacón, ob. cit., p. 126.
[64] Somarriva Undurraga, *Indivisión y Partición*, p. 106.
[65] Somarriva, ob. cit., pp. 106 y 107.
[66] En virtud de este *"dominio especialísimo" que tiene el fundador, "le asiste la facultad de indicar las personas que pueden ser sepultadas en la tumba"* y *"además el fundador puede enajenar la sepultura"*, siempre que se reúnan los requisitos reglamentarios señalados al efecto (cfr. Somarriva, ob. cit., p. 107).
[67] Cfr. Somarriva, ob. cit., p. 108.

(ii) En el que sería uno de los primeros trabajos destinados a analizar, específicamente, el régimen jurídico aplicable a sepulturas, **Marta Morales Álvarez** afirma que *"la situación del titular de un derecho de sepulcro es especialísima y no puede encasillarse estrictamente en ninguno de los moldes jurídicos clásicos [...]. Es nuestra modesta opinión que [...] la doctrina que resiste mejor las críticas, que se asemeja más a la realidad de nuestra legislación, [...] que nos obliga menos que otras a hacer complicadas acrobacias jurídicas y que finalmente estás más acorde con lo que sentimos, es la de los derechos reales y, dentro de ella, la del derecho de propiedad"*,[68] para luego agregar que "en ningún momento hemos afirmado que sea la misma propiedad común, absoluta, estudiada hasta el detalle en las asignaturas de Derecho. Por el contrario, hemos dicho que es especialísima y que se encuentra sometida, en razón de su destino inamovible, a numerosas restricciones y limitaciones impuestas por la autoridad administrativa".[69]

Morales Álvarez identifica un régimen dual de derechos: las sepulturas se encontrarían dentro del *"dominio privado del Estado"*, estando específicamente destinadas a ser entregadas a los particulares, quienes tendrían una suerte de concesión y derecho de dominio respecto de ellas. Los derechos sobre sepulturas serían derechos patrimoniales, puesto que están en el comercio, son enajenables, prescriptibles aunque inembargables (por razones de bien público). El particular adquiere un derecho que puede considerarse una *"propiedad desmembrada, un dominio imperfecto o un 'uso y goce limitados con afectación determinada y normativa'"*.[70]

Haciéndose cargo de eventuales objeciones, señala que *"no es obstáculo para estimar que se tiene propiedad el que falten uno o más de estos requisitos clásicos [uso, goce y disposición] o que se encuentren notablemente vulnerados [...] es el caso típico de las concesiones en las tumbas"* donde *"no cabe duda alguna que no se tiene un dominio perfecto"*. Analizando los atributos de este "dominio", expone: *"el* ius utendi *está condicionado al destino natural del bien o mejor dicho del conjunto, de la universalidad que es el cementerio, guardando en este punto una cierta semejanza con el derecho de propiedad horizontal [...] el* ius fruendi *no existe, porque aunque no lo prohiban [sic] abiertamente las leyes positivas, la conciencia pública y privada rechaza en esta materia toda idea de lucro y no sería aceptable que un particular adquiriera o construyera mausoleos y parcelas funerarias con el objeto de arrendarlas o de*

[68] Cfr. Morales Álvarez, ob. cit., p. 48.

[69] Morales Álvarez, ob. cit., p. 70. Previamente, la misma autora señala que *"en consecuencia y después de este examen breve a las teorías sobre una sepultura, estimamos que el título acuerda al beneficiario un derecho real y de ellos el más absoluto de todos, un derecho de propiedad, especial, condicionada, mutilada en cierto modo, pero no por eso menos propiedad"* (p. 50).

[70] Cfr. Morales Álvarez, ob. cit., p. 80.

especular con ellas [...] el ius abutendi, *finalmente, existe, pero limitado en su extensión. Sólo se admite un comercio jurídico muy restringido".*[71]

(iii) **Leonor Cid Clavero** piensa que "este derecho [...] es un derecho real que recae sobre una cosa corporal inmueble. Pero sólo en algunos casos, atendidas las expresiones que el legislador ha empleado al respecto, podemos afirmar que se trata del derecho real de dominio o propiedad, con sus especialísimas características y limitaciones, ejercido sobre los sepulcros, mas no así en otros casos en que el derecho referido encuadra más bien con la noción del derecho de uso, así llamado en la legislación común".[72] Por lo tanto, nuevamente estaríamos frente a un régimen dual, aunque esta vez respecto de los distintos derechos que pueden tenerse sobre una sepultura.

Profundizando en sus ideas, tenemos que "legalmente, en nuestro país, el derecho que se ejerce sobre las tumbas de familia y sobre los nichos perpetuos y de largo plazo es un derecho de propiedad. Así lo denomina el Reglamento";[73] "pero obviamente no puede sustentarse el mismo criterio en lo que respecta a las sepulturas que en nuestra legislación reciben los nombres específicos de 'nichos temporales de corto plazo' (art. 33 del Reglamento), y los denominados 'mausoleos de sociedades, corporaciones o comunidades' (art. 31) y la 'fosa común' (art. 37)", pues "pareciera ser que en estos tres casos el derecho que se ejerce sobre las sepulturas no es un derecho real de dominio", sino que "este derecho para inhumar en ella[s] se asemeja más al uso".[74]

---

[71] Cfr. Morales Álvarez, ob. cit., p. 53.

[72] Cid Clavero, ob. cit., pp. 140 y 141. En una primera aproximación al tema, se señala que *"podemos llegar a la conclusión de que el derecho o los derechos que se ejercen sobre una sepultura, en cuanto a su destino específico de ocuparla para inhumar en ella un cadáver humano (uno o más), es un derecho real, tal como lo caracteriza en su definición genérica el Código Civil" (p. 84). "Desde luego el titular de ese derecho posee una facultad o arbitrio que ejerce directamente sobre esta cosa corporal inmueble, determinada, que se llama sepultura [...]. El titular o sujeto de ese derecho tiene un poder definido, delimitable y claro sobre el objeto, aun cuando en el hecho y el derecho sus arbitrios no sean absolutos. Pero los ejerce –como expresa el Código Civil en el art. 577– 'sin respecto a determinada persona'"* (p. 84). Posteriormente, en la conclusión de su trabajo, reafirmará sus ideas, en el sentido que *"los derechos que los titulares ejercen sobre una sepultura son derechos reales. En algunos casos, conforme a nuestra legislación, se denomina de propiedad, sujeta a reglas especiales; en otros casos pueden asimilarse al uso. Pero de todas maneras ambos son de limitada duración"* (p. 228).

[73] Cid Clavero, ob. cit., p. 98.

[74] Cfr. Cid Clavero, ob. cit., pp. 100 y 101. Al entrar en detalles dice que *"[en la fosa común, el cementerio] no se desprende de su dominio sobre esa tumba para transferirlo a la autoridad con el objeto de que ésta haga sepultar al indigente, sino que cede el derecho a ocuparla en forma promiscua, conservándola para los otros usos a que está destinada conforme a los arts. 37 y 38. De manera que este derecho para inhumar en ella se asemeja más al uso [...] lo mismo parece que debe entenderse en los casos de las tumbas de personas ficticias y en el caso de los nichos temporales"* (p. 101).

Respecto del derecho de dominio, señala que "al fundarse o adquirirse una sepultura de familia y aun en caso de adquirirse un nicho individual, se forma una especie de comunidad sobre la tumba, que se rige por las reglas particulares establecidas por el Reglamento General de Cementerios. En esta comunidad, por así llamarla,[75] mientras viva el fundador o adquirente de la sepultura, será éste el administrador con plenitud de facultades sobre la cosa, salvas las limitaciones legales correspondientes, pero con respecto de las demás personas cuyos cadáveres recibirán sepultura en ella eventualmente el derecho del fundador tiene preeminencia por cuanto es el que decide, determina, delimita, pudiendo incluso llegar a la transferencia del sepulcro en ciertos casos".[76] Al tratar sus características, indica que "el dominio sobre tumbas es limitado, es temporal, es personalísimo, no es exclusivo sino comunitario, es inviolable, es imprescriptible", para terminar diciendo que "es posible que esencialmente y conforme a los principios jurídicos ortodoxos haya motivos para impugnar esta denominación, argumentando que esta propiedad especial, o sui géneris, como suele decirse, se diferencia del derecho real de dominio que las leyes, los autores y los tratadistas del derecho común han precisado como tal".[77]

(iv) Por último, para **Sergio Rubio Chacón** "*la propiedad funeraria*[78] *se compone de dos derechos reales que se ejercen sobre un mismo inmueble, pero que son de distinta entidad y corresponden a titulares distintos: la propiedad del cementerio y los derechos reales que se adquieren sobre sepulturas ubicadas en él. Ambos derechos están limitados por el gravamen real que afecta al terreno destinado a cementerio. Al parecer, el dueño de un inmueble destinado a cementerio constituye una 'especie de servidumbre' sobre el terreno ocupado por una sepultura, se desprende de las facultades de usar y disponer de los espacios destinados a la inhumación de cadáveres, pero se reserva el dominio del suelo. Por su parte, los titulares de sepulturas adquieren un derecho real limitado sobre el espacio material o construcción que se utiliza para el depósito de los cadáveres o restos humanos. Las sepulturas que acceden a un inmueble destinado a cementerio adquieren con él la destinación al mismo objeto*".[79] Y

[75] Con posterioridad, la autora perderá la timidez en utilizar dicha palabra, ya que *"de lo dispuesto en los arts. 30-31-32-40 y 41 del Reglamento precitado se desprende que, especialmente respecto de las llamadas sepulturas de familia, al fundarlas se gesta a su respecto una especie de* ***comunidad legal****, en que los titulares de derechos sobre la sepultura son el fundador propietario y varias otras personas, generalmente ligadas por lazos de familia con éste"* (Cid Clavero, ob. cit., p. 91).

[76] Cid Clavero, ob. cit., p. 90.

[77] Cid Clavero, ob. cit., p. 98.

[78] Previamente, el mismo autor delimita este concepto al decir que *"llamaremos propiedad funeraria al dominio que se ejerce sobre un inmueble destinado a cementerio y al derecho real que se ejerce sobre las sepulturas ubicadas en él"* (Rubio Chacón, ob. cit., p. 76).

[79] Rubio Chacón, ob. cit., p. 76.

agrega que *"pensamos que el derecho que existe sobre las sepulturas es un derecho real limitado que se ejerce sobre sepulturas ubicadas en terrenos de propiedad de un cementerio y que confiere a su titular la facultad de usar la sepultura sólo para la inhumación de cadáveres o restos humanos".*[80]

Respecto de sus características, dirá que es un derecho real en cosa ajena;[81] limitado a un uso específico –inhumar cadáveres–; sujeto a modalidad –plazo o condición–; inmueble; innominado o especialísimo –pues no esta regulado ni descrito en la ley–.[82]

Como es de esperarse, las teorías realistas no se construyen en el aire, sino que cuentan con buenos argumentos de texto, por cuanto el Reglamento contiene múltiples referencias a un "dominio" o "propiedad" que habría respecto de las sepulturas. Sin perjuicio de remitirnos al Reglamento para la revisión de las disposiciones respectivas,[83] transcribimos algunas en que las referencias nos parecen de mayor claridad:

- Artículo 39: *"En caso de desocupación de un nicho perpetuo o temporal de largo plazo por haber sido trasladados los restos existentes en él, el* ***dominio*** *volverá al cementerio, pero el* ***propietario*** *tendrá derecho a que el establecimiento le reembolse [...]".*

- Artículo 46: *"En todo cementerio deberán llevarse, a lo menos, los libros y registros siguientes: 9. Registro de* ***propiedad*** *de mausoleos, nichos y sepulturas de tierra, perpetuos; 10. Archivo de títulos de* ***dominio*** *de sepulturas de familia;".*

Finalmente, queremos destacar que, en la práctica, el tratamiento de las sepulturas se asemeja bastante –al menos formalmente– al que recibe ordinariamente la propiedad inmobiliaria. Tanto en su redacción como en su estructura, los "contratos de sepultura" son muy parecidos a las compraventas de bienes raíces. Además, no pueden dejar de compararse las inscripciones en los registros de cada cementerio con aquéllas que deben realizarse en los Registros de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

[80] Rubio Chacón, ob. cit., p. 127.
[81] Señalando que "en cierto modo, el derecho real de sepultura se parece a la servidumbre legal de tránsito" (Rubio Chacón, ob. cit., p. 128).
[82] Cfr. Rubio Chacón, ob. cit., pp. 127 a 129.
[83] Los referidos términos son usados, respecto de sepulturas, en los artículos 30, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 55 y 60 del Reglamento

b.2) Críticas

Sin perjuicio de los argumentos recién entregados, pensamos que los reparos a las doctrinas realistas son más que suficientes para desecharlas como una solución jurídicamente aceptable.

En primer lugar, dando por sentado que las sepulturas son, jurídicamente, cosas corporales inmuebles, la tesis de los derechos reales es absolutamente contraria a varios de los principios que nuestra legislación establece respecto de esta clase de bienes. Los artículos 686, 687, 696, 698, 724, 728, 767, 812, 924, 1801 y 2409, junto con el Mensaje del Código Civil y el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, consagran varios de los principios básicos aplicables al derecho inmobiliario, en virtud de los cuales la venta y la tradición de derechos reales constituidos sobre inmuebles deben hacerse mediante escritura pública e inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo; de manera tal que no puede haber venta, tradición ni posesión de derechos inmuebles a menos que se cumpla con las formalidades recién señaladas.[84] En este sentido, el Mensaje del Código Civil señala que *"en cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo es hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de* ***todo derecho real*** *en ellos"*.[85] En lo que sería una excepción de proporciones a los citados principios, los derechos de sepultura pueden constituirse sin ningún tipo de formalidades.[86] Por otra parte, si existiera una propiedad sobre las sepulturas, no hay razones por las cuales no se pudiera hipotecar[87] esta clase de bienes, cuestión que es rechazada por todos los autores que se plantean dicha posibilidad. Finalmente, en los casos de los cementerios municipales, la venta y posterior tradición de una sepultura

[84] De hecho, uno de los grandes argumentos de texto que utilizan las personas que estiman que la inexistencia es compatible con las disposiciones de nuestro Código Civil es, precisamente, el tenor literal del inciso segundo del artículo 1801 de este código, que señala *"la venta de los bienes raíces, servidumbres y censos [...] no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado por escritura pública"*.

[85] El citado párrafo termina de la siguiente manera *"exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia"*. En razón de ello, es que el artículo 698 del Código Civil, prescribe que *"la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato"*. Si bien es cierto que la norma transcrita no exige que la tradición de estos derechos se haga a través de la inscripción en el Registro Conservatorio, no es menos cierto que dichos actos jurídicos son de naturaleza solemne.

[86] Tal como ocurre en la mayoría de los actos que no son solemnes, la práctica usual es que tales convenciones sean celebradas mediante instrumentos privados.

[87] En cambio, al menos en lo que a nosotros respecta, no rechazamos la posibilidad de que un particular pueda celebrar una prenda especial que tenga por objeto los derechos que se tienen respecto de una sepultura.

sería una privatización de bienes del Estado, sin que en la práctica se observen las múltiples formalidades de deben seguirse en esta clase de actos.

En segundo lugar, pensamos que los supuestos derechos reales que se ejercerían respecto de una sepultura no son compatibles con ninguno de los derechos reales tratados en nuestro Código Civil. De acuerdo con las doctrinas expuestas, los dos derechos reales más aceptados respecto de las sepulturas serían el derecho real de dominio junto con el derecho de uso.[88] Un breve análisis de cada uno de estos derechos nos llevará a concluir cómo es que ninguno de ellos puede estar presente respecto de una sepultura:

- **Derecho real de dominio.** Nuestra doctrina ha dicho que *"el primero y más completo de todos los derechos reales es el de dominio, que constituye el derecho real por excelencia [...]. Los demás derechos reales constituyen verdaderos desmembramientos del dominio a favor de otra persona que el dueño, o limitan la facultad de disposición del propietario. La propiedad plena y perfecta puede decirse que encierra en sí todos los derechos reales posibles de que la cosa es susceptible"*.[89] Pues bien, todos los partidarios de las teorías realistas que sostienen que sobre las sepulturas hay un derecho de dominio señalan, asimismo, que se trata de un dominio *especial* y *limitado*, atendidas las particularidades de los bienes sobre los cuales recae.

  Estas afirmaciones debieran, por sí mismas, despertar dudas respecto a si una propiedad sujeta a un régimen tan especial y limitado, merece ser llamada "propiedad". De hecho, la existencia de tantas limitantes nos llevará a descartar, a final de cuentas, la tesis de este derecho real.

  Las doctrinas realistas suelen sostener que, de las facultades inherentes al dominio, sólo están presentes el *uso* –el cual, a su vez, se encuentra limitado a la finalidad propia de toda sepultura: inhumar cadáveres– y la *disposición* –igualmente, con bastantes restricciones–; mientras que la facultad de goce es uniformemente rechazada, por cuanto *"contraría la noción actual de bue-*

[88] Respecto de la tesis de Rubio Chacón, en virtud de la cual los derechos de sepultura serían una especie de servidumbre, ella nos parece inadmisible, por cuanto una servidumbre es, según la define el artículo 820 del Código Civil, "un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro". En una sepultura falta el requisito esencial y básico de la existencia de dos inmuebles distintos (predio sirviente y predio dominante). En ellas no existe una relación entre predios, sino que una relación entre personas, que contraen los derechos y obligaciones respectivos.
Respecto de la posibilidad de un usufructo, tenemos que este derecho es, asimismo, improcedente, por cuanto: (i) un elemento esencial del usufructo es la existencia de un plazo, inexistente respecto de las sepulturas de duración indefinida (o "perpetuas", si seguimos la terminología del Reglamento); y (ii) de acuerdo con los artículos 773 y 806, este derecho es instransmisible (cuestión que no ocurre con el derecho de sepultura).

[89] Claro Solar, ob. cit., tomo VI, pp. 30 y 31.

nas costumbres y del catálogo moral superir [sic] siquiera la idea de 'provecho' o 'aprovechamiento'".[90]

Respecto del uso de la cosa, éste no sólo se encuentra limitado a una acción exclusiva (la inhumación de cadáveres), sino que, además, dichas facultades no pueden ser ejercidas directamente por el titular de los derechos, ya que de conformidad con el artículo 54 del Reglamento, *"la inhumación, exhumación, traslado interno, reducción e incineración de cadáveres y de restos humanos,* ***sólo podrá efectuarse por funcionarios de los cementerios****".* Se trata, en resumidas cuentas, de un derecho real, de contenido limitado, que ni siquiera permite a su "dueño" usar directamente de la cosa que es objeto del derecho.[91]

La facultad de *disposición*, según dijimos, se encuentra igualmente limitada. En sus aspectos *materiales* (referidos a la destrucción o transformación física de la cosa), pensamos que es una facultad que no puede ser ejercida por el titular de los derechos de sepultura; mientras que en sus aspectos *jurídicos* (referidos a la enajenación de la cosa), aunque procede, su ejercicio está sujeto a la autorización previa de la administración del cementerio.[92]

De lo anteriormente expuesto, vemos cómo esta supuesta "propiedad" no alcanza siquiera a ser un pálido reflejo de aquel *"derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno"*, que define el artículo 582 de nuestro Código Civil. Reafirmando estas conclusiones, la Contraloría General de la República ha señalado que el Reglamento de Cementerios *"si bien en varias de sus normas emplea expresiones tales como 'título respectivo', 'registro de propiedad', 'dominio' y otras de análogo sentido, lo cierto es que del análisis integral de sus disposiciones se infiere que en él se regula, con características propias, el otorgamiento del título que se refiere a un derecho especial que recae sobre los terrenos destinados a la sepultación, el cual es distinto del derecho de propiedad definido en el artículo 582 del Código Civil, toda vez que no presenta la totalidad de los atributos de este derecho real".*[93]

[90] Cid Clavero, ob. cit., p. 126. En lo que a nosotros respecta, no vemos problema alguno en que una persona pueda obtener rentas periódicas respecto de una sepultura (que es, por lo demás, aquello a lo cual se dedican los cementerios comerciales).

[91] Una revisión del reglamento interno de cualquier cementerio es otro excelente medio para ver la enorme falacia implícita en *usar* las tumbas, como si se fuera *dueño* de ellas. Las restricciones que al efecto se establecen son considerables, particularmente en los *"cementerios parque"*, en los cuales no puede realizarse acción alguna que altere el entorno ni la tranquilidad del lugar. Si los particulares fueran realmente dueños del suelo en el cual se emplazan las sepulturas, no debiera haber ningún obstáculo para construir y decorar las sepulturas a su antojo.

[92] Cfr. el artículo 42 del Reglamento.

[93] Dictamen número 17396 pronunciado por la Contraloría General de la República con fecha 12 de mayo de 1999.

- **Derecho de uso.** Pensamos que un sector importante de la doctrina recurre a esta figura especialísima más bien por descarte que por convicción, pues es el único derecho real distinto del dominio que, potencialmente, puede soportar el contenido de los derechos de sepultura. Lo anterior, fundamentalmente, por la amplitud con la cual es posible entender la facultad de usar una cosa, pues ésta *"se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata"*.[94] Vale decir, el *uso* pasa a ser un término residual, que consiste en toda forma de aprovechamiento de una cosa distinta del goce o la disposición. Así, toda facultad jurídica respecto de una cosa es susceptible de ser encasillada como uso, con la sola exclusión de la obtención de los frutos de la cosa (*goce*) o la disposición material o jurídica de ella (*disposición*).

  Sin embargo, la regulación especial de este derecho nos parece incompatible con los derechos que pueden ejercerse respecto de una sepultura. En primer lugar, por cuanto el uso *"es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa"*, en circunstancias que, según ya vimos, el uso de una sepultura se encuentra bastante más circunscrito, sin que existan productos que de ella se puedan obtener. Además, por cuanto este derecho se constituye y se pierde de la misma manera que el usufructo, se requiere de un instrumento público inscrito en los casos en que el derecho haya de recaer sobre inmuebles, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 767 y 812 del Código Civil. Finalmente, de conformidad con el artículo 819 del mismo código, *"los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse"*, cuestión que, al menos en lo que a las transferencias se refiere, resulta contradictorio con aquellas normas del Reglamento que expresamente permiten y regulan la enajenación de los derechos de sepultura. Respecto de la transmisión de estos derechos, pensamos que, al menos desde una perspectiva lógica, es necesario que estos derechos se transmitan, por cuanto una solución distinta implicará la extinción de estos derechos junto con la muerte del propietario fundador, con lo cual no podrían explicarse (i) las inhumaciones sucesivas que se hicieran; ni (ii) la mantención de los cadáveres ya inhumados dentro de la sepultura (respecto de la cual ya no existiría derecho alguno).

  Por lo tanto, una vez más, la realidad normativa se impone, obligándonos a descartar la existencia de un derecho de esta especie con respecto de las sepulturas.

[94] Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *Tratado de los Derechos Reales*, tomo I, p. 52.

Así las cosas, pareciera ser que la única posibilidad para seguir sosteniendo una teoría realista sería a través de la creación de un derecho real *sui generis*, como más de alguna vez se ha sugerido. Sin embargo, y sin perjuicio de manifestarnos contrarios a la idea general de este tipo de figuras,[95] pensamos que hay argumentos de forma y de fondo que hacen insostenible aun esta clase de doctrinas:

Desde un punto de vista **formal**, sabido es que *"en nuestro país, los particulares no pueden crear derechos reales; sólo existen los establecidos en un texto expreso de la ley"*.[96] *"El número de derechos reales es limitado. No hay otros derechos reales que los que la ley determina"*.[97] Pues bien, no hay ley alguna que cree y reglamente el contenido de los derechos de sepultura, cuyo origen es de naturaleza reglamentaria.[98]

Desde un punto de vista **sustantivo**, pensamos que algunas normas del Reglamento son contrarias a la idea de un derecho real respecto de la sepultura. En particular, nos referimos a los artículos 40, 42 y 43 del Reglamento, que revisaremos a continuación:

- Comenzamos con el artículo 42, ya que, a nuestro juicio, es la norma de mayor importancia para echar por tierra cualquier tipo de doctrina realista, independientemente del nombre que ésta reciba. Esta disposición, que regula los requisitos para transferir una sepultura, exige que toda transferencia sea autorizada por el Director del cementerio. La pregunta es, entonces, la

[95] Pensamos que, detrás de toda explicación *sui generis* va implícito un cierto fracaso del jurista en encontrar los rasgos principales de la institución de su estudio. Además, el uso de estas expresiones implica, de cierta forma, dejar a un lado las construcciones y conceptos que se han ido construyendo durante el transcurso del tiempo a lo largo de la historia del Derecho, cuestión que, mientras nos resulte posible, trataremos de evitar.

[96] Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, p. 56.

[97] Rozas Vial, Fernando, *Los Bienes*, p. 19.

[98] Rubio Chacón intenta salvar esta crítica argumentando que el Reglamento sería, jurídicamente, un decreto con fuerza de ley, por cuanto el Código Sanitario, al disponer mediante su artículo 136 que *"un reglamento contendrá las normas que regirán para la instalación y funcionamiento de los mencionados establecimientos"* estaría autorizando al Presidente de la República para normar estas materias (cfr. Rubio Chacón, ob. cit., p. 39). Nuevamente, discrepamos con el memorista, en el sentido que no vemos ninguna autorización legislativa en la norma reproducida. Más bien nos parece que el Reglamento es producto de la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo, manifestada a través de un Reglamento de Ejecución, cuyas normas tienden a poner en marcha las de la ley (cfr. Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, p. 124). Por lo demás, de acuerdo con la Constitución Política de la República, un decreto con fuerza de ley no puede regular materias que son objeto de derechos y garantías fundamentales, razón por la cual uno de estos decretos no debería poder establecer un régimen autónomo de propiedad. Por último, el transcurso de más de un año entre la fecha de la supuesta autorización legislativa y la fecha en que se dictó el Reglamento habría provocado, bajo la vigencia de la actual Constitución Política, así como también respecto de la Constitución de 1925 (reformada, en este sentido, por la Ley 17.284, vigente al momento de dictarse el Reglamento) la *caducidad* de esta hipotética autorización.

siguiente: ¿qué clase de derecho real es éste, que requiere de la autorización de un tercero para poder disponer de él?

En nuestra legislación hay casos de derechos reales que no pueden transferirse (como el derecho de uso) o casos en que dichas transferencias pueden encontrarse limitadas (como en la propiedad fiduciaria), pero no existe ninguna figura semejante a la que estamos comentando. El concepto mismo de derecho real, por cuanto implica un poder jurídico *directo* respecto de la cosa, excluye el tener que recurrir a un tercero para disponer de estos derechos. El artículo 42, al hacer de ello un requisito imperativo, no hace más que revelar que el titular de la sepultura no tiene una relación directa con la cosa. Por el contrario, la relación que existe es de carácter indirecto, pues se debe ejercer a través de un tercero: el cementerio. Esta figura jurídica claramente corresponde a la de un derecho personal.[99]

- El artículo 40, por su parte, establece la obligación de mantener las sepulturas en buen estado de conservación y aseo, cuestión que, en el caso de los *"cementerios parque"*, suele cumplirse mediante el pago de cuotas periódicas de mantención. Lo que queremos destacar de esta norma son las sanciones que puede aplicar la Dirección del cementerio frente a un incumplimiento de esta obligación, dentro de las cuales figuran la suspensión del derecho a sepultación en la tumba, la demolición de la tumba y la posibilidad de reducir los restos yacentes en la sepultura para sepultarlos en nichos especiales definidos por la Dirección del establecimiento.

  Si el contenido del derecho real que se tiene sobre una sepultura consiste, fundamentalmente, en inhumar personas dentro de ella, no entendemos cómo es que el incumplimiento de una obligación completamente independiente (v. gr.: el no pago de las cuotas de mantención) acarrea la imposibilidad del ejercicio del derecho. Evidentemente, la sanción no se condice con la existencia de un derecho real, que debiera tener mayor solidez y autonomía.[100] El ejercicio de los derechos reales no está condicionado al cumplimiento de obligaciones ajenas a los mismos, que a lo más podrán

[99] No nos parece aceptable la explicación propuesta por Rubio Chacón, en el sentido que *"la justicia exige que el titular de un inmueble destinado a cementerio tome conocimiento de la transferencia de derechos reales constituidos sobre un inmueble de su propiedad. Es necesario este requisito de carácter administrativo, porque es el medio que tiene la administración del cementerio para conocer a los nuevos titulares de las sepulturas, quienes podrán reclamar los servicios funerarios obligatorios que debe prestar el cementerio"* (ob. cit., p. 179). Si la finalidad de la norma fuera que el cementerio se limitara a "tomar conocimiento" de una transferencia, no vemos por qué razón el Reglamento utiliza la expresión *autorización*, en lugar de notificación, comunicación u otras semejantes; ni por qué dicha autorización es tratada como un *requisito* de la transferencia.

[100] Por ejemplo, en el caso de un departamento, el dueño de éste no ve afectado su dominio en el caso que deje de pagar los gastos comunes o las contribuciones del inmueble.

afectarlos en el caso de una ejecución. Semejantes reflexiones pueden hacerse respecto de las otras dos sanciones que mencionamos en el párrafo precedente: tanto la demolición de la tumba como el retiro de los restos yacentes en ella son, a todas luces, medidas exageradas e incompatibles con la existencia de un derecho de dominio o cualquier otro derecho real que se tenga con respecto de la sepultura.

- Terminamos nuestros comentarios haciendo referencias al artículo 43 del Reglamento, que señala que *"volverán al dominio del Cementerio aquellos terrenos cuyos títulos daten por más de 50 años y se encuentren abandonados, en los cuales no se registra ninguna sepultación, y que no presenten ningún tipo de construcción"*. En virtud de la disposición transcrita, tenemos que el Reglamento sanciona el desuso de una sepultura con la pérdida de los derechos sobre la misma; cuestión que, en principio, nos parece incompatible con la existencia de un derecho real que, supuestamente, no debiera extinguirse por su falta de uso.

De todo lo expuesto en los párrafos precedentes, e independientemente de la denominación que se utilice (dominio, uso, derechos sui generis, etc.), esperamos que las teorías de los derechos reales se encuentren, cuando menos, altamente cuestionadas. Naturalmente, el paso siguiente será demostrar, ojalá con la misma vehemencia, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de los derechos en estudio.

(c) Derechos personales respecto de una sepultura. Una explicación coherente

c.1) Exposición

Las múltiples –y, a nuestro juicio, insalvables– críticas que pueden hacerse a las teorías realistas debieran bastar, por sí mismas, para buscar una solución alternativa para el problema de los derechos de sepultura. A nuestro modo de ver, la solución puede y debe encontrarse en una tesis que se fundamente en la existencia de derechos personales. Si bien estamos conscientes de asumir la defensa de una posición minoritaria, ello lo hacemos con la convicción de presentar una solución correcta y acorde con los principios generales que resultan aplicables al derecho patrimonial. En las páginas siguientes, nos abocaremos a analizar el contenido y las consecuencias de nuestra tesis, cuyos planteamientos no se construyen al amparo de repetidas excepciones, sino que reafirmando y aplicando conceptos fundamentales de Derecho Civil.

En primer lugar, la tesis personalista tiene la virtud de respetar el régimen general de derecho inmobiliario vigente en nuestro país, ya que si los derechos que un particular adquiere respecto de una sepultura son, simplemente,

derechos personales, no hay razones legales para requerir el cumplimiento de formalidades especiales.

Respecto del contenido mismo del derecho, los derechos personales gozan de la enorme ventaja de ser mucho más flexibles que cualquiera de los derechos reales. Lo anterior, por cuanto su tipicidad no se fundamenta en un texto legal expreso, sino que en la autonomía privada de las partes, que pueden regular el contenido del derecho a través de las disposiciones del contrato que le sirve de sustento. Por ello es que se afirma que *"el número de derechos personales es ilimitado. Hay tantos derechos personales como relaciones jurídicas puedan crearse"*.[101]

Nos parecería ocioso repetir nuestra exposición del capítulo anterior relativa al contenido específico de esta clase de derechos. Sin embargo, creemos que éste es el lugar para destacar cómo es que ciertos autores, partidarios de doctrinas realistas, llegan a conclusiones propias de la tesis de los derechos personales. En este sentido, nos parece que el mejor ejemplo lo encontramos en Cid Clavero, quien afirma: *"el derecho en la tumba involucra la facultad de sepultar en ella. Y obviamente esta facultad sólo puede [sic] ejercerla los vivos, respecto de los cadáveres de los muertos, **a través** de los empleados de los cementerios"*;[102] agregando que *"naturalmente que el titular de derechos sobre una sepultura, sea el fundador u otra persona que invista esa calidad, ejerce sus facultades de modo oblicuo. Así, cuando se dice que Pedro tiene derechos en una tumba, ha de entenderse que **tales derechos permiten a Pedro exigir que los restos de sus deudos u otras personas, en su caso, sean inhumados en la tumba a que sus derechos se refieren.** "*.[103] De más está decir que, en líneas generales, compartimos plenamente la opinión de la autora tantas veces citada a lo largo de este trabajo.

En la sección precedente nos hicimos cargo de una serie de disposiciones que, a nuestro juicio, otorgaban soluciones incompatibles con la doctrina de los derechos reales. Pues bien, las normas referidas en nada interfieren –sino que, por el contrario, reafirman– con nuestra tesis de los derechos personales:

El que un cementerio deba autorizar toda transferencia de derechos sobre una sepultura no hace sino repetir las reglas generales que en materia de cesiones consagra nuestro Código Civil. En todo caso, pensamos que más que aplicar las conocidas reglas de la cesión de créditos,[104] corresponde acudir a los no tan

[101] Rozas Vial, ob. cit., p. 20.
[102] Cid Clavero, ob. cit., p. 88.
[103] Cid Clavero, ob. cit., pp. 92 y 93.
[104] Estas reglas, de ser aplicables, se verían levemente modificadas por el Reglamento, ya que siempre sería necesaria la aceptación por parte del cementerio, que sería el deudor de la obligación. De todas

conocidos principios aplicables a las cesiones de contratos, que sólo pueden verificarse con el consentimiento previo de la contraparte.[105]

Respecto de las sanciones establecidas por el artículo 40, pensamos que la primera de ellas no es más que un reflejo de la *exceptio non adimplenti contractus*, que muchos ven consagrada en el artículo 1552 del Código Civil: mientras el titular de los derechos sobre la sepultura no cumpla con su obligación de pagar la mantención de la misma, el cementerio podrá excusarse de cumplir con su obligación correlativa. En cuanto a la demolición de la sepultura y los eventuales traslados de los restos ubicados en ella, tales serían las consecuencias naturales de la extinción del derecho que tiene un particular con respecto de una sepultura, respecto de la cual el cementerio recupera todas las facultades de señor y dueño.[106]

Finalmente, nos parece que la sanción al abandono de una sepultura que se contempla en el artículo 43 del Reglamento puede entenderse con mayor facilidad a través de nuestra tesis de los derechos personales. La falta de ejercicio de los derechos reales no suele sancionarse con la pérdida de éstos; mientras que la falta de ejercicio de los derechos personales muchas veces suele castigarse por la vía de la *caducidad*.

c.2) Posibles objeciones a nuestra tesis

Por cuanto las teorías personalistas son analizadas muy superficialmente por los autores que no las comparten, no son demasiadas las críticas que se han formulado en contra de ellas. Dichas objeciones se pueden resumir, fundamentalmente, en las siguientes:

(i) Duración de estos derechos

De acuerdo con el pensamiento de Morales Álvarez, *"la teoría del derecho personal no nos parece aceptable por cuanto no puede concebirse crédito alguno sin estipulación o plazo o con uno excesivamente largo"*.[107]

formas, consideramos que esta figura es mucho más compatible con las reglas generales que la existencia de derechos reales cuya transferencia requiere del consentimiento de un tercero.

[105] Principio que se encuentra recogido en el artículo 1946 del Código Civil y que también es posible extrapolar de las normas aplicables a la delegación en el mandato. A pesar de ser una institución escasamente analizada por nuestra doctrina, un buen estudio de la *cesión de contratos* podemos encontrarlo en el *"Informe en Derecho"* de fecha 20 de enero de 1979, preparado por el profesor Hugo Rosende Subiabre.

[106] Pensamos que una solución semejante puede ser alcanzada desde el punto de vista realista, para el caso que la resolución afecte al título traslaticio de dominio. Sin embargo, la facultad que tendría el cementerio para suspender las inhumaciones en la sepultura sigue siendo un problema insoslayable para las tesis de los derechos reales.

[107] Morales Álvarez, ob. cit., p. 48.

Creemos que este argumento es bastante débil y de fácil refutación, por cuanto es perfectamente concebible un derecho personal de duración indefinida. De los muchos ejemplos que se nos vienen a la mente (arrendamientos de cosa o de servicios, contrato de trabajo, cuentas corrientes mercantiles o bancarias, etc.), quizás los más ilustrativos sean los derechos que tienen los socios o accionistas con respecto de una sociedad de duración indefinida.

Por lo tanto, si bien es cierto que, generalmente, los efectos de los derechos personales se encuentran acotados en el tiempo, nada impide que, en ciertos casos, la duración de éstos sea indefinida.

(ii) Falta de una protección eficaz y carencia de ciertas acciones

Esta pareciera ser la crítica que más sobresalta a quienes no comparten la doctrina de los derechos personales. La síntesis de este pensamiento la encontramos en Rubio Chacón, que señala: *"el inconveniente que tiene esta doctrina personalista es que no permite una protección eficaz del derecho de sepultura"*, por cuanto *"su titular no podrá ejercer acciones reales en contra de terceras personas que puedan perturbar o amenazar el uso de la sepultura"* y *"el único medio de reclamar su derecho sobre la sepultura es a través del cementerio"*.[108]

De manera análoga, Morales Álvarez critica los derechos personales por cuanto *"el concepto de derecho personal no puede por sí solo explicar las acciones posesorias que la jurisprudencia y la doctrina reconocen universalmente al titular de derecho a sepultura, ni mucho menos la acción reivindicatoria ni la prescripción que comienza a ser admitida en la doctrina"*.[109]

Por nuestra parte, no terminamos de entender el porqué de estos reproches ni pensamos que la titularidad de acciones reales implique una protección más eficaz para quien es el titular de un derecho. Por el contrario, nos parece que los intereses del titular de los derechos de sepultura se encuentran tanto o mejor protegidos bajo la tesis de los derechos personales.

[108] Rubio Chacón, ob. cit., p. 125.

[109] Morales Álvarez, ob. cit., pp. 48 y 49. A pesar de los calificativos usados por la autora (que habla de acciones "universalmente" reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina), posteriormente fallará en dar sustento a sus propias afirmaciones: (i) respecto de la acción reivindicatoria, es poco y nada lo que explica (p. 74); (ii) respecto de las acciones posesorias, se contenta con citar una serie de autores extranjeros (cuyas opiniones no son hechas tomando en cuenta la normativa vigente en Chile) y hacer referencias a fallos que nada tienen que ver con sepulturas (pp. 74 a 77); y (iii) con respecto a la prescripción, nuevamente falla en dar argumentos contundentes, llegando incluso a decir que *"creemos que no se han presentado casos prácticos de prescripción de sepulturas al conocimiento de los tribunales de justicia"* (p. 83).

Lo anterior nos llevará a analizar los distintos mecanismos de protección que existen bajo cada una de las teorías:

Si sobre la sepultura se tienen derechos reales, los propietarios de estos derechos podrán valerse de los siguientes medios: acción de protección, acción reivindicatoria, acciones posesorias y acciones indemnizatorias de origen extracontractual. Respecto de la **acción de protección**, no vemos la ventaja de ejercerla solicitando el amparo de un derecho real, por cuanto la garantía constitucional protege el derecho de propiedad *"sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"*,[110] por lo que seguir una u otra teoría pareciera, en principio, irrelevante. El panorama comienza a cambiar respecto de la **acción reivindicatoria**: primero, porque en este caso el demandante deberá acreditar el dominio del terreno, lo cual, a nuestro juicio, puede resultar mucho más engorroso en el caso de las sepulturas (pues, además de la *"prueba diabólica"*, el actor tratará de probar su propiedad sobre el inmueble mediante instrumentos privados y no a través de una copia autorizada de la inscripción de dominio del Conservador de Bienes Raíces –en la cual el cementerio aparecerá como el dueño o poseedor del inmueble–); y segundo, porque muchas veces el propietario del sepulcro no buscará recuperar una posesión perdida (en donde, una vez más, nos enfrentamos con el problema de la falta de inscripciones), sino perseguirá el cumplimiento de ciertas prestaciones respecto del cementerio.[111] Las **acciones posesorias** tienen la misma clase de problemas que la acción reivindicatoria: prueba la posesión (atendida la falta de inscripciones) y eficacia de las acciones como un mecanismo útil de defensa (pues el objeto de la acción, probablemente, no satisfaga los intereses de quien la ejerce). Finalmente, la acción de **responsabilidad extracontractual** se verificará cada vez que alguien (inclusive el cementerio), culpable o dolosamente, cause un daño antijurídico al propietario de la tumba.

Si sobre la sepultura existen derechos personales, su titular podrá ejercer la acción de protección, acciones fundadas en las reglas de responsabilidad contractual (dirigidas en contra del cementerio) y acciones del derecho de daños (dirigi-

[110] Artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 20 del mismo cuerpo legal.

[111] Acá, nuevamente, las teorías realistas deberán recurrir a figuras algo extravagantes, pues deberán sostener que, junto con la adquisición de los derechos reales, el propietario de la sepultura se encuentra obligado a celebrar un contrato de prestación de servicios con el cementerio. De esta manera, el propietario sí tendrá recursos legales con los cuales perseguir, por ejemplo, que la ornamentación y ornato del *cementerio parque* sean acordes con lo dispuesto en el contrato. Sin embargo, en casos de incumplimientos por parte del cementerio, pareciera ser que el titular de derechos reales estaría impedido de obtener la misma reparación que la que podría obtener el titular de derechos personales. Lo anterior, por cuanto el titular de un derecho real no podrá desvincularse de la propiedad de la sepultura alegando el incumplimiento de ciertos servicios que nada tienen que ver con el acto que le sirvió de título traslaticio de dominio.

das en contra de terceros). Respecto de la **acción de protección**, valgan los comentarios anteriores, pues no vemos grandes diferencias entre uno y otro caso.[112] En cambio, la posibilidad de perseguir la **responsabilidad contractual** del cementerio sí que constituye una notable diferencia entre ambos estatutos, constituyendo un punto a favor para la teoría de los derechos personales: por un lado, al titular del derecho le bastará con probar la existencia de la obligación del cementerio, para que luego éste tenga el *onus probandi* respecto del cumplimiento de la misma; mientras que, por otra parte, las acciones del particular tendrán un objeto más amplio que recuperar o proteger la posesión de la cosa, sino que buscarán el cumplimiento o la resolución de un contrato, de forma tal de obtener una reparación integral del daño causado por el incumplimiento del cementerio.[113] Por último, la **responsabilidad extracontractual** podrá perseguirse, respecto de terceros, de la misma forma que si se tratara de derechos reales. La única diferencia la encontramos en que estas acciones difícilmente podrán ser entabladas en contra del cementerio, pues, según recién dijimos, la responsabilidad de éste será eminentemente contractual.

Adicionalmente, quisiéramos hacernos cargo de otras posibles objeciones que, potencialmente, pudieran levantarse en contra de la doctrina de los derechos personales y que dicen relación con las siguientes materias:

(iii) Lenguaje del Reglamento

Ya mencionamos que el Reglamento, en múltiples preceptos, usa los términos "propiedad", "propietario" o "dominio" en las relaciones jurídicas que pueden darse respecto de una sepultura, dando a entender que respecto de ellas existirían derechos reales.

Sin embargo, pensamos que este argumento no es óbice para sostener que los derechos sobre sepulturas son derechos personales, por cuanto:

- No nos parece que las meras palabras usadas por el Reglamento sean un argumento lo suficientemente sólido como para echar abajo explicaciones que, dogmáticamente, resultan mucho más coherentes a nivel normativo. Por lo demás, siguiendo las tendencias históricas de

[112] Quizás, la única diferencia relevante consista en la mayor facilidad para probar la existencia del derecho en el caso de los derechos personales, pues bastará con presentar una copia del contrato para acreditar la existencia del derecho vulnerado.

[113] Si el particular optare por la resolución del contrato, el cementerio estará obligado a restituirlo a la misma situación en la cual se encontraría si no se hubiera contratado. Esto implicará, en la práctica, que el cementerio –entre otras cosas– restituya al particular el precio que éste pagó por la sepultura.

la regulación aplicable a las sepulturas y los cementerios,[114] la terminología del Reglamento es extremadamente ambigua y carente de técnica, dando lugar para que existan diversas interpretaciones. Sin ir más lejos, autores realistas como Rubio Chacón sostienen que *"el Reglamento General de Cementerios ha recogido la tesis personalista del derecho de sepultura"*.[115]

- El uso de la palabra "propiedad" no es, necesariamente, contradictorio con la tesis de los derechos personales. Todo dependerá del contenido que se le quiera dar a la citada expresión. En este sentido, concordamos plenamente con la excelente explicación que propone Alejandro Guzmán Brito respecto del uso y contenido del término "propiedad", entendida no como un derecho subjetivo especial, sino que como una verdadera "cualidad jurídica" sinónima de "titularidad". Así, de acuerdo con la tesis del insigne romanista, la palabra "propiedad" *"puede ser entendida en varios sentidos. Desde luego está el sentido legal que le impone el propio art. 582 CC., como sinónima de 'dominio', es decir, como derecho real para sobre cosas corporales para usar y disfrutar arbitrariamente de ellas. Pero este sentido restringido no es el genérico que buscamos [...]. Enseguida, la palabra 'propiedad' puede significar no ya el derecho de dominio, sino la cosa corporal misma sobre que recae aquél [...]. Pero tampoco este sentido del término nos es útil, debido a su componente material o corporal. Por lo cual, y evitando los usos filosóficos del término, que también están fuera de lugar, no nos queda más que un tercer sentido, el más genérico de todos, como es la cualidad abstracta de que algo puede tener de ser 'propio' de alguien, en oposición no a 'común' sino a 'ajeno'. En efecto, se puede correctamente decir de algo ser 'propio' con respecto a una cosa corporal, a un derecho, eso es, a una cosa incorporal, y a las producciones del talento y del ingenio (lo mismo que a un sinnúmero de otros objetos, como son el alma, el cuerpo, los sentimientos, etc., que aquí no nos interesan).* **A nuestro juicio, éste es el concepto genérico de 'propiedad' que cubre las tres especies definidas en los arts. 582 a 584 del CC.**".[116] La explicación precedente no sólo permite comprender el sentido y alcance con que se emplea la voz "propiedad" en los citados preceptos del Título II del Libro II del Código Civil, sino que también nos permite dar cuenta de la citada expresión en todos los casos en que el Reglamento habla de una "propiedad" (en este caso "titularidad") respecto de las sepulturas.

[114] En general, los reglamentos internos de cementerios que se dictaron durante la primera parte del siglo XIX hablaban de *derechos a o derechos de sepulturas*, sin hacer alusión a ningún tipo de derechos reales respecto de esta clase de bienes. Recién en el año 1871 es que comienzan las referencias a una posible *propiedad* o *adquisición* de sepulturas.

[115] Rubio Chacón, ob. cit., p. 132.

[116] Guzmán Brito, Alejandro, *"Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo"*, p. 139.

- Si se trata de argumentos de texto, consideramos que la normativa de jerarquía legal que se ha dictado en estas materias es absolutamente compatible con los planteamientos que hemos realizado a lo largo de este trabajo. En primer lugar, el lenguaje neutro que utiliza el Código Sanitario permite, perfectamente, sostener que respecto de las sepulturas existen derechos personales.[117] A ello debemos sumar las palabras usadas por la Ley 18.096,[118] que luego de señalar que el *"dominio"* de los cementerios que pertenecían al Servicio de Salud será adquirido por las municipalidades en cuyo territorio funcionaren, dispone que *"las municipalidades deberán continuar la gestión de los cementerios que adquieran, sujetándose a las normas legales y reglamentarias aplicables a ellos, y respetando* ***los derechos que****, en conformidad a esas normas,* ***corresponden a los titulares de las sepulturas*** *y demás personas con derecho a ser sepultadas en éstas".*[119]

(iv) Oponibilidad de los derechos frente a terceros

En abstracto, pareciera que el problema de la oponibilidad de los derechos frente a terceros podría ser la mayor objeción respecto de la tesis que estamos defendiendo. Por lo mismo, y a pesar de la falta de críticas por parte de los autores realistas al respecto, hemos querido realizar un par de reflexiones en torno a este problema.

En primer lugar, creemos necesario recordar que la existencia de un derecho personal no implica, necesariamente, la imposibilidad de hacer valer este derecho frente a terceras personas; de la misma forma en que en hay ocasiones en que el titular de un derecho real no puede hacerlo valer, eficazmente, respecto de cualquier individuo.

Es así como *"excepcionalmente, hay casos en que los derechos personales dimanantes de un contrato obligan a terceros, pero no por tal circunstancia se transforman en derechos reales, ya que no recaen sobre la cosa, sino que aseguran la persistencia de la prestación del deudor respecto de la cosa".*[120]

Uno de estos casos de excepción podemos encontrarlo en el artículo 1962

[117] De hecho, según señalamos anteriormente, para el Código Sanitario el concepto "sepultura" no designa un lugar de entierro, sino que la acción de enterrar. Para el citado código, los lugares de entierro son, única y exclusivamente, los cementerios.

[118] La Ley 18.096, que *"Transfiere a las municipalidades los cementerios que indica y les encomienda su gestión"*, fue promulgada por la Junta de Gobierno el 30 de diciembre de 1981 y publicada en el Diario Oficial el día lunes 25 de enero de 1982.

[119] Artículo 2° de la Ley 18.096. Nuevamente, no hay referencias a ningún derecho real, salvo por el derecho de dominio que tienen las municipalidades respecto de los cementerios.

[120] Alessandri, Somarriva y Vodanovich, *"Tratado de los Derechos Reales"*, tomo I, p. 17.

del Código Civil, respecto de los derechos del arrendatario.[121] Un ejemplo de la figura contraria (derechos reales no pueden hacerse valer respecto de toda persona) podemos encontrarlo en el artículo 2468 del Código Civil, respecto de la acción pauliana.

Por otra parte, desde la perspectiva de la Teoría General del Acto Jurídico, pensamos que las anotaciones que se hagan en los registros de propiedad y de transferencias que, según el Reglamento, deben ser llevados por todos los cementerios, constituyen verdaderas *medidas de publicidad sustanciales*, por cuanto *"tienen por objeto precaver a los terceros interesados –que son aquellos que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes– de los actos que éstas celebren"*.[122] Esta clase de medidas tienen por finalidad, precisamente, que ciertos actos (la constitución o transferencia de los derechos de sepultura) sean oponibles a terceros. En este sentido, los registros de los cementerios pueden compararse con los registros de accionistas que, en virtud de la ley, deben llevarse por las sociedades anónimas, incluso en el sentido que en éstos se da cuenta de relaciones de crédito entre los accionistas (titulares de derechos personales) y la sociedad.

Todo lo anterior es sin perjuicio de que, por regla general, los titulares del derecho de sepultura no necesitan hacer valer sus derechos respecto de personas distintas del cementerio, que es la persona a través de la cual obtienen todos los servicios que dan contenido a sus derechos.

Con lo dicho hasta ahora, creemos que hemos dado argumentos más que suficientes para rechazar las teorías que sostienen que respecto de las sepulturas existen derechos reales (independientemente de la denominación que éstos reciban), demostrando las enormes ventajas de una explicación que se funde en la existencia de un derecho personal, siendo ésta la única solución coherente y armónica con las reglas y principios generales del Derechos Civil.

IV. Conclusiones

De todo lo señalado en las páginas precedentes, pensamos que las conclusiones más importantes a las cuales hemos arribado son las siguientes:

1. Siendo posible que las relaciones jurídicas respecto de una sepultura sean reguladas por diversas ramas del derecho, las relaciones jurídicas entre un

[121] Para una explicación más detallada de cómo debe ser entendida esta figura, nos remitimos a Claro Solar, ob. cit., tomo VI, pp. 35 a 39.
[122] Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, p. 152.

cementerio particular no confesional y los particulares titulares de derechos de sepultura deben ser reguladas por el Derecho Civil. Por lo tanto, la gran mayoría de los *"cementerios parque"* –si no todos– serán regulados por esta rama del Derecho en las relaciones que contraigan con los adquirentes de esta clase de derechos.

2. El Reglamento, en su regulación relativa a sepulturas, permite concluir que estos objetos son, jurídicamente, bienes corporales inmuebles.

3. Es evidente que las disposiciones del Reglamento no fueron pensadas para ser aplicadas a la realidad de los *"cementerios parque"*, pues éstas son anteriores a la aparición de este modelo de negocios. En todo caso, no obstante lo difícil que puede ser enmarcar las sepulturas comercializadas por esta clase de cementerios dentro de las categorías del Reglamento, pensamos que ellas deben ser subsumidas dentro de las *bóvedas*, en tanto que éstas son definidas como *"toda tumba subterránea"*.

4. El dominio de las sepulturas (en tanto bienes inmuebles) es un derecho exclusivo del cementerio en el cual éstas se encuentran enclavadas.

5. Es, precisamente, en virtud de este dominio que el cementerio puede explotar dichos inmuebles mediante la celebración de contratos con particulares, quienes a cambio de un determinado precio obtienen el derecho para inhumar un cierto número de cadáveres dentro de una sepultura específica.

6. El derecho que un particular adquiere respecto de una sepultura es, jurídicamente, un derecho personal o crédito que sólo puede reclamarse respecto del cementerio. El origen o fuente de este derecho es el contrato innominado que celebra el "propietario fundador" (que es el primer adquirente de una sepultura) con la administración del cementerio.

7. En virtud de los derechos de sepultura, el cementerio se encuentra obligado, básicamente, a (i) poner a disposición del fundador de la tumba un determinado lugar en el cual puedan ser inhumados un cierto número de cadáveres; (ii) inhumar los cadáveres que designe el fundador de la tumba, hasta completar la capacidad de la misma; (iii) mantener el entorno del lugar bajo determinadas condiciones de diseño, aseo y ornato, obligación que resulta especialmente relevante respecto de los *"cementerios parque"*; y (iv) prestar los demás servicios que, de acuerdo con la ley o el contrato, le fueren exigibles.

8. El propietario fundador goza de total libertad para decidir qué cadáveres pueden ser inhumados dentro de su sepultura.

9. Para los efectos de inhumar un cadáver dentro de una determinada sepultura, no basta con una declaración de voluntad del titular de esa sepultura, pues existen una serie de normas autónomas en virtud de las cuales se decide respecto del destino de un cadáver. El titular del derecho de sepultura puede o no coincidir con la persona encargada de decidir el destino de un cadáver determinado.[123]

10. Existe un error conceptual en las múltiples disposiciones en que el Reglamento hace alusión a un "derecho a ser sepultado", en la medida en que ello sea entendido como un derecho subjetivo de un cadáver para ser enterrado, por cuanto sólo las personas –y no sus cadáveres– pueden ser titulares de derechos u obligaciones. Lo que sí existe es el derecho para decidir en vida, mediante una declaración solemne, el lugar donde los restos de la propia persona serán sepultados. Si esta persona fuere, además, titular o "beneficiaria" de derechos respecto de una sepultura, entonces (y sólo entonces) sería posible afirmar que esa persona tiene "derecho" a que su cadáver sea inhumado en una determinada sepultura.

11. El hecho que los cadáveres de ciertas personas distintas del propietario fundador puedan ser inhumados dentro de una determinada sepultura sólo puede explicarse en la voluntad –real o presunta– del fundador para que dichos cadáveres sean inhumados dentro de su tumba.[124]

[123] A pesar de que las normativa aplicable se encuentra bastante dispersa, es posible decir que el destino de un cadáver se determina según el siguiente orden de prelación: 1°) por la propia persona que, en vida y mediante una declaración solemne, decide cuál será el futuro de su cuerpo ; 2°) por el cónyuge sobreviviente, familiares y demás personas que hayan tenido vínculos con el difunto mientras éste vivía; y 3°) por la autoridad sanitaria.

[124] Habrá una voluntad real en la medida en que el fundador la haya manifestado de alguna manera durante su vida. La voluntad será presunta en aquellos casos en los cuales el fundador no haya manifestado, durante sus días, qué cadáveres podían ser inhumados dentro de su sepultura, en cuyo caso el Reglamento suple dicho silencio señalando qué cadáveres pueden inhumarse dentro de esa sepultura.

Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René; *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, año 2001.

Alessandri R., Arturo, y Somarriva U., Manuel, *Curso de Derecho Civil*, redactado y actualizado por Vodanovich H. Antonio, 1941.

Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, y Vodanovich H. Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, Editorial Jurídica, 7ª edición, año 2005.

Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel y Vodanovich H. Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, 6ª edición, Editorial Jurídica, 2005.

Barcía, Roque, *Primer diccionario etimológico de la lengua española*, F. Seix, Editor, Barcelona.

Biondi, Biondo, *Los bienes*, traducción de la 2ª edición italiana, revisada y ampliada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radío, Editorial Bosch, 1961.

Cid Clavero, Leonor, *"Régimen jurídico de sepulturas"*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en derecho, 1977.

Corral Talciani, Hernán, *Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Editorial LexisNexis, 2007.

Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

Fabres, José Clemente, *Obras Completas*, tomo IV, Imprenta Ilustración, 1914.

Fernández de Velasco, Recaredo, *"Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

Flores Arenas, Luis Alejandro Pablo, *"Naturaleza jurídica de las sepulturas en espacios de terreno de un cementerio"*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho, 1999.

Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción a la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Morales Álvarez, Marta, *"Sepulcros y cementerios"*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en derecho, 1949.

Rosende Subiabre, Hugo, *Informe en Derecho* de fecha 20 de enero de 1979.

Rozas Vial, Fernando, *Los bienes*, 3ª edición, Editorial LexisNexis, 2004.

Rubio Chacón, Sergio, *"El régimen jurídico de cementerios y sepulturas"*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho, 1996.

Ruiz Bourgeois, Carlos, *"Labores mineras en un cementerio"*, Revista de Derecho de Minas y de Aguas, vol. II, 1991.

Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, 5ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Vial del Río, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Editorial Biblioteca Americana, 2003.

Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 4ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000.

Código Civil y Leyes Complementarias, 3ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso El IX, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Madrid, 1829.

Formando abogados analistas*

Iván Aróstica Maldonado
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En medio del debate sobre la cantidad y calidad de los abogados que egresan de las universidades, terció con originalidad el decano Pablo Rodríguez Grez, insinuando una distinción que se nos estaba pasando por alto: el hecho de que no todos nuestros profesionales encaminan sus pasos a los tribunales, a ejercer como litigantes, ya que existen otros muchos dedicados a la asesoría en instituciones estatales o privadas.[1]

Lo que es tan exacto como concluir que si tienen funciones distintas, entonces los medios y recursos con que deben desempeñarse son también muy diferentes.

1. De allí nuestra inquietud por la formación de estos "abogados corporativos". Por ser a quienes, más que las destrezas de un forense, el mercado les demanda capacidades para producir *información útil y oportuna*, tendiente a disminuir el riesgo jurídico en los respectivos procesos de toma de decisiones. Al propio tiempo de exigirles destrezas para desenvolverse en ambientes complejos, con formas de trabajo en equipos multidisciplinarios e interoperativos, donde –tras el cotejo de opciones– se busca el consenso más que el debate. Y donde ya no resulta determinante la sola posesión del "dato", puesto que en la llamada era del conocimiento (hace tiempo pronosticada en "La tercera ola" por Alvin Toffler) todas las personas están en condiciones de acceder transversalmente a la información, de modo que hoy su valor se reduce a cero.

* Tomado de nuestra charla inaugural al *Taller de Análisis Jurídico* (4.12.2008), dada en Teatinos 56 por iniciativa del Contralor General de la República don Ramiro Mendoza Zúñiga.

[1] *Abogados corporativos y abogados forenses*, El Mercurio (Santiago) 18.7.2008 cuerpo A pág. 2.

Así que, disponiéndose actualmente de avanzados motores de búsqueda operando sobre inmensos bancos de antecedentes, a escala mundial, el sabelotodo que antes adiestrábamos pierde terreno y sentido. Más todavía frente a los "sistemas expertos", los nuevos procesos informáticos que reemplazan las diagnosis del médico y la argumentación de los abogados en torno a casos concretos, por el manejo de grandes bases de datos y la articulación coherente de esta información.[2]

Pero bien entendido que las aplicaciones informáticas no sustituyen al analista, simplemente facilitan su trabajo, sigue y seguirá valorándose a las personas capaces de pensar, analizar, investigar, gestionar el conocimiento acumulado y de rendir informes altamente estructurados, con miras a cooperar en la resolución a alta velocidad de específicos problemas prácticos.[3]

2. Por lo mismo, preparar este nuevo nivel de profesionales, con las habilidades mínimas para que puedan prosperar en tan dinámicos e integrados entornos laborales, se asoma como un objetivo preeminente e impostergable de las universidades. Tanto más cuando esto condice con una de las funciones más trascendentes de la educación superior: "La sociedad actual está exigiendo individuos con mayor capacidad analítica y reflexiva; por consiguiente, más que conocimiento, se torna prioritaria la capacidad para comprenderlo, interpretarlo, procesarlo, usarlo y, en especial, construirlo. Lo anterior significa que la educación debe orientarse a enseñar a pensar y a formar personas con actitud de crítica constructiva y responsable con su propio desarrollo y el de la sociedad. Se trata de formar a individuos que aprendan a apropiarse del conocimiento existente y construir conocimiento propio, que responda a las necesidades y los retos que la sociedad le demanda en el proceso de su propio proyecto de vida y de la sociedad misma".[4]

El punto pendiente es que en nuestro país la educación de los abogados sigue siendo unidireccional. Enfocada casi exclusivamente hacia la dimensión forense, se los prepara en simuladas salas de litigación, en el arte de la retórica, en el sofisticado interrogatorio de testigos y se les introduce en nociones de criminología, entre otras habilidades. En buena hora, si eligen encauzar el noble ejercicio de la profesión al rol de auxiliares de la administración de justicia.

Igual como vemos el agradecimiento del alumnado cuando, robándole horas a la cátedra tradicional, podemos adentrarlos en los rudimentos de un método

[2] Francisco José Mojica, *La construcción del futuro*, Convenio Andrés Bello-Universidad Externado de Colombia (2005) 72 y 77.

[3] Kart Albretch, *Inteligencia práctica* (2008), Vergara (Barcelona), 27-28.

[4] César Augusto Bernal, *Metodología de la Investigación*, Pearson Educación (México), 2ª edición (2006) 6.

jurídico o mostrarles ese cajón de herramientas que hemos reunido a lo largo de los años, tras ensayo y error, con vistas a que puedan superar el simple escollo de elaborar un reporte cualquiera sobre un estado de situación.

3. He aquí reunidos todos los ingredientes que justifican liderar una auténtica "innovación":[5] el caso es que tenemos una "anomalía", cual es la imposibilidad de formar a estos abogados analistas bajo los esquemas dominantes; de modo que su solución pasa por la implementación de un conjunto coherente de "prácticas marginales", donde habrían de combinarse aquellas viejas conocidas en la enseñanza del derecho que han caído en el olvido, con algunas provenientes de otras disciplinas emergentes.

Entiendo por ejemplo que los economistas e ingenieros, enfrentados a un dilema parecido, en su momento no dudaron en adaptar ciertas técnicas extraídas del mundo militar, dando origen a la denominada Inteligencia de Negocios (BI: Business Intelligence).[6] Y que actualmente están echando mano a otra disciplina sistemática nueva, conocida como Gestión del Conocimiento.[7]

4. ¿Supone todo esto introducir una revolución completa en la enseñanza del derecho?

No lo creo. Manteniendo el norte, en orden a que los fines del derecho dicen relación con la justicia y la seguridad jurídica, para una mejor educación bastarían algunas definiciones estratégicas en torno a determinadas variables claves. Como son el rol del docente (transmisor de conocimientos al igual que orientador), el plan de estudios (con programas organizados en algunos ejes transversales), el enfoque curricular (con formación académica conducente a producir profesionales hábiles para litigar y asesorar), la pedagogía dominante (teórica y práctica), el manejo del conocimiento (orientado equilibradamente a traspasar conocimientos y hacia la investigación), y los requisitos para graduarse (una práctica judicial o en alguna oficina pública o privada), entre otras.

Una de cuyas consecuencias sería acomodar algunos cursos a la enseñanza práctica del derecho, brindada por profesores con reconocida trayectoria como litigantes o asesores de excelencia; estos últimos con demostrada capacidad

[5] Luís A. Sota, "Coleccionadores de problemas", *La Tercera* 20.9.2008, p. 45.

[6] Inteligencia castrense que, a su vez, a fin de mejorar sus metodologías de análisis, a partir de la 2ª Guerra Mundial viene nutriéndose de las técnicas procedentes de la sociología y las ciencias sociales: Sherman Kent, *Inteligencia estratégica* (1948), Editorial Pleamar (Buenos Aires), 249 pp.

[7] Miguel Ángel Esteban Navarro, "Reflexiones sobre las fuentes de información abiertas para la producción de Inteligencia Estratégica en los Servicios de Inteligencia para la Seguridad", en *Información y servicios de inteligencia* (2007), Plaza y Valdés Editores (Madrid), varios autores (Diego Navarro Bonilla y Miguel Ángel Esteban Navarro, coordinadores), 207-227.

para generar nuevo conocimiento útil relevante, merced al manejo de metodologías integradas de investigación.

5. Y con una educación práctica que va más allá del mero análisis de casos. Para enfatizar el manejo riguroso de aquellas actividades imprescindible al buen-hacer asesor. En la que deberían estar presentes los clásicos modelos de selección e interpretación de las normas preestablecidas, junto a las nuevas técnicas sobre análisis de contenido. Los sistemas de recuperación de datos, explotación de fuentes y de acceso a los bancos masivos de información, en concordancia con el estudio de los medios de prueba, enriquecidos con los procedimientos cuantitativos y cualitativos de investigación. Los esquemas relativos a la apreciación, cruce y depuración de los datos reunidos. Las formas corporativas de trabajo que facilitan la construcción de las distintas soluciones posibles y admisibles frente a los problemas concretos planteados. Tanto como el discurrir conforme a los patrones de la lógica formal.

Para finalizar todo este ciclo de enriquecimiento intelectual, con la ulterior etapa de difusión de las ideas. Lo que amerita un dominio básico de aquellas tipologías documentales en las cuales se plasma el resultado del proceso de análisis: informes, minutas, resúmenes ejecutivos, dossier, presentaciones informáticas, etc. Sobreentendido, nos parece, que el lenguaje escrito es el vehículo más completo y reflexivo para comunicar conocimiento especializado.[8]

6. Así las cosas, el perfil y la situación de los abogados analistas y litigantes, puestos blanco sobre negro, sin matices (que los hay), arrojaría el siguiente cuadro comparativo de diferencias básicas:

	Analista	**Litigante**
FUNCIÓN	descubrir	conquistar
PROCEDIMIENTOS	científicos	procesales
ENFOQUE	plural	singular
TRABAJO	grupal	individual
AMBIENTE	consenso	debate
DISCURSO	objetivo	subjetivo
COMUNICACIÓN	escrita	oral

Mientras el primero –visionario– debe investigar un problema y construir una solución al caso, entre varias posibles e incluso admisibles, al segundo –ac-

[8] Wayne C. Booth, Gregory G. Coloma y Joseph M. Williams, *Cómo convertirse en un hábil investigador*, Gedisa (2004) Biblioteca de Educación-Herramientas universitarias, 28-29 y 50.

cionario– le corresponde desarrollar una estrategia a fin de que se declare u oficialice la única solución deseable. Para la consecución de sus objetivos, uno puede acudir a todos los métodos cíclicos que ofrecen las ciencias jurídicas y sociales u otras disciplinas emergentes; el otro está restringido por las formas que disciplinan linealmente los procedimientos legales. Aquél debe contemplar y jerarquizar todas las posibilidades que concurren en un caso; a éste le toca convencer que su solución es la única admisible que resuelve jurídicamente el caso. Por la capacidad limitada del ser humano para procesar información, el abogado corporativo compila opiniones y se integra en equipos multidisciplinarios de trabajo, en busca de las distintas opciones que ofrece un caso; el abogado litigante conduce por sí mismo una tesis determinada dentro de un entorno netamente jurídico. En su investigación, el analista ha de abrirse a todas las perspectivas, hasta generar una solución que sea compartida por los decisores; en su defensa, el litigante procura anular o desvirtuar la posición contraria. El informe analiza y sopesa con neutralidad el problema y las diferentes variables que influyen en un caso; la acción del forense sostiene los intereses de una parte. En fin, mientras el abogado analista canaliza sus opiniones a través de documentos escritos, por otro lado, producto de la tendencia hacia la oralidad procesal, el abogado forense se expresa especialmente de manera verbal.

Por supuesto, esta matriz de dicotomías podría atenuarse o, aun, ampliarse. Hemos acentuado y exagerado sus contrastes, con el propósito de resaltar que –en algún punto de la carrera– el proceso educativo de los abogados debe hacerse cargo de tales diferencias.

Cuando las opciones de vida personales y sociales aconsejan potenciar las fortalezas más que suplir las debilidades, valorizar con ventajas agregadas a quienes ejercen como abogados analistas y asesores se torna entonces en un imperativo cultural impostergable.

Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes

Álvaro Paúl Díaz*

Sebastián Soto Velasco**

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo analizar desde una mirada más aplicada la importancia que, al momento de legislar, tiene la evaluación de las leyes en vigencia. En concreto se analizará la evaluación, por cierto escasa, y se describirán dos modelos comparados que pueden aportar al debate.

Para esto el trabajo se inicia con una visión más teórica de la importancia de la evaluación legislativa y de las diversas formas de evaluación que suelen utilizarse en Chile. Luego se analiza la experiencia comparada en la Unión Europea y en el Congreso de Estado Unidos con miras a observar la importancia que ocupa la evaluación al momento de legislar y discutir las políticas públicas. Finalmente, el trabajo se detiene en la práctica legislativa de evaluación de leyes vigentes analizando algunas que han sido evaluadas por diversos medios y otras que carecen totalmente de evaluación. Con esto, se intenta poner énfasis en la importancia práctica de contar con herramientas de constante evaluación legislativa al momento de legislar para así avanzar a un proceso más eficiente de formación de la ley.

* Actualmente se encuentra cursando un Master en Derecho (MJur) en la Universidad de Oxford. Es investigador asociado de Libertad y Desarrollo.

** Master en Derecho (LLM) Universidad de Columbia, NYC. Actualmente se desempeña como Director del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo y como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

I. Aspectos teóricos de la evaluación legislativa ex post

1. Cuestiones generales

A. Evaluación legislativa según el momento en que se efectúa

La evaluación normativa pretende apreciar si un determinado instrumento jurídico es eficaz para el cumplimiento de los fines que se propone. Tal ponderación puede ser efectuada respecto de distintos tipos de normas, ya sean de rango legal o reglamentario. Del mismo modo, ella puede ser llevada a cabo en diversos momentos de la gestación y vida de un instrumento jurídico. A grandes rasgos, pueden observarse dos momentos de evaluación:

a) El que se realiza antes de la entrada en vigencia de la norma, ex ante, dentro del cual es posible distinguir a su vez dos momentos: i) el que se realiza antes de que haya comenzado su proceso de dictación; y ii) el que se realiza durante ese proceso.[1]

b) El segundo momento se produce desde el momento en que una norma ha comenzado a regir, esto es, ex post.

El objetivo de este trabajo es analizar la evaluación de una norma jurídica específica: la ley, y en un momento determinado: una vez que ella ha entrado en vigor.

B. Propósito y beneficios de la evaluación legislativa ex post

Son múltiples los motivos por los cuales la evaluación legislativa ex post es deseable,[2] y sus beneficios se extienden tanto a las leyes consideradas en forma particular, como al proceso legislativo en general.

Entre los beneficios que reporta la evaluación legislativa respecto de leyes particulares se encuentran:

a) Determinar si efectivamente la ley está funcionando como se planeó al momento de su dictación;

[1] Este momento se producte especialmente en la dictación de las leyes, donde existe una distinción clara entre el momento en que se presenta el proyecto de ley y aquel en que se estudia dentro del Congreso.

[2] Cfr. LAW COMMISSION, THE, Post-Legislative Scrutiny. A Consultation Paper, Consultation Paper N° 178, Londres, 2005, pp. 30 y 31. Disponible en la World Wide Web: http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp178.pdf.

b) Analizar si cumple los efectos para los cuales fue dictada. En el caso de los cigarrillos, que exista una efectiva disminución del número de escolares fumadores;

c) Ponderar si alguno de los requisitos que la ley impone a los particulares requiere un ajuste para facilitar su entrada en vigencia.

d) Determinar si la relación costo-beneficio de la norma es adecuada.[3]

Es indudable que esta revisión tendrá efectos adecuados respecto del objetivo de las leyes evaluadas. Ello por cuanto permitirá determinar, por una parte, si la ley fue capaz de cumplir sus efectos, caso en el cual servirá como reconocimiento de la adecuada labor legislativa, o, por la otra, si es necesario subsanar algunas ineficiencias, sentando así las bases para una reforma legislativa. En la misma línea, si la legislación padece de efectos colaterales nocivos, será más probable que ellos sean corregidos a través de una modificación legal.

Un efecto concreto de la evaluación es que de ella surgen propuestas de cambio. En efecto, la evaluación *a posteriori* "es una herramienta legislativa y por ende no tendría sentido que su labor culminase con la simple detección de los problemas de vigencia. Es lógico que siga un paso más adelante y proponga también vías de actuación a la autoridad política".[4]

La evaluación legislativa ex post también influirá en el proceso legislativo en general, pues logrará que los parlamentarios no solo corrijan los errores de leyes aprobadas en el pasado, sino que también tiendan a tener una mirada más de futuro, al recordarles que legislar tiene efectos concretos y medibles. En

[3] Este beneficio es expuesto por Ulrich Karpen dentro de su exposición de "parámetros de evaluación de las consecuencias de las leyes". Él sostiene que las leyes debieran ser evaluadas según su efectividad, grado de cumplimiento del objetivo y relación coste-utilidad, para lo cual da un ejemplo interesante a partir de la norma que obliga a utilizar cinturón de seguridad. La efectividad se determinará según si las personas usan o no tal elemento de protección, y según si tal cumplimiento es o no homogéneo entre la población. El cumplimiento del objetivo se determinará atendiendo a si la obligación impuesta ha tenido o no el efecto de reducir los accidentes automovilísticos con resultado de muerte o de lesiones físicamente graves, ya que podría suceder que las personas, al utilizar cinturón de seguridad, fueran más temerarias al momento de conducir un automóvil. Por último, la relación coste-utilidad dependerá de si la menor incidencia de accidentes es proporcional a los costos que implica adquirir e instalar el cinturón, el control del cumplimiento de la norma y la persecución de las infracciones, etc., y si existen o no otras alternativas que logren el mismo objetivo, teniendo costos inferiores. KARPEN, ULRICH, "La Evaluación de las Consecuencias de las Leyes", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 8, Trad. por Brage Camazano, Joaquín, Madrid, 2004, pp. 310 y 311. Disponible en la World Wide Web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_307.pdf.

[4] OELCKERS CAMUS, OSVALDO, y ALAN BRONFMAN VARGAS, editores, *La Evaluación de las Leyes*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2002, p. 102.

triales nacionales y la regularización del Registro Pesquero Artesanal disponía que prácticamente la totalidad de la ley caducaría el día 31 de diciembre de 2002, sin embargo, posteriormente dicha vigencia fue prorrogada por la ley 19.849.

c) La ley número 19.888, que elevó el IVA de manera temporal desde un 18% a un 19% entre el 1 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre del año 2006. Esta norma temporal fue hecha permanente a través de la ley 20.102, publicada el 28 de abril de 2006.

Vemos que en todos los casos referidos la vigencia de las leyes con cláusula de caducidad fue prorrogada, pero ello no es una consecuencia que se derive por naturaleza de tales cláusulas. Ello ha ocurrido así seguramente porque las disposiciones que fijan la temporalidad de una ley han sido consideradas útiles para implantar medidas relativamente impopulares que una vez ejercidas durante algún tiempo son propuestas como definitivas.

2. Formas posibles de evaluación ex post

A. Cuestiones generales

La evaluación de las leyes puede ser realizada desde diversos enfoques. Desde un punto de vista amplio, la evaluación se detendrá en analizar si las leyes se enmarcan en un sistema de políticas públicas adecuadas. Una mirada distinta estudiará la efectividad de un proyecto de ley individualmente considerado. Asimismo, es posible buscar una evaluación desde un punto de vista técnico, o desde uno más político, que apunte hacia la aceptación de la ciudadanía. Dependiendo de estos factores deberá determinarse qué forma de evaluación ex post será aplicada en un momento determinado.

A continuación se analizan algunas formas posibles de evaluación que serán más o menos apropiadas, según el enfoque que quiera dársele a esta examinación.

B. Comisiones evaluadoras parlamentarias

Probablemente el método de evaluación post legislativa que más revuelo concita en la opinión pública es el de las comisiones evaluadoras del Congreso, muchas de las cuales se refieren a problemas surgidos como consecuencia de la aplicación de una ley. Estas comisiones consisten en grupos de parlamentarios, más o menos especializados, con mayor o menor exclusividad, dedicados específicamente a la evaluación de los resultados de las leyes aprobadas por el mismo Poder Legislativo.

Según se verá más adelante, en Chile podemos encontrar esta forma de análisis legislativo ex post en la figura de las Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados. No obstante lo anterior, la evaluación por parte de comisiones parlamentarias es una cuestión que no se refiere exclusivamente al ámbito de las comisiones investigadoras, que son una forma específica de control.

Las comisiones evaluadoras parlamentarias tienen la ventaja de que sus informes pueden causar impacto en la opinión pública y en los mismos legisladores, pero padecen de importantes deficiencias en cuanto instancias de análisis de las leyes. Tales carencias son las mismas con las que se topa toda labor de fiscalización parlamentaria entre las que contamos, por ejemplo:

a) La falta de recursos técnicos para desempeñar la tarea de evaluar las leyes.

b) En palabras del profesor Cea, la "inoperatividad de la fiscalización cuando el Gobierno tiene mayoría a su favor en la Cámara de Diputados. En tal hipótesis, los acuerdos no se adoptan, las observaciones tampoco son formuladas y las comisiones investigadoras no son creadas o, si lo son, quedan integradas por mayorías aliadas con el Gobierno. Por último, si las cosas avanzan mejor para la fiscalización, ocurre que esas comisiones evacuan informes que, salvo excepciones, resultan exculpatorios del Poder Ejecutivo y con alcances críticos demasiado tenues para él".[10]

c) Por último, serán los mismos creadores de las leyes quienes estarían evaluando la efectividad de su propio trabajo, actuando de este modo como juez y parte. En efecto, si bien la mala aplicación de la ley se debe a veces a la mala gestión del Gobierno, en otras ocasiones la razón será una deficiencia en la ley creada.

C. Evaluación por parte del servicio destinado a aplicar la ley

Otro modo posible de evaluar la ley es que sea el mismo servicio público destinado a aplicar la norma quien evalúe si ella ha sido adecuada o no. Un ejemplo de esto podría ser que Carabineros de Chile evaluara la ley que les quita a sus funcionarios la obligación de realizar tareas administrativas.[11]

[10] CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, "Reforma de la Fiscalización Parlamentaria en Chile", en Rev. derecho (Valdivia), [online]. dic. 1994, Vol. 5 [citado 25 junio 2008], pp. 13-25. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501994000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

[11] Ley N° 20.227. Modifica diversos cuerpos legales para suprimir funciones administrativas de Carabineros de Chile.

Una alternativa como ésta implicaría que el servicio público respectivo destinara personal *ad hoc* cuando fuere necesario evaluar alguna ley nueva que los rige, o que contratara evaluaciones por parte de entidades independientes y especializadas. La primera opción no siempre es conveniente tanto porque hay órganos públicos que no tienen la capacidad de hacerlo, como porque en la evaluación no habría suficiente imparcialidad. No obstante ello, toda institución pública debiera tener un marco de evaluación para que aquellos que aplican la ley puedan reunir e informar de los aspectos que debieran perfeccionarse.

D. Servicio público especializado

Otra forma de evaluación legislativa es la creación de un órgano específico del Estado que desarrolle las evaluaciones. Se ha señalado que "la instancia evaluadora debe ser una organización permanente que forme parte de un poder público",[12] ya que "existen ciertas responsabilidades y deberes (como la reserva) que recomiendan no distanciar esta función del sector público".[13] Los mismos autores que hacen tales afirmaciones reconocen que se pueden encomendar estudios evaluativos "concretos" a empresas privadas, pero parten de la premisa de que ello deberá ser realizado en forma excepcional. Tales propuestas buscan entregarle a la Administración del Estado una labor que podría ser realizada adecuadamente por particulares y no parece haber suficientes argumentos como para inclinarse por no convertir el encargo de evaluaciones a privados en el régimen general.

E. Comisión especial dependiente del Parlamento

Del mismo modo como existen servicios públicos dependientes de la Administración, sería posible imaginar órganos especiales dependientes del Poder Legislativo que se dedicaran a la evaluación de las leyes.

Una solución como ésta presenta similares virtudes y defectos que la de la creación de un servicio público especializado, pero además tiene algunas características especiales. Entre los beneficios que una institución como ésta podría tener se encontraría el que sus servicios serían más accesibles a los parlamentarios y, que en virtud de una mayor relación con el Congreso, a los evaluadores podría resultarles más fácil conocer cuál fue la voluntad de los diputados y senadores al momento de tramitar y aprobar una determinada ley.

[12] OELCKERS CAMUS, OSVALDO, y ALAN BRONFMAN VARGAS, editores, *La Evaluación de las Leyes*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2002, p. 119.
[13] Ibíd.

Entre los inconvenientes que podría presentar se encuentra el que dependería de un órgano que en algunos casos podría ser responsable de inoperatividad de una ley, es decir, de un órgano que en definitiva sería evaluado.

Si bien sería muy adecuado que existan servicios de evaluación legislativa ex ante que asesoren a los legisladores, no se ve una real necesidad de que una oficina de ponderación ex post de las leyes se encuentre relacionada con los autores de los actos evaluados.

F. Servicio público coordinador de evaluaciones

Otra posibilidad podría ser no crear una nueva entidad evaluadora, sino que encargar a un organismo ya existente la coordinación de la labor evaluadora de privados contratados al efecto. La aplicación de esta solución parece adecuada, por cuanto tiene la ventaja de la externalización de la tarea evaluadora, impidiendo así la rigidización de esta labor a través de la contratación especial de personal. Por otro lado, permite que este organismo adquiera una cierta especialización en la contratación de evaluaciones.

En la actualidad existe en Chile una instancia similar a la que se propone, pero sólo respecto de ciertos programas de gobierno. Ella es la Dirección de Presupuestos, que anualmente encarga la evaluación de un número importante de Programas del Ejecutivo.

G. Comisión de expertos creada por la ley evaluada

Es también posible que sea la misma ley la que establezca la existencia de una comisión de expertos encargada de evaluar su aplicación. Al tratarse de órganos *ad hoc*, difícilmente pueden ser objeto de una descripción general.

Con todo, esta opción puede tener aspectos positivos y negativos. Entre los primeros se encuentra el que los evaluadores, si son elegidos a través de un sistema adecuado, pueden ser verdaderos expertos en el tema estudiado. Dentro de los problemas que pueden presentar estas comisiones se encuentra la poca especialización que tendrán en el sistema mismo de evaluación legislativa, y que al no tratarse de un sistema institucionalizado, sólo existirán en aquellos casos en que los legisladores lo consideren adecuado, cuestión que puede no ajustarse a una real necesidad de evaluación.

II. Experiencia comparada

En derecho comparado se suele designar a la evaluación legislativa como RIA (*Regulatory Impact Analysis*), el cual "es un método empleado para valorar los costes y consecuencias de la promulgación de cada ley y evaluar los anteproyectos de nuevas leyes".[14] La evaluación legislativa se ha convertido, durante las últimas tres décadas, en un elemento muy importante de la práctica legislativa, que cada vez tiende más a extenderse e institucionalizarse.[15] Veremos a continuación dos modelos comparados.

1. Unión Europea

En la Unión Europea, como explica Caballero Sanz, "todas las propuestas incluidas en el programa anual de trabajo de la Comisión, sea cual sea su naturaleza, es decir, tanto si se trata de nuevos programas de gasto como si se trata de propuestas legislativas, reglamentarias o decisiones políticas de cierta relevancia, como por ejemplo un plan de acción, un mandato de negociación internacional o un libro blanco, deben ir acompañadas de una evaluación *ex ante* o análisis de impacto. Tan solo los libros verdes y las consultas a los interlocutores sociales están exentos de este requisito. Además, una comunicación de la Comisión de julio del 2000 requiere que todas las actividades de la Comisión han de ser objeto de una evaluación *ex post* o a medio plazo cada seis años".[16]

Como puede apreciarse, la evaluación legislativa tiene una importancia fundamental en la vida normativa de la Unión Europea. El examen *ex post*, así como la evaluación *ex ante*, se encuentran generalizados en la Comisión Europea desde los años noventa. Posteriormente, el año 2000 se extendió "más allá de las políticas de gasto para cubrir el conjunto de todas las actividades comunitarias, tanto las actividades internas de gestión y administración como la formulación y aplicación de la legislación comunitaria".[17] Desde ese mismo año, cada Dirección General realiza la labor de evaluación según los términos establecidos por el Director General.[18]

[14] KARPEN, ULRICH, "La Implantación de la Evaluación Legislativa en Europa: Modelos y Tendencias Actuales", en *La Evaluación de las Leyes*. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Francesc Pau i Vall y Javier Pardo Falcón coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 57.

[15] Ibíd., p. 58.

[16] CABALLERO SANZ, FRANCISCO, "La Evaluación en la Unión Europea", en *La Evaluación de las Leyes*. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Francesc Pau i Vall y Javier Pardo Falcón coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp. 149 y 150.

[17] Ibíd., p. 157.

[18] Ibíd., p. 158.

El sistema de evaluación de la Comisión es descentralizado, ya que no existe un organismo único encargado de las evaluaciones. De este modo, son "los servicios directamente responsables de las diversas actividades y políticas comunitarias quienes planifican y llevan a cabo los trabajos de evaluación",[19] habiendo en cada servicio unidades especializadas encargadas de prestar el apoyo técnico necesario. En el caso de la evaluación *ex post*, la coordinación está a cargo de la Dirección General de Presupuestos.

Para la obtención de información sobre la aplicación de las normas por parte de los Estados que conforman la Unión Europea, algunas directivas contienen exigencias de evaluación legislativa. Por ejemplo, el artículo 12 de la directiva 2005/35/EC, sobre contaminación emanada de barcos y la introducción de penas por infracciones, dispone que cada tres años los Estados miembros deben transmitir un informe a la Comisión sobre la aplicación de esa directiva.[20]

Diversos estudios realizados para ponderar la efectividad de la evaluación legislativa *ex post* han concluido que ésta es utilizada por los servicios de la Comisión especialmente para la mejora de los reglamentos y la preparación en forma más adecuada de nuevos programas. Con todo, en opinión de Caballero Sanz aún falta que estas evaluaciones sean mejor aprovechadas, por ejemplo, tratando de lograr una mayor relación entre la evaluación ex ante y ex post, y una mayor utilización de los resultados de las evaluaciones para las posteriores asignaciones de recursos.[21]

B. Estados Unidos

El Congreso de Estados Unidos tiene una importante capacidad de evaluar las leyes no solo por la tarea que se les ha encomendado a órganos dependientes del Congreso, sino que también por la labor de órganos externos, públicos y privados.

Entre los primeros, es decir, aquellos que trabajan conjuntamente con el Congreso, cumplen roles de evaluación ex post la *Government Accountability Office* (GAO). La GAO tiene como función primordial fiscalizar, llevar a cabo investigaciones y evaluar los programas, operaciones y actividades del gobierno. Fue creada en 1921 y está dirigida por el Contralor General (Comptroller General),

[19] Ibíd., p. 151.
[20] LAW COMMISSION, THE, Post-Legislative Scrutiny. A Consultation Paper, Consultation Paper N° 178, Londres, 2005. Disponible en la World Wide Web: http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp178.pdf, p. 58. La directiva comentada puede encontrarse en la siguiente dirección de internet: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:255:0011:0021:ES:PDF.
[21] CABALLERO SANZ, FRANCISCO, op. cit., p. 159.

quien es elegido por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, y ejerce su cargo por 15 años no renovables.

A mediados de los 90 la GAO fue sometida a una revisión y se redujo su presupuesto y personal. Aun así, hoy cuenta con 3.215 empleados y un presupuesto de US$ 490 millones. Entre sus funciones actuales se cuentan realizar auditorias y evaluaciones de programas federales, conducir investigaciones especiales, establecer estándares mínimos de eficiencia para el trabajo del Ejecutivo y asesorar a las comisiones del Congreso en las áreas de su competencia. Dado que estas tareas pueden perder su sentido técnico y degenerar fácilmente en mera publicidad partidista, la GAO ha establecido protocolos para objetivar en alguna medida su trabajo.[22]

Una segunda institución relevante al momento de evaluar las leyes es el *Congressional Research Service* (CRS), que depende de la biblioteca del Congreso Nacional y entrega análisis técnicos e independientes de los más variados temas. Los orígenes de esta institución se remontan a 1914, cuando el Congreso solicitó que la Biblioteca del Congreso Nacional dedicara una oficina a la asesoría legislativa. Más tarde, en 1946 y 1970 por medio de dos profundas modificaciones legales, la institución fue adquiriendo una identidad propia y elevando su nivel técnico. Hoy cuenta con cerca de 700 profesionales y un presupuesto para el año fiscal 2006 de US$ 100 millones. Si bien esta institución tiene un rol de asesoría legislativa independiente, es común que sus informes citen las evaluaciones de la legislación vigente, tanto las positivas como las negativas, para así informar adecuadamente a los congresistas.[23]

Finalmente, el *Congressional Budget Office* (CBO) presta asesoría al Congreso en materias económicas y de presupuesto. Fue creado en 1974 y cuenta hoy con 230 profesionales y un presupuesto aproximado de US$ 35,5 millones. El CBO no está llamado a estimar los costos de todos los proyectos de ley, sino que únicamente respecto de aquellos que son informador por algún comité. En su estudio, los expertos deben evaluar el potencial impacto de la propuesta en los gastos e ingresos fiscales, así como también estimar el costo que la medida tendría en los Estados, gobiernos locales y el sector privado. El CBO también elabora reportes para asesorar a los congresistas en el estudio del presupuesto anual. Para que esta tarea sea realmente autónoma, la institución elabora sus propias estimaciones sobre la base de consultas y análisis de datos. De este

[22] KAISER, FREDERICK, GAO: Government Accountability Office and General Accounting Office, CRS Report for Congress, 12 de enero de 2006.
[23] BRUDNICK, IDA, The Congressional Research Service and the American Legislative Process, CRS Report for Congress, 14 de junio de 2006.

modo, el Congreso dispone de información propia, muchas veces distinta de la presentada por el Ejecutivo, y analiza el presupuesto desde esa perspectiva.

A estas tres instituciones, que permanentemente están evaluando la legislación vigente, se suman otras que son parte del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la *Office of Managment and Budget* (OMB) juega un importante papel en el análisis de las regulaciones que emanan del Poder Ejecutivo y en otra serie de tareas de control de las agencias gubernamentales. En otras palabras, juega en el Poder Ejecutivo Federal un papel similar al que la GAO juega en el Congreso. La OMB tiende a controlar el acceso de las agencias al Congreso y las peticiones de presupuesto, lo que la transforma en "la oficina a través de la cual el Presidente concreta sus prioridades".[24] Dentro de la OMB está la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), que cumple el rol evaluador de las regulaciones y políticas públicas del Poder Ejecutivo. Ya desde la época del Presidente Nixon, la Casa Blanca decidió revisar las regulaciones que emanaban de las diversas agencias federales, proceso que, con el tiempo, ha ido adquiriendo una mayor institucionalidad. En la actualidad, ciertas regulaciones deben ser sometidas a un análisis costo-beneficio, a una evaluación de pares o a un estudio de impacto. Todo ello con miras a evaluar los resultados concretos de la aplicación de la ley.[25] Aun cuando esta última institución puede calificarse como una de aquellas que evalúa ex ante, lo cierto es que también puede ser incluida en este listado de evaluación ex post, pues ambos procesos se vinculan estrechamente.

Estas son algunas de las instituciones que, en Estados Unidos, tienen entre sus atribuciones aportar elementos para una evaluación legislativa. Algunas de ellas trabajan junto al Congreso de ese país y otras lo hacen con el Presidente. Toda esta institucionalidad permite crear un ambiente de permanente evaluación de las regulaciones vigentes que promueve una constante y enriquecedora mirada crítica.

III. Algunas formas de evaluación ex post existentes en Chile

1. Comisiones investigadoras

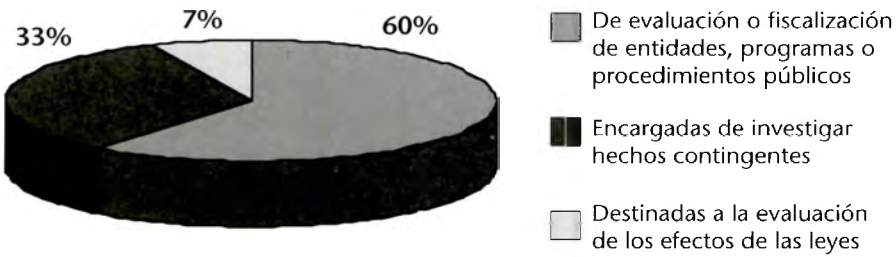
Nuestra Constitución establece que la Cámara de Diputados puede "fiscalizar los actos del Gobierno",[26] para lo cual tiene diversas facultades específicas. Una de éstas, que ha adquirido mayor notoriedad a partir de la reforma constitucional

[24] STRAUSS, PETER; RAKOFF, TODD, Y FARINA, CYNTHIA, *Administrative Law, Cases and Comments*, Décima Edición, 2003, p. 615.
[25] HEINZERLING, LISA, y TUSHNET, MARK, *The Regulatory and Administrative State*, 2006, pp. 741 y ss.
[26] N° 1 del Art. 52 de la Constitución Política de la República.

del año 2005, es la institución de las comisiones investigadoras, las que han sido en parte utilizada para llevar a cabo la evaluación legislativa por parte de la Cámara de Diputados.[27]

Una mirada a la práctica legislativa desde el año 1990, tal como lo muestra el siguiente gráfico elaborado por los autores y el Anexo de este documento, muestra que las comisiones investigadoras no han sido mayormente utilizadas en la evaluación de los efectos de las leyes. En efecto, de las 91 comisiones investigadoras aprobadas desde el año 1991, sólo 6 han dicho relación con la evaluación de los efectos de las leyes, mientras que 55 se dedicaron a evaluar o fiscalizar entidades, programas o procedimientos públicos, y 30 a investigar hechos contingentes.[28] Con todo, la reforma constitucional del año 2005 disminuyó el quórum para la formación de comisiones investigadoras, y en consecuencia la tendencia podría modificarse.

Objeto de Comisiones Investigadoras (03/1990 - 03/2008)



Fuente: elaboración propia con datos de la Cámara de Diputados. Ver Anexo.

2. Comisiones de expertos

La creación de comisiones de expertos puede ser efectuada en virtud de una ley, o como especial mandato del Ejecutivo o de algún otro órgano gubernamental para la evaluación de una ley particular. Asimismo, no es poco frecuente encon-

[27] Al respecto ver CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. "La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados", *Reforma Constitucional*, 2005, LexisNexis, pp. 507 y ss. Ver también FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. "La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar", en Ius et Praxis, [online]. 2002, vol.8, N°.1, pp. 461-481.

[28] Las comisiones investigadoras fueron consideradas de una u otra naturaleza, según el anexo que se copia al final de este documento.

trar instituciones privadas, especialmente académicas, que espontáneamente crean comisiones dedicadas a estudiar los efectos de determinadas leyes.

Dentro de los diversos tipos de comisiones de expertos clasificadas según su origen, las que se presentan con menor frecuencia son aquellas creada a través de una ley. Uno de esos casos excepcionales es el contemplado en la ley N° 20.110, que modifica la Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. El nuevo artículo cuarto transitorio dispone que una comisión formada por expertos "se encargará de evaluar la implementación de la presente ley e informar trimestralmente acerca del estado de avance de la misma a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Esta comisión será coordinada por el Ministerio de Justicia".

3. Evaluaciones por órganos no especializados de la Administración

Aunque el sistema que se señala a continuación no es una forma de evaluación legislativa, sino de examen de la gestión administrativa, es un modelo interesante de considerar. Dicho sistema es el método de escrutinio de Programas por la Dirección de Presupuestos que se encuentra establecido en el inciso tercero del artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley número 1.263 del Ministerio de Hacienda, sobre la Administración Financiera del Estado, en virtud del cual se han evaluado diversos programas en los años de funcionamiento.[29]

Dicho sistema busca "la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos",[30] cuestión que se realiza a través de un sistema de evaluación que abarca aspectos de "diseño institucional, consistencia con las definiciones estratégicas, aspectos de gestión organizacional y resultados. Tienen una duración aproximada de ocho a diez meses y son realizadas por universidades o empresas consultoras seleccionadas a través de concurso público".[31]

Este sistema ha sido objeto de algunas críticas que no es del caso analizar en profundidad en este documento. Entre otras, se dice que de cada peso evaluado en el presupuesto, hay $ 5 que no lo son; se critica también la escasa moder-

[29] Por ejemplo, el año 2007 se evaluaron 14 programas.

[30] Inciso 2° del artículo 52 del D.F.L. número 1.263 del Ministerio de Hacienda, sobre la Administración Financiera del Estado, en virtud del cual se han evaluado decenas de programas.

[31] http://geminis.dipres.cl/VirLib/ayudaECG.htm. Tal definición es efectuada por la Dipres en su página web al definir el actual sistema de Evaluación Comprehensiva del Gasto (http://geminis.dipres.cl/VirLib/fr_consultaEvaluacion.htm).

nización del sistema de control y el bajo involucramiento de los ministerios respectivos en el control de gestión de los servicios públicos. Por otra parte se ha afirmado que el hecho que un 80% de los compromisos asumidos por los servicios y ministerios después de las evaluaciones haya sido cumplido puede ser un signo de las bajas metas y compromisos que los procesos de evaluación imponen a los organismos públicos.[32]

IV. Práctica legislativa y evaluación ex post

1. Cuestiones generales

A continuación se pretende llamar la atención utilizando ejemplos concretos y recientes sobre la importancia de la evaluación legislativa ex post.

Para esto se exponen casos de leyes que han sido objeto de evaluación ex post, identificando el organismo que ha llevado a cabo esa tarea y algunos casos de falta de evaluación legislativa. Esta enumeración no pretende ser exhaustiva, sino que simplemente aspira a destacar casos concretos en que el uso de esta herramienta aportaría elementos relevantes en el proceso legislativo.

2. Leyes con cierta evaluación

A. Evaluación de comisión investigadora

Ya se ha afirmado que las comisiones investigadoras en cuanto mecanismo de evaluación legislativa presentan ciertos inconvenientes. Es posible graficarlos a través de una normativa que fue recientemente evaluada a través de una comisión investigadora: las normas sobre el AUGE.

El plan AUGE se enmarca dentro de una reforma de salud compuesta por varias normas legales,[33] el cual fue sometido durante el año 2007 a evaluación por la "Comisión Especial Investigadora Encargada de Establecer las Causas que han Motivado los Incumplimientos en las Garantías de Oportunidad y Acceso al Plan Auge, en todos los Establecimientos de Salud Pública y de Atención Primaria del País".

[32] CASTRO FERNÁNDEZ, RODRIGO, *Proyecto de Ley de Presupuestos de 2008, Análisis y Comentarios*, 25 de octubre de 2007.

[33] La que establece un régimen de garantías en salud (N° 19.966), la que modifica la ley de Isapres (N° 20.015), la que establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria (N° 19.937), la que establece el financiamiento necesario (N° 19.888), y la que establece derechos y deberes de los pacientes en relación con su atención en salud, la que todavía no ha sido aprobada.

El informe despachado por la Comisión es un documento de 150 páginas que reúne gran cantidad de antecedentes relevantes y contribuye a comprender mejor las falencias del sistema y de su ley. Ello ya parece un suficiente aporte como para justificar el trabajo de la Comisión además de dejar en buen pie a la comisión especializada y a sus integrantes para exigir en el futuro cambios a la ley.

Con todo, la información recopilada por la Comisión Investigadora podría haber culminado con la aprobación de un texto que hiciera recomendaciones y manifestara en algún grado la opinión de la Cámara de Diputados. Ello no ocurrió, porque el informe incluía dos propuestas de conclusiones, una presentada por diputados de la Alianza y otra por diputados de la Concertación. Ambas eran radicalmente distintas, al punto que mientras la primera llamaba la atención sobre la insuficiente información, el incumplimientos de las garantías, la postergación de personas con patologías no AUGE, entre otras, la segunda, no obstante hacer ciertas recomendaciones, afirmaba que "es posible aseverar que nos encontramos frente a una política pública adecuadamente diseñada e implementada".[34] Así, aunque la Comisión Investigadora aprobó las conclusiones suscritas por los diputados de la Concertación, ellas fueron rechazadas en la Sala de la Cámara de Diputados. Ante este rechazo, y por disposición del Reglamento de dicha corporación, se entendió rechazado el informe completo y no solo las conclusiones de la mayoría de la Comisión. De este modo, el trabajo de meses quedó sin resultados cuando, eventualmente, podrían haberse votado las conclusiones de la minoría de la Comisión que hubieran podido obtener el apoyo mayoritario en la sala.

B. Evaluación por comisión de expertos o instituciones independientes

El 30 de agosto de 2004 se publicó la Ley que Crea los Tribunales de Familia, ley número 19.968. Dicha norma comenzaría a regir simultáneamente en todo el país el día 1 de octubre del año siguiente.

Es de conocimiento general que esta ley tuvo serios problemas de diseño, implementación y funcionamiento, dentro de los cuales se cuentan, entre otros, defectos en materia de transparencia, gestión, manejo de audiencias, carga de trabajo y mediación. Estas dificultades de implementación fueron analizadas en un completo trabajo realizado por profesores e investigadores

[34] Comisión especial investigadora encargada de establecer las causas que han motivado los incumplimientos en las garantías de oportunidad y acceso al plan Auge, en todos los establecimientos de Salud Pública y de Atención Primaria del país, Cámara de Diputados, Informe, 9 de enero de 2008, p. 140.

de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.[35] Adicionalmente, a instancias de la Comisión de Constitución del Senado y del Ministerio de Justicia se convocó a una comisión de expertos que debían analizar los defectos de la ley y los modos de solucionarlos. Las propuestas de esta comisión se concretaron en un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el 22 de agosto de 2006. En el fundamento de tal mensaje se da cuenta de este hecho: "el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, en el mes de abril del presente año (2006), convocó a una Comisión de Expertos en temas de familia, a fin de realizar un diagnóstico de la situación de dicha justicia y proponer soluciones a los problemas que se detectaran. Así fue como durante dos meses de intenso trabajo, los expertos comisionados, reunidos en tres subcomisiones –sobre gestión, procedimiento y mediación– tuvieron la oportunidad de analizar y recoger las experiencias de los más diversos intervinientes de este sistema: jueces de familia, funcionarios judiciales, administradores de tribunales, mediadores, consejeros técnicos y abogados litigantes en familia, con el fin de proceder, bajo la coordinación del mismo Ministerio, a la confección de un informe de evaluación, diagnóstico y proposición sobre los aspectos a mejorar en este nuevo sistema".[36]

El mismo mensaje agrega más adelante que "una vez emitido dicho informe y analizadas sus conclusiones, el Ministerio de Justicia, con una importante colaboración de parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de la Comisión designada por la propia Corte Suprema al efecto, integrada por Jueces de Familia y Ministros de Corte de Apelaciones, se abocó a la búsqueda de las mejores soluciones a los problemas detectados en la nueva justicia de familia, cuyo fruto se refleja en la presente iniciativa legal". Finalmente, en el Congreso Nacional se perfeccionó una serie de aspectos del proyecto que fueron finalmente aprobados en la Ley N° 20.286.[37]

Así, vemos que en el caso descrito actuaron en forma conjunta tanto las comisiones de expertos privadas y las ordenadas por el Gobierno.

Otro caso similar, aun cuando de menor implicancia práctica, se relaciona con la exigencia que creó la Ley 19.334, que instituyó como obligatorio el trámite de la conciliación establecido en el Código de Procedimiento Civil.[38] La norma

[35] Cfr. CASAS, L., DUCE, M., ET AL., "El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria", Universidad Diego Portales, disponible en la World Wide Web: http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP_Final_%202%201.pdf. Enero de 2006.

[36] Boletín 4438-07.

[37] D.O. 15 de septiembre de 2008.

[38] Previamente ella había sido incorporada al Código de Procedimiento Civil el año 1944 a través de la Ley N° 7.760, que la estableció como facultativa. El proyecto que culminó en la reforma del año

ha sido objeto de crítica, pues se postula que este trámite es poco efectivo y, no obstante ello, su falta puede acarrear la nulidad de un procedimiento por tratarse de un trámite esencial. Un trabajo independiente elaborado en el marco del Convenio de Investigación y Cooperación Científica realizado entre la Corte Suprema y la Universidad de los Andes buscó evaluar la efectividad de la norma que establece dicho trámite. En dicho estudio se analizó tanto la percepción de abogados y jueces sobre la conciliación, como la constatación empírica de una serie de ineficiencias del sistema. Se dice, por ejemplo, que en un porcentaje importante de las conciliaciones no concurren ni la parte demandada ni su abogado, y que según consta en las actas de las conciliaciones ningún tribunal propone bases de arreglo.[39] Con todo, a la fecha estas observaciones no han generado una reacción de las autoridades colegisladoras.

3. Algunos casos de falta de evaluación

A. Para estudiar la ampliación de una legislación aparentemente exitosa: tramitación de posesión efectiva ante el Registro Civil

Es posible dar ejemplos de legislaciones que han sido aparentemente exitosas, y cuya evaluación permitiría determinar si conviene o no repetir su modelo en otras áreas. El ejemplo que se considerará es la Ley 19.903, de abril de 2004, que estableció que el trámite de Posesiones Efectivas de las Herencias Intestadas se solicitaría en cualquier Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, y no ante los Tribunales de Justicia, como solía hacerse.

Esta ley, que fue objeto de una importante evaluación previa antes de ser presentada como proyecto de ley,[40] significó que las herencias intestadas podían ser solicitadas por los herederos ante el Registro Civil sin necesidad de contar con abogados, cuestión que significó una simplificación del trámite de la posesión efectiva, además de una disminución de la carga de trabajo de los Tribunales de Justicia. En abril de 2007 ya se habían efectuado 160.000 posesiones efectivas a través de este medio,[41] siendo la duración promedio de este trámite sólo 35 días.[42] Si bien la pura disminución del plazo no es un signo positivo *per*

1994 se basó en parte en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, pero sufrió ciertas modificaciones durante su tramitación. ÁLVAREZ FONTECILLA, FRANCISCO ET AL., "La Conciliación como Trámite Esencial en el Proceso Civil Ordinario: Estudio Empírico", Tesis para Optar al Grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de los Andes, 2005, pp. 27 ss.

[39] Ibíd., p. 139.

[40] Así lo indica el fundamento del mismo proyecto de ley. Una versión resumida del informe, preparada por Jorge Correa Sutil y Alejandra Aguad Deik, puede ser encontrada en la siguiente dirección web: http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/posesion_efectiva.pdf.

[41] http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2007/ABRIL/28_abril_2007.htm.

[42] Datos obtenidos de la revista *Capital* en http://www.capital.cl/capital-legal/efectivas-posesiones.html.

se, al menos es un indicador relevante. Si a esto sumáramos una evaluación más profunda de la ley que permitiera conocer el grado de satisfacción de los usuarios, los costos asociados y otros factores relevantes, podría concluirse que sistemas similares debieran extenderse a otro tipo de posesiones efectivas, como las testadas donde no hay controversia, o incluso a otro tipo de causas judiciales no contenciosas.

B. Para hacer más operativa una ley: reconocimiento civil del matrimonio religioso

Una disposición legal de menor relevancia, pero que sirve también para demostrar la falta de evaluación legislativa ex post, es la disposición de la Ley de Matrimonio Civil, publicada el 17 de mayo de 2004, que permite reconocer los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público.[43]

Tal disposición, aun cuando ha sido utilizada en el último tiempo y con una tendencia al alza,[44] tiene inconvenientes que han impedido una mayor aplicación de dicho procedimiento. Entre ellos se encuentra el que la ley exige un plazo de ocho días para proceder a la ratificación que establece la ley y principalmente que el Reglamento del mismo Registro Civil dispone que no es posible efectuar este trámite secundario a través de apoderados.

El caso es particularmente interesante, pues la discusión del asunto en el Congreso Nacional generó polémica pública entre algunos que alegaban que la norma violaba la separación entre la Iglesia y el Estado, y otros que sostenían que la disposición no era más que una forma de conceder valor jurídico a manifestaciones religiosas.[45] Finalmente el artículo fue aprobado con el ánimo de promover este mecanismo, dando un paso hacia el reconocimiento civil del matrimonio religioso. Sin embargo, la norma legal no ha tenido los efectos que el legislador aparentemente quiso darle, entre otras cosas, por una falta de evaluación ya no solo de la misma ley, sino que de las normas reglamentarias que regulan su ejecución.[46]

[43] Artículo 20 de la Ley N° 19.947.

[44] CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Matrimonio Religioso con Efectos Civiles*, El Mercurio, 4 de febrero de 2008.

[45] Ver en especial sesión del Senado de 13 de enero de 2004.

[46] Aunque es interesante analizar que existen al menos cinco proyectos que perfeccionan la norma descrita. Los números de boletín de tales proyectos son: 3972-18, 3732-18, 3536-18, 5756-07 y 5815-07.

C. Para resolver las deficiencias en la aplicación de una norma: Ley de Violencia en los Estadios

La Ley N° 19.327, que Fija Normas Para la Prevención y Sanción de Hechos de Violencia en Recintos Deportivos con Ocasión de Espectáculos de Fútbol Profesional, promulgada originalmente el año 1994 y modificada el año 2002, es un caso ejemplar de normas que no han sido efectivas y que requieren de mayor evaluación.

A la fecha, según informaciones de prensa, se contabilizan sólo 59 personas acusadas y 28 condenadas a no asistir a los estadios mientras se disputan espectáculos deportivos.[47] La percepción general es que la ley no entrega las herramientas necesarias para disminuir la violencia en los recintos deportivos o que ésta no ha sido debidamente aplicada. Una evaluación legislativa ex post podría promover medidas adicionales y más eficientes que imiten experiencia comparada y evalúen en detalle la efectividad de algunos instrumentos hoy vigentes.

La necesidad de la evaluación se hace más patente por el ánimo de legislar que existe hoy en muchos parlamentarios. En efecto, existen al menos siete proyectos de ley que, ante esta falta de eficacia, buscan la modificación de la ley de violencia en los estadios.[48] Todo indica que, sin una adecuada evaluación de la actual ley, las modificaciones carecen de información para atender las verdaderas deficiencias de la ley.

D. Para resolver la inadecuada aplicación de un sistema de normas: leyes de donaciones

Las leyes pueden ser no sólo evaluadas individualmente, sino que también como parte integrante de un conjunto, de un sistema legislativo formado por una serie de normas. Un ejemplo de estos complejos legislativos es nuestro sistema de donaciones con beneficios tributarios, el que incluye las leyes de

[47] El Mercurio, 14 de noviembre de 2008. "Estadios Nuevos Incluyen Celdas de Detención".

[48] Tales proyectos son: a) Boletín N° 3347-07, Modifica la ley N° 19.327, que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional; b) Boletín N° 3522-07, que modifica la ley con el objeto de establecer nuevas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, entre otros cambios; c) Boletín N° 3629-07, que establece la prevención y sanción de la violencia en espectáculos públicos masivos; d) Boletín N° 4832-07, que modifica diversos cuerpos legales, en materia de orden público; e) Boletín N° 5298-07, que modifica la ley para permitir que la Asociación Nacional de Fútbol Profesional pueda querellarse en el caso que indica; f) Boletín N° 5594-07, Modifica la ley N° 19.327 con el fin de otorgar al tribunal la facultad de prohibir a los imputados por delitos que indica, de asistir a espectáculos de fútbol profesional, y g) Boletín N° 5641-07, que establece medida cautelar por violencia en los estadios de fútbol.

Donaciones a Universidades e Institutos Profesionales,[49] de Donaciones Culturales o de Donaciones con Fines Culturales (Ley Valdés),[50] de Donaciones para Fines Educacionales,[51] de Donaciones Sociales,[52] entre otras.

La diversidad de regímenes de donaciones ha generado que ellos tengan dispares grados de aplicación. En tal sentido, llama la atención que las donaciones con fines sociales, sobre cuya importancia existe gran consenso, sean las que obtengan una menor cantidad de créditos tributarios en relación con las demás donaciones con beneficios impositivos. Vemos en el Informe de Gasto Tributario correspondiente,[53] que dentro de los créditos al impuesto a la renta de las empresas del año 2004, el crédito otorgado por donaciones a universidades fue de $ 6.003 millones, el de donaciones con fines educacionales de $ 4.292 millones, el de donaciones con fines culturales de $ 2.339 millones, la de donaciones deportivas de $ 1.254 y el de donaciones con fines sociales y públicos, de sólo $ 97 millones. Las razones que podrían motivar estas diferencias son múltiples, pero ciertamente el marco legal es una importante.

Al respecto, un estudio de Libertad y Desarrollo ha señalado que la ley de donaciones con fines sociales es la que más inconvenientes presenta.[54] Entre otros, por la imposibilidad de que las personas naturales se acojan a los beneficios de esta ley, a diferencia de lo que sucede con otras normas que sí lo permiten (p. ej. donaciones deportivas, universitarias y culturales),[55] y por la obligación de destinar a un fondo mixto un tercio del monto de las donaciones para poder

[49] Artículo 69 de la Ley 18.681.

[50] Artículo 8° de la Ley 18.985 (la misma que subió el IVA de 16 a 18%).

[51] Ley 19.247.

[52] Ley 19.885, que norma el buen uso de donaciones de personas jurídicas que dan origen a beneficios tributarios y los extiende a otros fines sociales y públicos. Al respecto ver también Sebastián Soto, "El Trabajo Legislativo del 2003: una Evaluación desde la Perspectiva de la Sociedad Libre", Libertad y Desarrollo, Serie Informe Legislativo N° 23, p. 28.

[53] SUBDIRECCIÓN DE ESTUDIOS, SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, *Informe de Gasto Tributario: Ejecución 2004, Proyección 2005 y Proyección 2006*, 2006, disponible en la World Wide Web en: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/informe_completogt_2005.pdf.

[54] LIBERTAD Y DESARROLLO, "Leyes de Donaciones: Descentralizando la Acción Social", en *Temas Públicos*, N° 879, 2008. Ver también LIBERTAD Y DESARROLLO, "Incentivos Tributarios a Donaciones: Un Paso Atrás", en *Temas Públicos*, N° 658, 2003.

[55] Al respecto, el mismo informe señala que con ello se establecen barreras a la utilización de beneficios tributarios, cuestión inconveniente, ya que Chile tiene un gran potencial en la descentralización de la acción social. En efecto, un 90,4% de los chilenos mayores de 15 años reconoce haber efectuado en el último tiempo donaciones en dinero, ya sea en mensualidades, colectas, a mendigos o entregando el vuelto en locales comerciales, siendo $ 3.443 el promedio de donación mensual (Estudio de Trascender y Collect GFK. http://www.fundaciontrascender.cl/home/doc/EstudioNacionalVoluntariado_2007.pdf). Asimismo, según un estudio realizado por la Universidad Johns Hopkins, en el país existen más de 107.000 organizaciones que emplean a más de 300.000 personas, remunerada o voluntariamente, siendo el mayor sector sin fines de lucro en América Latina ("Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro". Disponible en: http://www.jhu.edu/cnp/PDF/esfl_completo.pdf).

acceder al beneficio tributario. Si bien una norma similar existe en otra ley, la del deporte, en ella se eximen de aportar ciertas donaciones, por ejemplo, las que se destinen a financiar determinados proyectos cuyo costo total sea inferior a 1.000 UTM.

Éstos y otros desincentivos están siendo analizados y modificados en el Congreso en la discusión de un proyecto de ley que modifica la ley de donaciones con fines sociales.[56] Con todo, y desde una perspectiva más global, no existen estudios recientes que evalúen en forma acabada el funcionamiento del sistema de donaciones con beneficios tributarios. En tal sentido, después de bastantes años de aplicación de las leyes de donaciones, aún es posible sostener que "la disponibilidad de información sobre el impacto de los incentivos tributarios existentes en Chile es bastante limitada. En general, se ha constatado que el sector público no tiene conocimiento ni mayor interés en el desarrollo del sistema, ni se dispone de información estadística sistematizada sobre el monto de recursos privados transferidos hacia las IPSFL [instituciones privadas sin fines de lucro] por medio de tales franquicias. Estas limitaciones se traducen en que la posibilidad de adoptar políticas de incentivos tributarios más generosas hacia el tercer sector se ve bastante restringida, ya que mientras no se disponga de información estadística al respecto, no se podrá estimar el rendimiento e impacto de tales franquicias".[57]

Por todo esto, pareciera ser este un área donde una evaluación legislativa ex post podría aportar elementos que no solo permitieran superar obstáculos de una ley específica, como la que regula las donaciones con fines sociales, sino que armonicen el sistema como un todo y promuevan una verdadera democracia tributaria que extienda su aplicación y proyecciones.

E. Para resolver la falta de aplicación de una norma: CONAF

En ciertas ocasiones la evaluación legislativa ex post deberá centrarse en analizar las razones de la falta de aplicación de una norma. El ejemplo por excelencia en este caso es la Ley 18.348, que Crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, que también podrá adoptar la denominación CONAF, publicada en el Diario Oficial el día 19 de octubre de 1984. La institución creada por dicha ley buscaba terminar con la actual situación de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) creada mediante de-

[56] Número de boletín 5315-05.

[57] IRARRÁZABAL LL., IGNACIO, Y GUZMÁN C., JULIO, "Incentivos Tributarios para Instituciones Sin Fines de Lucro: Análisis de la Experiencia Internacional", en *Estudios Públicos*, N° 77, Verano 2000, Santiago, 2000, p. 239.

creto de 19 de abril de 1973 como una entidad de derecho privado que ejerce potestades públicas.

La citada ley establece en su artículo 19 que, con excepción de su artículo 15,[58] entraría "en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal", cuestión que hasta el momento no se ha realizado, por lo que la ley referida continúa inoperante.

Muchas son las razones por las cuales no se ha dictado el reglamento. Incluso la Contraloría General de la República y el propio Tribunal Constitucional[59] han llamado la atención de los órganos colegisladores para que den una solución a un asunto que lleva más de veinte años esperándola. Una evaluación técnica, que considere los diversos factores en juego, debiera conducir a una pronta salida.

Conclusión

En estas páginas se han planteado algunas ideas sobre la relevancia de evaluar las leyes vigentes para el adecuado trabajo legislativo. Al mismo tiempo, se ha querido dar una visión más aplicada, pero también crítica, del modo como se están evaluando las leyes hoy en nuestro país.

Como se ha visto, la evaluación de las leyes en vigencia es un instrumento necesario para legislar con eficiencia. Un adecuado proceso de evaluación permitirá determinar si la ley cumple los objetivos originales, si requiere de algunos ajustes o si su aplicación genera más costos que beneficios. También permitirá avanzar en futuros perfeccionamientos y aprender de experiencias pasadas.

Para llevar a cabo un proceso de evaluación de las leyes vigentes, el trabajo presenta diversas opciones para luego analizar con mayor detención la experiencia de la Unión Europea y de Estados Unidos. Las comisiones del Congreso Nacional, la evaluación por parte del servicio destinado a aplicar la ley, la creación de un servicio público especializado, las comisiones especiales dependientes del Parlamento y las comisiones de expertos, son algunos mecanismos utilizados.

Al dar una mirada a Chile solo puede concluirse que el proceso de evaluación de las leyes vigentes ha carecido de consistencia y efectividad. Según se ha

[58] Que facultaba al Presidente de la República para fijar por D.F.L. la planta del personal de la nueva corporación.
[59] Sentencia Rol N° 1.024 de 01 de julio de 2008.

analizado, las comisiones investigadoras, los paneles de expertos y otras formas de evaluación presentan deficiencias. Si bien hay algunos ejemplos en sentido contrario, en términos generales puede decirse que aún falta mucho por recorrer para hacer de la evaluación de leyes vigentes un mecanismo habitual y efectivo. Este diagnóstico general debiera incentivar un análisis más profundo tanto en el Congreso Nacional como en el Poder Ejecutivo para idear mecanismos eficientes de evaluación que incentiven un constante análisis crítico, desde variadas perspectivas, de la legislación vigente.

Bibliografía

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, "La Fase Prelegislativa", en *La Técnica Legislativa ante la Elaboración de la Ley*, Osvaldo Oelkers Camus et al., editado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago, 1998.

ÁLVAREZ FONTECILLA, FRANCISCO ET AL., *La Conciliación como Trámite Esencial en el Proceso Civil Ordinario: Estudio Empírico*, Tesis para Optar al Grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de los Andes, 2005.

BRUDNICK, IDA, "The Congressional Research Service and the American Legislative Process", CRS Report for Congress, 14 de junio de 2006.

CABALLERO SANZ, FRANCISCO, "La Evaluación en la Unión Europea", en *La Evaluación de las Leyes*. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Francesc Pau i Vall y Javier Pardo Falcón coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

CASAS, L., DUCE, M., ET AL., *El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria*, Universidad Diego Portales, disponible en la World Wide Web: http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP_Final_%202%201.pdf. Enero de 2006.

CASTRO FERNÁNDEZ, RODRIGO, "Proyecto de Ley de Presupuestos de 2008, Análisis y Comentarios", 25 de octubre de 2007.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, "Reforma de la Fiscalización Parlamentaria en Chile", en Rev. derecho (Valdivia), [online]. dic. 1994, Vol. 5 [citado 25 Junio 2008], pp. 13-25. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script= sci_arttext&pid=S0718-09501994000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA ENCARGADA DE ESTABLECER LAS CAUSAS QUE HAN MOTIVADO LOS INCUMPLIMIENTOS EN LAS GARANTÍAS DE OPORTUNIDAD Y ACCESO AL PLAN AUGE, EN TODOS LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PÚBLICA Y DE ATENCIÓN PRIMARIA DEL PAÍS, CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe, 9 de enero de 2008.

CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. "La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en *Reforma Constitucional*, 2005, LexisNexis.

CORREA SUTIL, JORGE, Y AGUAD DEIK, ALEJANDRA, "Racionalización de la Posesión Efectiva", disponible en la World Wide Web: http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/posesion_efectiva.pdf.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. "La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar", en *Ius et Praxis*, [online]. 2002, vol.8, N° 1 [citado 25 Junio 2008], pp. 461-481. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100025&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA – SERVICIO NACIONAL DE MENORES, "Balance del Primer Año de Funcionamiento de la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente", junio de 2008. Disponible en la World Wide Web en http://www.minjusticia.cl/rpa_04_06_08.pdf.

HEINZERLING, LISA, y TUSHNET, MARK, *The Regulatory and Administrative State*, Oxford, 2006.

IRARRÁZABAL LL., IGNACIO, Y GUZMÁN C., JULIO, "Incentivos Tributarios para Instituciones sin Fines de Lucro: Análisis de la Experiencia Internacional", en *Estudios Públicos*, N° 77, Verano 2000, Santiago, 2000.

KAISER, FREDERICK, "GAO: Government Accountability Office and General Accounting Office", CRS Report for Congress, 12 de enero de 2006.

KARPEN, ULRICH, "La Implantación de la Evaluación Legislativa en Europa: Modelos y Tendencias Actuales", en *La Evaluación de las Leyes*. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Francesc Pau i Vall y Javier Pardo Falcón coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

KARPEN, ULRICH, "La Evaluación de las Consecuencias de las Leyes", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8, Trad. por Brage Camazano, Joaquín, Madrid, 2004. Disponible en la World Wide Web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_307.pdf.

LAW COMMISSION, THE, *Post-Legislative Scrutiny. A Consultation Paper*, Consultation Paper N° 178, Londres, 2005. Disponible en la World Wide Web: http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp178.pdf.

LIBERTAD Y DESARROLLO, "Incentivos Tributarios a Donaciones: Un Paso Atrás", en *Temas Públicos*, N° 658, 2003.

LIBERTAD Y DESARROLLO, "Leyes de Donaciones: Descentralizando la Acción Social", en *Temas Públicos*, N° 879, 2008.

OELCKERS CAMUS, OSVALDO, y ALAN BRONFMAN VARGAS, editores, *La Evaluación de las Leyes*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2002.

STRAUSS, PETER; RAKOFF, TODD, y FARINA, CYNTHIA, *Administrative Law, Cases and Comments*, décima edición, 2003, p. 615.

SUBDIRECCIÓN DE ESTUDIOS. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Informe de Gasto Tributario. Ejecución 2004, Proyección 2005 y Proyección 2006*, 2006, Disponible en la World Wide Web: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/informe_completogt_2005.pdf.

Anexo: Listado de Comisiones Investigadoras Constituidas (Marzo 1990- Marzo 2008)

A. Comisiones de Evaluación o Fiscalización de Entidades, Programas o Procedimientos Públicos

1. Sobre la gestion de la ex ANAP.
2. Sobre las operaciones de EMPREMAR, especialmente m/n Valeria.
3. De los servicios de inteligencia.
4. De los ingresos y gastos de las entidades de la Administración del Estado.
5. Sobre la administración de CORFO y las privatizaciones de empresas pertenecientes a esa institución.
6. Del giro de sumas de dinero por el Ejército (Pinocheques).
7. De la situación (económica) de Televisión Nacional de Chile.
8. Sobre los bienes del Congreso.
9. De los recintos carcelarios.
10. De problemas administrativos en la empresa nacional del carbón ENACAR.
11. Del cumplimiento del plan de desarrollo estratégico de la empresa de FF.CC. del Estado.
12. De Digeder, fiscalización y probidad administrativa.
13. De las irregularidades denunciadas en la Dirección Nacional de Aduanas.
14. De todos los antecedentes relativos a programas asistenciales realizados, directa o indirectamente, por INDAP y CONAF.
15. De la entrega de recursos públicos a asociaciones y clubes profesionales de deportes.
16. De la situación que afecta a ESVAL por la paralización de las obras del colector de Valparaíso.
17. Irregularidades ocurridas en la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.
18. Situación que afecta al SERVIU de la VIII Región.
19. Del convenio de cooperación financiera destinado a fomentar la reinserción social de exiliados chilenos que han retornado al país, celebrado con la Rep. Federal de Alemania.
20. De la situación que afecta a la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena.
21. Irregularidades detectadas en la Coordinación Provincial de DIGEDER de Santiago.
22. De la actuación de los funcionarios públicos relacionados con la expulsión y posterior muerte de Harold Lieberman.
23. Programa Autoconstruccion en Iquique.
24. Riego campesino.
25. Adquisición libro "Chile, una Sociedad Emergente", de Joaquín Lavín, por Codelco y otros entes públicos y fiscales.
26. Utilización del fondo de estabilización de precios del petróleo.
27. Encargada de analizar las posibles irregularidades en el proceso de licitación de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. EMOS (ex ENDESA España y AGBAR).
28. Comisión especial investigadora de la venta de la empresa sanitaria de Valparaíso, ESVAL S.A.
29. Encargada de analizar la decisión adoptada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana de Santiago respecto de los vertederos de Santa Marta de Lonquén y Rinconada de Maipú.
30. Existencia de sobornos, exacciones ilegales, tráfico de influencias y cualquier otro ilícito en los procedimientos de licitación, adjudicación y funcionamiento de las plantas de revisión técnica en todo el país (coimas).
31. Relativa a las denuncias sobre los procesos de licitación de tratamiento de la basura.
32. Encargada de analizar las presuntas irregularidades ocurridas en la Casa de Moneda de Chile.

33. Presuntas irregularidades en el Servicio de Aduanas de Los Andes.
34. Encargada de analizar las presuntas irregularidades en las privatizaciones de empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990.
35. Para evaluar resultados de privatización de empresas sanitarias y de su control por los organismos públicos.
36. Encargada de analizar los procedimientos técnicos utilizados para validar las declaraciones de menores en casos de delitos sexuales cometidos en su contra.
37. Encargada de analizar las denuncias efectuadas por la ex jefa de división de comunicaciones, sobre presuntas irregularidades en el MOP (caso GESCAM).
38. Comisión investigadora encargada de analizar eventual intervención electoral (planes de generación de empleo (PGE) del Gobierno).
39. Examen de las eventuales irregularidades cometidas en el Servicio Médico Legal, que condujeron a la errónea identificación de los cuerpos humanos hallados en el patio 29 del Cementerio General.
40. Avisaje del Estado.
41. Eventuales irregularidades cometidas por Codelco-Chile, ocasionadas por el derrame de relave en el embalse Carén, provenientes de la División El Teniente, hecho ocurrido el 16 de abril de 2006, y cuyas aguas contaminadas escurrieron hacia los esteros Carén y Alhué.
42. Antecedentes de la contaminación por transfusión de sangre a más de una decena de menores de edad.
43. Eventuales responsabilidades de retraso por parte del ISP en el peritaje de drogas de la I Región.
44. Eventuales irregularidades en Chile Deportes.
45. Eventuales responsabilidades de funcionarios del Ejército y Carabineros en la muerte de don Hernán Meneses Zambrano.
46. Presuntas irregularidades ocurridas en la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE).
47. Eventuales errores en el proceso de diseño e implementación del plan Transantiago.
48. Transparencia y eficiencia de los procedimientos administrativos ordenados por los Servicios de Salud.
49. Presuntas irregularidades de remuneraciones y de honorarios respecto de asesorías efectuadas en las diferentes reparticiones gubernamentales, desde 1990, en especial a instituciones dependientes del Ministerio de Justicia (Gendarmería).
50. Presuntas irregularidades en la Corporación de Desarrollo de Arica y Parinacota (CORDAP).
51. Causas que han motivado los incumplimientos en las garantías de oportunidad y acceso al plan AUGE.
52. Analizar eventuales irregularidades en CODELCO-Chile.
53. Responsabilidad administrativa y política que les cabe a las máximas autoridades del SENAME y al Ministro de Justicia.
54. Investigue el proceso de concesiones carcelarias.
55. Eventual crisis hospitalaria.

B. Comisiones Encargadas de Investigar Hechos Contingentes

1. Del sistema de comercialización de los medicamentos y productos farmacéuticos.
2. De la quiebra de Loza-Penco.
3. Uvas envenenadas.
4. De la pobreza en Chile.
5. Del deterioro de la capa de ozono y sus efectos en la población y el medio ambiente nacional.

6. Del problema de la droga en Chile (1).
7. Cancelación de la personalidad jurídica de Colonia Dignidad (1).
8. Cumplimiento de recomendaciones efectuadas en informe de la comisión investigadora de la cancelación de la personalidad jurídica de Colonia Dignidad (2).
9. Sobre la situación del maltrato infantil en Chile.
10. De la situación que afecta a la empresa de agua potable Lo Castillo y Servicomunal.
11. Del vertedero ubicado en el fundo Lepanto. (EMERES).
12. Racionamiento eléctrico.
13. Incendios forestales en Séptima, Octava y Novena Región.
14. Tráfico de desechos o residuos tóxicos.
15. Investigadora del cumplimiento por parte de las empresas concesionarias viales de los contratos suscritos con el Estado de Chile (TRIBASA).
16. Concentración económica en Chile.
17. Comisión investigadora de las sectas religiosas (Centro de Estudios Tibetanos).
18. Comisión investigadora para analizar las altas concentraciones de boro en el agua potable de Arica.
19. Comisión investigadora de las implicancias constitucionales, legales y reglamentarias de la renuncia a su cargo del Almirante (r) y ex Comandante en Jefe de la Armada, señor Jorge Arancibia Reyes.
20. Sobre aumento de las tarifas de agua potable.
21. Encargada de analizar el actuar de los organismos del Estado en las irregularidades ocurridas con motivo de las actividades financieras del grupo INVERLINK.
22. Encargada de analizar los antecedentes relativos a la grave contaminación por plomo que afecta a la ciudad de Arica.
23. Encargada de analizar la situación que afecta a los trabajadores portuarios.
24. Encargada de analizar la tala ilegal del alerce en Chile.
25. Encargada de reunir antecedentes que le permitan configurar una opinión política e histórica respecto de la intervención encubierta en Chile de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos de América (CIA).
26. Presuntas irregularidades en la apertura de las compuertas de la Central Pangue, hecho ocurrido el día 11 de julio del año en curso (temporales).
27. Derrumbe en mina de Chuquicamata.
28. Investigue accionar de la Dirección del Trabajo ante eventuales irregularidades de tipo laboral por parte de la empresa DyS (Líder).
29. Investigue respecto de casos de niños y adultos perdidos y extraviados.
30. Investigue y estudie todos los hechos relacionados con la creación de una carrera de criminalística por parte de distintas casas de estudio.

C. Comisiones Destinadas a la Evaluación de los Efectos de las Leyes

1. De la normativa aplicable a los traspasos de acciones de grupos controladores de empresas, como lo ocurrido en ENERSIS, y el rol de las entidades administradoras en estos casos. (caso Chispas).
2. Sobre incumplimiento empresarial de la normativa laboral.
3. Para determinar las causas de los aumentos de los despidos por parte de los grupos empresariales antes de la entrada en vigencia de la reforma laboral.
4. Encargada de analizar la situación de los derechos de los trabajadores como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759.
5. Encargada de analizar las normas legales y reglamentarias que regulan los procedimientos y contrataciones de terceros por parte de CODELCO.
6. Evaluación de las disposiciones de la Ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización y fiscalización de los casinos de juego.

Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová

Enrique Alcalde Rodríguez
Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

"Ciencia sin conciencia es la ruina del alma".
François Rabelais

1. Planteamiento del tema

El tema propuesto en estas notas, qué duda cabe, toca los aspectos más sensibles y profundos de nuestra propia y personal existencia. Por lo mismo, a nadie escapará la relevancia que reviste analizar las posibles colisiones que, en determinadas hipótesis, pueden producirse entre la vida, como sustrato que sirve de sustento a los demás derechos del ser humano, y la libertad religiosa, en tanto presupuesto que permite dar respuesta a su destino o dimensión trascendente. Tampoco huelga destacar que el tratamiento de tal materia enlaza no sólo con aquellos aspectos vinculados a un determinado pensamiento filosófico o toma de posición en ámbitos morales, sino que también, y de un modo especial, se intrinca con consideraciones que pueden calificarse de puramente jurídicas. Estas últimas, a su vez, absorben una amplísima gama de tópicos que abarcan desde la conceptualización de los derechos fundamentales y la forma de imbricarlos con la hermenéutica constitucional, hasta sus implicancias en particulares disciplinas como el derecho internacional, el derecho de menores, el derecho penal e, incluso, las modalidades bajo las cuales es factible abordar determinadas políticas públicas.

Con todo, y dado los amplísimos márgenes del asunto planteado, en las líneas que siguen optaremos por comentar únicamente aquellos aspectos que se relacionan con los posibles conflictos entre derecho a la vida y libertad religiosa desde la perspectiva de la interpretación constitucional (incluyendo en ésta los tratados internacionales), con especial referencia a nuestra propia Carta Fundamental y recurriendo, para efectos de nuestro análisis, al caso paradigmático que se ha suscitado con ocasión de la negativa, precisamente en razón de sus convicciones religiosas, a recibir transfusiones de sangre por parte de

los Testigos de Jehová. Por lo mismo, omitiremos –salvo por lo que respecta a ciertas imprescindibles referencias– un pronunciamiento respecto de aquellas otras consideraciones que sugiere el examen del tema. En este contexto, y en lo tocante a los aspectos morales que envuelve la materia, nos limitaremos a dar una breve noticia acerca de las argumentaciones que, a nuestro entender, refuerzan las conclusiones jurídicas a que se arribará en la conclusión.

2. Consideraciones generales y experiencia comparada. El caso español

La doctrina comparada parece hallarse conteste en la dificultad que entraña desvincular las cuestiones objeto de nuestro análisis –que ciertamente afectan al origen mismo de la existencia– de las convicciones éticas o morales de carácter personal y social, siendo por lo demás sabido que usualmente la hermenéutica jurídica busca sus argumentaciones más profundas en una determinada concepción política, filosófica y antropológica del hombre y del universo.[1] En el caso que nos ocupa, bien destaca *Alain Garay* –abogado de la Corte de París– que tanto el ejercicio de la libertad ideológica o de conciencia como de la libertad religiosa se traduce no sólo en el derecho a asumir determinados postulados éticos, sino que en actuar coherentemente de acuerdo con los mismos en la propia esfera personal. De ello se sigue que, en realidad, lo que protege la Constitución, más que estas libertades en sí mismas, es el derecho a manifestarlas o no, y a actuar de acuerdo con el credo de cada cual. De ahí que para el Tribunal Constitucional español *"el derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual"*, pero *"junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de* agere licere *que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros"*; o, como afirma en otra ocasión, la libertad religiosa *"se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones"*. Tales reflexiones, según se advertirá desde ya, se traducen en la circunstancia de que el derecho a la libertad de conciencia y religiosa puede ser ejercido incluso frente a aquellas normas jurídicas que impongan una determinada obligación con carácter general a los ciudadanos. Dicho en otros términos, dichas libertades importan legitimar la objeción de

[1] Así lo han pretendido hacer, v.gr. DÍEZ RIPOLLÉS y MARTÍN (1997) y OLMEDO CARDENETE (2001); citados por SEGURA GARCÍA (2005). Otras consideraciones sobre el tema pueden verse, según cita de la misma autora, en CORCOY (1999) y KAUFMANN (1987).

conciencia frente a aquellos deberes jurídicos cuyo cumplimiento sea inmoral para un determinado sujeto por lesionar los requerimientos éticos de su propia religión.[2]

El mismo autor se ocupa de comentar dos decisiones importantes, ambas de fecha 9 de junio de 1998, adoptadas por el *Tribunal Administrativo de Apelación de París*, mediante las cuales se han trazado los límites materiales del respeto al consentimiento del paciente a quien se pretende realizar una transfusión de sangre que atenta contra sus convicciones religiosas. En este sentido, resalta el hecho que el tribunal haya reconocido el principio de la intangibilidad del consentimiento al acto transfusional, precisando, no obstante, cuatro condiciones copulativas que habilitan para desconocer efectos a la negativa del paciente, a saber: (i) Una situación de urgencia; (ii) Un pronóstico vital en tela de juicio; (iii) Ausencia de alternativas terapéuticas (está aquí envuelta la *obligación de medio* de los médicos y de los establecimientos hospitalarios concerniente hoy en día al desarrollo de las estrategias alternativas a la transfusión sanguínea);[3] y (iv) Actos indispensables a la vida del paciente y proporcionados a su estado.

Los criterios reseñados en precedencia plantean, sin embargo, problemas particularmente relevantes por lo que se refiere a los adultos incapaces y a los menores. A este respecto, *Garay* hace ver que la doctrina se ha inclinado por admitir la posibilidad de sustitución de la voluntad del paciente en el caso de un adulto, rechazándola en cambio cuando se trata de un menor. A propósito de los adultos, hace ver que ha sido la jurisprudencia norteamericana la que ha elaborado la doctrina del "juicio de sustitución" o *substituted judgment*, según la cual –y como ha fallado la Corte Suprema de los Estados Unidos– *"el individuo incapaz tiene derecho a rechazar un tratamiento médico, que puede ser ejercido por la decisión de una persona subrogada si existe evidencia clara de que la persona incapaz lo habría ejercido"*. De este modo, y como puede apreciarse, el juicio de sustitución no consiste en reemplazar la voluntad del incapaz por la de sus representantes legales o en transferir a éstos el ejercicio de los derechos del representado, sino en indagar cuál habría sido la voluntad del incapaz en caso de que hubiera podido expresarla. El problema que se presenta es, entonces, la dificultad de reconstruir esa voluntad, pues –como afirma la misma Corte– *"no existe ninguna seguridad automática de que la opinión de los familiares cercanos será necesariamente la misma que la del paciente, si se hubiese enfrentado con la perspectiva de su situación siendo capaz"*.[4]

---

[2] GARAY (2000).

[3] Sobre este particular se pueden consultar los trabajos del "Network for Advancement of Transfusion Alternatives", publicados en su revista *Transfusion Alternatives in Transfusion Medicine*.

[4] El mismo autor alude a un interesante estudio realizado el año 1991 por el doctor Jean-Louis Vincent, y que constituye de cierta manera una indicación demostrativa de las diferencias culturales y técnicas

Ahora bien, siempre dentro de esta visión general y aproximándonos al tema bajo la óptica de la doctrina española, *Satorrás Fioretti* –profesora titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Barcelona– contextualiza el problema desde la perspectiva de la "objeción de conciencia" que, según precisa, se halla envuelta en los casos en que ciertos pacientes, por razón de sus creencias religiosas, se niegan a recibir determinados tratamientos médicos que pueden ser necesarios para el mantenimiento de su vida o de su salud corporal. La colisión se produce, así, entre dos conciencias: la deontológica, que hace que el facultativo tenga que intervenir para salvar la vida o para preservar la salud, y la religiosa, vinculada a la decisión del paciente que rechaza el tratamiento. A su juicio, nos encontramos en presencia de una objeción de conciencia "impropia",[5] toda vez que el objetor no se opone a una obligación legal clara: no existe ninguna ley que compela a nadie a recibir los tratamientos médicos prescritos, aunque la jurisprudencia ha considerado –realizando una ficción jurídica– que el deber de solidaridad "in abstracto" provoca una obligación "in concreto" de imponer tratamientos médicos en determinados casos. Al igual como ocurre entre nosotros, el ordenamiento jurídico español, en efecto, carece de una norma expresa que regule esta clase de objeciones de conciencia. Ha sido fundamentalmente su jurisprudencia penal la que ha ido elaborando el tema, pero de forma incompleta, dado que sólo se han planteado situaciones que cuestionaban la responsabilidad del Juez al ordenar la realización de transfusiones de sangre en contra de la objeción, bien de adultos que lo habían expresado por sí, bien de padres que la negaban para sus hijos menores. Entre los casos que pueden citarse en tal sentido *Satorrás* menciona los siguientes:

a) Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978: Los padres (Testigos de Jehová) se querellan contra el Juez que ordenó transfundir sangre a su hija menor, en peligro de muerte, y en contra de su negativa a hacerlo. Se exonera al Juez de toda responsabilidad, pues se considera que la patria potestad de los padres no puede abarcar decisiones sobre la vida del hijo.

b) Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983: Una mujer (Testigo de Jehová) tiene que ser operada. Firma previamente su negativa a recibir

en la manera de tratar a los pacientes que se niegan a recibir transfusiones de sangre: "Hay diferencias significativas entre los varios países europeos. Los médicos de Francia e Italia son más propensos a transfundir mientras que los de Holanda, Reino Unido y Escandinavia preferían evitar la transfusión". GARAY (2000)

[5] En todo caso, vale la pena advertir que las "convicciones" que habilitan para construir una "objeción de conciencia" no pueden consistir en simples creencias o aspiraciones del sujeto, sino que ha de tratarse, como precisa Silvio Ferrari, de un *"conjunto complejo de ideas referidas a principios fundamentales de la existencia y sentido trascendente de la vida"*. FERRARI (2008).

transfusiones de sangre; el equipo médico la acepta. En el postoperatorio la cuestión se complica, y los médicos piden al marido que firme un documento exonerándoles de toda responsabilidad. Él lo hace. Aun así, el Jefe de Servicio insta al Juez a que autorice la precisa transfusión: el Juez la otorga; la mujer, en pleno uso de sus facultades, se continúa negando. Finalmente es transfundida y se salva.

La mujer se querella contra el Juez por delito contra su libertad religiosa. El Tribunal Supremo absuelve al juez, diciendo que si hubiera llegado a respetar el derecho de libertad religiosa por encima del derecho a la vida, entonces sí que sería penalmente responsable.

El fallo es recurrido de amparo ante el Tribunal Constitucional (Auto de 20-6-1984) y se declara por éste que la autorización judicial queda protegida por la normativa nacional, atendido el hecho que la libertad religiosa tiene por límite la salud de las personas.[6]

Sin embargo de los casos precedentemente citados, la sentencia del Tribunal Constitucional español N°154, de 18 de julio de 2002, constituye, sin dudas de clase alguna, el precedente más complejo y que mayores comentarios ha suscitado en la doctrina hispana:[7] Un menor y sus padres (todos ellos Testigos de Jehová) se niegan a que el niño de trece años sea transfundido, por lo que peligra su vida. Los médicos requieren autorización judicial, la que resulta otorgada, pero, al pretender realizar la transfusión, el paciente padece una crisis de pánico tal que el personal sanitario desiste de intervenir, pues temen por el éxito de la misma. Los médicos solicitan a los padres que convenzan al muchacho, cosa a la que ellos se niegan; desean que su hijo salve la vida, pero no por medio de su condenación espiritual. No se oponen a que se haga efectiva la resolución judicial, pero no quieren intervenir en ella, y menos aún, convencer a su hijo de la bondad de un tratamiento que vulnera abiertamente sus principios religiosos y ante el que siempre se han opuesto. Tras varios cambios de hospital (a partir de altas voluntarias), buscando un tratamiento alternativo, el hijo fallece. El Ministerio Público insta su condena por homicidio en su modalidad de comisión por omisión, siendo condenados finalmente por el Tribunal Supremo tras su absolución en la Audiencia Provincial.

El caso llega en amparo al Tribunal Constitucional, cuya resolución se pronuncia sobre las siguientes cuestiones relevantes:

[6] SATORRÁS (2004).

[7] No obstante el hecho que prácticamente todos los autores españoles que abordan el tema aluden a ella, para una reseña de la misma continuaremos basándonos en la exposición de SATORRÁS (2004).

a) Los menores de edad son titulares plenos del derecho de libertad religiosa como los mayores y, cuando poseen la suficiente discreción de juicio, pueden autodeterminarse en este sentido.

b) Los padres no pueden ser obligados a acotar su libertad religiosa convenciendo a sus hijos de que realicen algo contrario a sus convicciones, siempre que acaten las disposiciones judiciales que se dicten al respecto y que no interfieran en su ejecución.

c) Los jueces no vulneran la libertad religiosa autorizando las transfusiones en su intento de salvar la vida del menor.

d) El derecho a la vida es indisponible, pero en este caso no se produce un atentado directo contra la propia vida, sino que se ejerce "*el derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física*". El menor no pretende morir, sino que trata de que respeten su integridad física no introduciendo sangre en su cuerpo, aun a riesgo de que eso ponga en peligro su vida.

e) La libertad religiosa posee como límite específico la salvaguardia del orden público, que en este terreno se concreta en la seguridad, la salud y la moral públicas, las que no quedan afectadas por la negativa de alguien a no recibir un tratamiento médico. La salud pública de la que se habla es la de la población en general, y no la de un individuo particular, que no pone en peligro a la comunidad.[8]

3. Jurisprudencia nacional

Para los fines de nuestro análisis, a continuación daremos cuenta del criterio jurisprudencial que se ha seguido en Chile en la materia con ocasión de pacientes, Testigos de Jehová, que se han negado a recibir transfusiones de sangre fundados en sus convicciones religiosas, relegando, para el acápite N° 6, los comentarios que nos merece la situación en el caso que se hallen involucrados menores de edad.

[8] Otro caso jurisprudencial relevante es aquel de que da cuenta la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Penal, de fecha 27 de Junio de 1997. Atendido los límites de nuestro estudio, nos limitamos a recomendar la lectura de los comentarios formulados a su respecto por CETE-ALONSO y CALERA (1998). Asimismo, y para una profundización en torno a las implicancias penales que envuelve el tema –especialmente los delitos de comisión por omisión y la posición de "garante"– sugerimos consultar los trabajos de GARCÍA SEGURA (2005); de Toledano (1999) y de SILVA, CORCOY Y BALDÓ (1996).

Un examen atento de la jurisprudencia nacional susceptible de ser identificada en este ámbito, lleva a colegir que, salvo aisladas excepciones, nuestros tribunales de justicia, conociendo de los recursos de protección entablados a este efecto, han optado por desconocer la objeción de conciencia como causal que habilite para rechazar una transfusión sanguínea invocando el ejercicio de la libertad religiosa.[9] Asimismo, el estudio de tales decisiones jurisdiccionales deja de manifiesto algunas cuestiones de hecho que son relevantes de considerar en la materia, cuyo es el caso de las situaciones en que no se solicita informe al recurrido; no se representan por los facultativos los riesgos que supone realizar la transfusión; no se indaga por la aplicación de tratamientos alternativos o simplemente se los rechaza; o, en fin, no se pondera suficientemente el éxito relativo que puede predicarse respecto de esta clase de procedimientos médicos, como tampoco se considera la tasa porcentual de pacientes que sobreviven sin practicar la transfusión de sangre.[10]

A modo ilustrativo, a continuación transcribimos un cuadro estadístico de los casos de pacientes adultos llevados a los tribunales solicitando "Se Ordene" efectuar transfusiones de sangre, en el período 1991-2003.[11]

N° de casos	20
Ordenes judiciales sin escuchar al recurrido	61%
No se pronuncian hasta revisar los informes del recurrido	33%
Paciente que se hace parte; se ordena transfusión. Sobrevive sin transfusión.	5%
Transfundidos contra su voluntad; pacientes sobreviven	11%
Transfundidos contra su voluntad; pacientes mueren	16%
Pacientes sobreviven sin transfusión de sangre	61%
Urgencia desaparece. Se aplican tratamientos alternativos. Pacientes sobreviven. No se pronuncian en el fondo.	38%
Tribunales no solicitan la opinión de médicos expertos en medicina y cirugía sin transfusión de sangre o respetuosos de la voluntad de los pacientes	66%
Se niega la aplicación de tratamientos alternativos	27%
El recurrente no informa de los riesgos transfusionales	100%
Casos donde la sangre no fue salvadora de vidas	77%

[9] Entre las más relevantes decisiones jurisdiccionales sobre este particular pueden verse en RDJ *Carabantes Cárcamo*, t. 88/1991, 2.5, pp. 340-343 y *Luz Hidalgo*, t. 89/1992, 2.5, pp. 219-224.

[10] Sin embargo, de un tiempo a esta parte los médicos chilenos han comenzado a cuestionarse esta forma de proceder. Así, por ejemplo, y por todos, puede verse GOIC (2000).

[11] RETAMALES (2003), pp. 100 y 101.

Ahora bien, para los efectos de contar con una idea suficientemente clara acerca de los fundamentos esgrimidos por nuestros tribunales a fin de ordenar transfusiones de sangre contra la voluntad de los pacientes, a continuación transcribiremos la doctrina sentada por sendos fallos que, con más o menos matices, contienen las mismas argumentaciones que exhiben las demás sentencias que se han pronunciado acogiendo esta tesis.

A. Partes: Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge (Recurso de Protección)

Tribunal: Corte de Apelaciones de Rancagua

Fecha: 22-ago-1995

Cita: RDJ2213, MJJ2213

Doctrina:

Constituye obligación de los médicos tratantes procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis* médica el mantener la vida de sus pacientes, utilizando la transfusión de sangre cuando ello fuere necesario, aun en contra de la voluntad del paciente y de sus familiares que se negaren a ello por razones de orden religioso. En tal situación debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración, aun cuando ésta sea de índole religiosa, que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo. Por imperativo constitucional consagrado en los artículos 1° incisos 4° y 5°, 5° inciso 2°, y 19 N° 9, es deber ineludible de las autoridades públicas velar por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad (sentencia confirmada por la Corte Suprema el 2.10.1995, Rol N° 32.651).

B. Partes: Director Servicio de Salud Metropolitano Sur por Salgado Zepeda, Osvaldo (Recurso de Protección)

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 13-jul-2004

Cita: RDJ9178, MJJ9178[12]

[12] Un recuento de casos al 2003 puede verse en Ius Publicum 11/2003, pp. 75-102. Para los primeros casos, vid. en RDJ, *Carabantes Cárcamo*, t. 88/1991, 2.5, pp. 340-343 (comentario en Primera Parte, Sección Derecho, pp. 55-60); y *Luz Hidalgo*, t. 89/1992, 2.5, 219-224 y nota de pp. 219-220.

Doctrina:

Encontrándose en juego el derecho a la vida de la persona en cuyo favor se deduce la acción de protección –bien que, sin lugar a dudas, constituye un derecho prioritario– al haberse adoptado la medida preventiva innovativa se ha remediado la situación que servía de base a la pretensión deducida. Acordada contra el voto de la Ministra Srta. Morales, quien estuvo por revocar la referida sentencia y hacer lugar al recurso de protección intentado, en atención a que, de acuerdo con los antecedentes, el menor aún se encuentra en situación de requerir la medida de atención médica impetrada, de modo que el agravio se mantiene en tanto dicho menor no supere la situación de riesgo en que se encuentra.

Hasta donde tenemos entendido, y en contra del parecer prácticamente uniforme de nuestros tribunales superiores de justicia, son sólo dos los fallos que han rechazado los recursos de protección que se han deducido ante la negativa de un paciente a ser transfundido en razón de atentarse con ello contra su libertad religiosa. Sin embargo, y como veremos enseguida, en ambos casos las sentencias omiten un desarrollo en torno a la cuestión de fondo que sirve de marco al conflicto.

Se trata, en primer lugar, de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con ocasión del Recurso de Protección Rol N° 805-96 (Recurrente: Norberto Muñoz Salazar, Director Hospital San José de Santiago. Recurrido: Jorge Cazorla).[13] Los hechos se resumen como sigue: Paciente internado en el Hospital San José presenta una hemorragia digestiva alta, lo que lo conduce a una anemia aguda. El Comité de Enlace con los Hospitales para Testigos de Jehová se contacta con los médicos del hospital para analizar las alternativas disponibles. Dicho comité se comunica con los Servicios de Información sobre Hospitales para Testigos de Jehová, que dirige la Red Asistencial que tienen los Testigos de Jehová para cooperar con la comunidad médica. Se provee a los médicos de eritropoyetina y fierro endovenoso (fármacos para estimular la médula ósea y que se produzca sangre de manera más rápida), lo que es aplicado al paciente y es dado de alta satisfactoriamente sin necesidad de recurrir a la transfusión sanguínea. El Director del Hospital San José de Santiago había presentado un recurso de protección a favor de la transfusión de sangre privilegiando el derecho a la vida por sobre cualquier otra consideración. No obstante, y sin saber la Corte que el paciente estaba siendo atendido con tratamientos alternativos ni haber podido recabar informes del recurrido, falló en los siguientes términos: *"Que el recurso de protección invocado, tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentre perturbada o amenazada*

[13] *Ius Publicum* N° 11, 2003, p. 82.

por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquélla para conservarla, pues nadie puede ser forzado a defender su propio derecho".

En la misma línea de la sentencia anterior se pronunció el año 2001 la Corte de Apelaciones de Talca (Recurso de Protección, Rol N° 60.069. Recurrente: Rafael Silva Orellana, Director del Hospital de Talca. Recurrido: Iván Ramos Vergara).[14] Trátase aquí de un paciente operado en el Hospital de Curicó que presentó una complicación en la vena femoral superficial con shock hipovolémico agravada a un sangramiento importante. El paciente y sus familiares objetan la transfusión de sangre. Los médicos interponen un recurso de protección para transfundir, considerando que la vida era un bien superior que debe ser protegido. La Corte no hace lugar al recurso sobre la base de estimar: *"que del mérito de los antecedentes se desprende que la persona a favor y en contra de quien se recurre de protección es la misma".*

A partir de la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, resulta evidente que en las hipótesis que se comentan los jueces han advertido un conflicto entre dos derechos fundamentales, como lo son la vida y la libertad religiosa, optando por hacer prevalecer el primero y rechazando, por lo mismo, las argumentaciones que de contrario se pretenden apoyar en la objeción de conciencia o en la primacía de las convicciones religiosas frente a la conservación de la propia vida. Del examen de dichas resoluciones, es posible inferir, asimismo, que los magistrados no profundizan mayormente acerca del contenido de ambos derechos y tampoco desarrollan la metodología que les permite solucionar la colisión de derechos que identifican en tales supuestos. En definitiva, pareciera que la única fundamentación que esgrimen en apoyo de su decisión se limita a la simple afirmación de ser la vida y su conservación un "*principio*" o "*valor*" superior y que, por lo mismo, prevalece ante cualquier posible conflicto con otro derecho.

Teniendo presente lo dicho –y sin perjuicio de las consideraciones morales a las que nos referiremos al final de estas notas– la necesidad de abordar la temática con un mayor rigor intelectual y jurídico, nos lleva a tratar, en los apartados que siguen, tres aspectos que estimamos esenciales para responder a las inquietudes planteadas, cuales son: (i) El rol de los "*principios*" y "*valores*" en la hermenéutica constitucional; (ii) el tratamiento de la colisión de derechos fundamentales a la luz de nuestra Constitución; y (iii) la regulación contenida en los tratados internacionales atinentes a la materia en estudio.

[14] *Ibíd.*, p. 90.

4. Rol de los principios y valores en la interpretación constitucional

A modo de introducción, y desde una perspectiva general, suele afirmarse que en los modernos modelos de Constitución pueden distinguirse tres elementos fundamentales, a saber: (a) Un núcleo central de ideas que configuran verdaderos principios y valores del respectivo régimen constitucional; (b) Una ordenación de las instituciones de gobierno en sentido estricto, y en la que se define la atribución de poder a los órganos que la misma establece; y (c) Un determinado orden económico y social en que se basa el orden mismo de la comunidad (familia, propiedad, economía, grupos intermedios, etc.) mediante los cuales tales instituciones desenvuelven su vida propia.[15] Para nuestro estudio interesa destacar, de manera especial, el primero de los grupos recién referidos, en cuanto algunos autores han pretendido alojar en él conceptos que, participando de la naturaleza de un "valor" o "principio", tienen por primera virtud la de orientarnos en relación con aquello que constituye la base y fundamento del orden institucional de una determinada comunidad. En este sentido, se ha dicho que tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas. Ocurre, pues, que para una tal opinión "la realidad no se halla regulada exclusivamente por mandatos o preceptos externos, sino por una serie de ideas de valor jurídico no formuladas exteriormente. El Estado, llamado a configurar la Sociedad con arreglo a la Constitución, no puede obrar en todo caso por medio de normas compiladas, sino que su actividad sólo cobra sentido a través de los Principios".[16] De esta suerte, los principios generales del derecho que, al decir de *Díez-Picazo*, otrora planeaban por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Tanto es así, que ha llegado a sostenerse que, desde esta perspectiva, la Constitución hasta un cierto punto juega hoy como el *subrogado positivamente tecnificado del derecho natural.*[17]

[15] *Sánchez Agesta*, citado por CASTEDO (1979) p. 434.

[16] CARRETERO (1979) p. 395. Complementando tal razonamiento, agrega que "es preciso por lo tanto clarificar en qué sentido se acepta el concepto de Ordenamiento Jurídico para superar una concepción formalista del Derecho. La realización de la Justicia, que es la finalidad del Derecho, se garantiza por el Ordenamiento; las leyes como Derecho Escrito no contienen todos los valores jurídicos, pues entonces se autojustificarían por sí mismas; el Derecho supera la ley; el enlace de los valores superiores de justicia y las reglas de conducta deducidas de la interpretación de las normas escritas, son los Principios generales del Ordenamiento" (p. 393).

[17] Citado por GORDILLO (1990) p. 64. Precisando algunas de las consecuencias que trae aparejada esta realidad, *Gordillo* manifiesta que, incorporados a la Constitución, tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria. (p. 84)

Relativamente a la doctrina nacional, un sector importante de la dogmática constitucional con frecuencia recurre a los conceptos de "*valor*" o "*principio*" como marco contextual para interpretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales que, explícita o implícitamente, consulta nuestra Carta Política. En este sentido –y con todo lo arbitrario que de suyo pueda implicar una clasificación presentada con caracteres de plenitud– *Ruiz-Tagle* ha querido ver dos grandes concepciones acerca de la dogmática constitucional de los derechos fundamentales. Identifica, así, un primer grupo, al que denomina concepciones "jerarquizadas", dotadas de un *carácter intuitivo y total*, conforme a las cuales el derecho constitucional "se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extraconstitucionales que no se hacen del todo explícitas (...) intuitivo, es decir, no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición; es lo opuesto a lo públicamente razonado" (...) y que "posee también la característica de responder a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos". En oposición a esta corriente, postula su preferencia por aquel otro grupo de concepciones –que llama *de carácter razonado y parcial*– que suponen un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos, exigiendo que la inclusión de elementos morales, religiosos, políticos o económicos en los cuales se fundamenta la argumentación jurídica se mencionen en forma expresa. Dicha concepción propone, además, soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos, con especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de los derechos.[18]

Quienes participan de la denominada visión "jerarquizada" o "intuitiva", coinciden, a su vez, en el método hermenéutico que ellos mismos postulan debe seguirse preferentemente en el ámbito de la interpretación constitucional y que puede denominarse como "científico-espiritual" o "valorativo".[19] Entre

[18] RUIZ-TAGLE (2001) pp. 183-188.

[19] Según *Zúñiga*, dicho método se caracteriza: (i) por tener en cuenta "las bases de valoración (sistema de valores) subyacentes al texto constitucional" y (ii) porque "el sentido y realidad de la Constitución está dado como elemento del proceso de integración. El orden de valores obliga a una captación espiritual del contenido axiológico del orden constitucional. La interpretación del texto constitucional está destinada a desentrañar el sentido y realidad de una norma; articulando la norma a un integración espiritual real de la comunidad (valores, realidad existencial del Estado, etc.)". Asimismo, expresa que este método "se basa en la obra del juspublicista alemán R. Smend. La Constitución –dice Smend– no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino, a la vez como una forma vital de los ciudadanos que participan en el Estado. Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos y aplicados". ZÚÑIGA (1992) p. 301. Algunos llaman a este método "teleológico", v.gr. RAMÓN (1979) p. 65.

nosotros, podría decirse que adhieren a un sistema de interpretación constitucional basado en el método "valorativo" autores como Silva Bascuñán,[20] Cea,[21] Zapata[22] Barros[23] y Bustos.[24]

Desde la perspectiva que se comenta, y en lo relacionado más explícitamente con la interpretación de los derechos fundamentales, *Ferrada* destaca que para las posiciones expuestas en precedencia si aquellos "ya no son considerados exclusivamente como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que además pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico, es claro que sus alcances son mucho mayores que cualquier otra norma del ordenamiento como parámetro de constitucionalidad. Ello se hace más extensivo aún al derivar de ese carácter valórico una *eficacia horizontal* de estos mismos derechos, generando el denominado "efecto irradiación" de éstos sobre todas las normas que conforman el ordenamiento. Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando una posición jurídica concreta, sino además percolan todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas. Esto da pie a que algún sector de la doctrina caracterice al Estado constitucional actual como una cultura o sociedad de los derechos fundamentales, destacando la función legitimadora del orden jurídico que ostentan éstos".[25]

Las ideas expuestas han sido en cierto modo recepcionadas en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, aunque habitualmente son expresadas sin la claridad y elocuencia con la cual sus postuladores doctrinarios suelen enunciarlas.[26] Asimismo, y más allá de las referencias explícitas o implícitas a

[20] Refiriéndose a los "valores" como elemento de toda interpretación, *Silva Bascuñán*, incluso con anterioridad a la promulgación de la Constitución vigente, ya proclamaba la necesidad de que la Constitución se fundara en el rechazo de las doctrinas del positivismo jurídico, "en cuanto éste admite validez y vigencia a toda norma promulgada, cualquiera que sea su sustancia, aun a las que contradigan los requerimientos más evidentes de justicia. Un pluralismo aceptable en la sociedad democrática no puede reconocer, aunque cuenten con la adhesión mayoritaria y se sujeten a regularidad en su proceso formativo, la vigencia y validez de leyes o actos de autoridad que vulneren esos valores superiores y, al contrario, ha de establecer los resortes encaminados a que, si en el hecho se promulgan o decretan, queden privados de todo efecto en el campo jurídico. No basta la autolimitación del derecho por el mismo Estado propugnada por *Jellinek* y todavía seguida por *Marcel Waline*, ni admirar la lógica del normativismo de Kelsen sin completarla con el planteamiento de los problemas axiológicos que toda regla del derecho lleva envuelto". SILVA (1979) p. 118.

[21] CEA (1992) pp. 93, 94 y 97 y CEA (1984) p. 7.

[22] ZAPATA (1994) p. 87.

[23] BARROS (1981) pp. 28, 29, 32 y 33.

[24] BUSTOS (1986) p. 167.

[25] FERRADA (2004) pp. 128 y 129. Para una aproximación al tema de la "eficacia horizontal" de los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento, puede verse FERNÁNDEZ (2002) y (2005). Para una crítica a esta doctrina, puede verse ALDUNATE (2008).

[26] Así, por ejemplo, en las siguientes causas: Rol N° 46-1987; Rol N° 146-1992; Rol N° 245-1996; Rol

un "*valor*" o "*principio*" de rango constitucional, en diversas ocasiones dicho tribunal pareciera argumentar en sus fallos no sobre la base de reconocer la procedencia de un método hermenéutico axiológico, sino que más bien a través de un procedimiento de interpretación *teleológico* o finalista bajo el cual, no obstante, entiende que subyace un determinado "valor" o "principio".[27]

Pensamos que es precisamente en el contexto que se reseña donde se cristalizan o aprecian los mayores riesgos o peligros que entraña una interpretación constitucional basada, de un modo exclusivo, en la noción de un "valor" o "principio" que se entiende subyacente en la configuración de un derecho fundamental, cualquiera fuere éste. En efecto, la argumentación que se estructure únicamente sobre una tal premisa, dando por supuesto aquello que no aparece en el texto o que pueda desprenderse de él sobre la base de un razonamiento objetivo, implica dejar librado al intérprete un margen de subjetividad que le habilita para traducir, como norma, sólo aquello que se conforme con su propia y personal opinión. Así las cosas, la invocación o llamamiento de un "valor" o "principio" que simplemente se estime ínsito en un cierto precepto, a más de prescindir del rol de acotamiento de la actividad interpretativa que cumplen los textos, podría implicar una suerte de "patente de corso", ora para elevar a la categoría de derecho fundamental determinadas aspiraciones del mismo intérprete, ora para ponderar y jerarquizar derechos o libertades a su propio amaño y para las cuales la Constitución no ha contemplado reglas. Lo dicho se agrava, aun más, si se tiene presente tanto el origen del Tribunal Constitucional –diverso de la representación democrática que ostentan otros órganos constitucionales– como la circunstancia –por lo demás natural– de no responder ante una autoridad jerárquicamente superior.

Quienes propugnan una interpretación de la Constitución en general, o de los derechos fundamentales, en lo más específico, sobre la base de "principios" o "valores", tal vez procurarán refutarnos fundándose en las observaciones de *Esser* en cuanto apunta que "el razonamiento jurídico no se realiza *oficialmente* en el plano de los principios, y se diría que los principios no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial, *quoad auctoritatem iuris*. Pero aunque el juez "prudente" procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus críticos los principios están siempre en el fondo del caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de "*principles*" se citen "*precedents*".[28]

N° 325-2001; Rol N° 591-2006; Rol N° 634-2006; Roles N°s 608-609-610-611-612/2007; Rol N° 986-2007; Rol N° 739-2007; y Rol N°740-2008.

[27] Adicionalmente, se advierte una cierta promiscuidad conceptual en el uso de estas nociones por parte del Tribunal Constitucional, en cuanto pareciera emplear indistintamente los términos "valor", "principio", e incluso en ocasiones "norma", como si se tratare de conceptos sinónimos.

[28] ESSER (1961) p. 251. Por lo demás, la constatación de la que pretende dar cuenta *Esser*, en modo

Una observación como la expuesta y que, atendida su aparente correspondencia con la praxis judicial, a primera vista tendría la virtud de seducir, podría, a nuestro juicio, ser explicada mediante la distinción que algunos formulan entre el "*contexto de descubrimiento*" y el "*contexto de justificación*" de una teoría cualquiera. La primera expresión, para aludir al proceso en el que se descubre o formula una teoría; y, la segunda, en referencia al proceso o actividad de validarla o justificarla. A diferencia del "contexto de descubrimiento", en este último aspecto sí habría una "lógica de la justificación" que vendría dada por lo que se conoce como el método científico y que es independiente de lo primero. "Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre lo que puedan ser los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado; y, por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto de lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido". En definitiva, sucede que "los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones –mostrarlas como correctas–, pero no el de explicarlas". Y es por ello que "el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho (...) El principio de independencia protege no sólo la aplicación del Derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el Derecho le suministra".[29] Se sigue de lo dicho, la importancia de la argumentación en las pertinentes decisiones judiciales cuya finalidad, al decir de *Perelman*, es precisamente "fortalecer la adhesión del auditorio", en cuanto es tal adhesión la que, en definitiva, otorga racionalidad al argumento en cuestión.[30]

---

alguno implica dejar el tema librado a la arbitrariedad del juez o eximir del requisito de que las decisiones deban ser razonadas. En este sentido y "como ha sido puesto en evidencia por *Gadamer*, la presencia de una precomprensión es, por lo demás, algo completamente normal, general en los procesos hermenéuticos (no es cosa que sea propia únicamente de la interpretación jurídica), Así, las operaciones intelectuales para la aplicación del derecho constituyen medios para "extraer" del sistema jurídico-positivo determinadas pre-valoraciones (*Vorbewertungen*), unas valoraciones previas cuyo contenido es de política jurídica". HABA (1999) p. 57.

[29] AGUILÓ (1997) pp. 71-73 y 76-77. En términos generales, "en materia decisoria judicial entendemos por justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales". VIGO (1998) p. 495.

[30] Citado por BAZÁN y MADRID (1991) p. 186. En igual predicamento, Dworkin apunta "la comunidad

Todo lo señalado en precedencia conduce, por tanto, una primera conclusión relevante para el asunto de que tratamos: Aproximarse al tema –como suelen hacerlo nuestras Cortes en la materia analizada– mediante la simple afirmación de que la vida constituye un "*valor*" preeminente ante cualquier otro, desde la perspectiva que exige la hermenéutica constitucional y respetando el rigor que exige una verdadera fundamentación o argumentación de naturaleza *jurídica*, no pasa de ser una verdadera "petición de principios". Asimismo, una tal actitud entraña el riesgo cierto de quedar a merced de la subjetividad del intérprete, la cual, si bien en ocasiones coincidirá con nuestras propias aspiraciones, en muchas otras puede traducirse en una violación de aquellas, todo lo cual, a la postre, termina por configurar un atentado contra la seguridad jurídica que puede corroer los propios cimientos del sistema.

5. Colisión de derechos fundamentales

Siguiendo a *Aldunate*, podemos decir que la colisión o choque de derechos fundamentales tiene lugar cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. El mismo autor advierte que no existe consenso sobre el modo de expresar la colisión de derechos, si bien los diferentes autores parecen compartir una misma noción de fondo. Así, recurriendo a un concepto muy amplio, podría hablarse de *colisión de derechos* cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione, o ponga en peligro de lesión, el derecho de un tercero. De este modo, y desde un punto de vista normativo, ello implica un conflicto entre dos o más reglas de derecho fundamental, aplicables a un caso, y que conducen a resultados distintos, que se excluyen recíprocamente.[31]

Conforme a la opinión que transcribimos, tratándose de un conflicto entre derechos fundamentales existen dos posturas antitéticas. Una de ella acepta la

jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos (...). Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables". Citado por IGLESIAS (2000) p. 102. Similar opinión puede verse en VIEHWEG, p. 194; en CALSAMIGLIA, p. 129; y en BARRAGÁN (1990) p. 72.

[31] *Aldunate* acota, asimismo, que esta precisión es necesaria para delimitar, de entrada, la figura de la colisión de derechos de aquella que se denomina concurrencia de derechos, donde la protección alegada por un sujeto puede fundarse en dos o más preceptos iusfundamentales, siendo el efecto jurídico el resultante de la elección del precepto o preceptos que se estiman aplicables, por un principio de especificidad en relación a la hipótesis de hecho, mas no por un enfrentamiento normativo. En la colisión, en cambio, las posiciones de dos o más titulares de derechos fundamentales se enfrentan de tal modo que el resultado adjudicado a uno (o unos) va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (u otros). ALDUNATE (2008) p. 2.

posibilidad conceptual de colisión; la segunda, en cambio, la niega. Adscribiendo a la primera tesis se ubica la mayoría de los autores nacionales que se han ocupado del tema, para quienes, en términos generales, verificada que fuese una contradicción entre la protección otorgada a los derechos fundamentales de dos o más titulares, uno de ellos debe prevalecer, mientras que el otro debe considerarse desplazado. El punto fundamental, como se advertirá, consiste en encontrar un criterio o fórmula que permita establecer la prevalencia de unos derechos por sobre otros.[32]

Dentro de la concepción que ahora exponemos, *Cea* parte por afirmar que la globalidad y cada uno de los derechos fundamentales son necesarios para la existencia digna de la persona individualmente o asociada, no obstante lo cual, y en la práctica, resulta imperativo reconocer que existen conflictos o colisiones en el ejercicio de dos o más de ellos. En este sentido, postula la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble. Con todo, estima que si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. A continuación, expresa que en dicho orden de prelación debe comenzarse por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies. En otras palabras, para efectos de establecer la prevalencia de unos derechos sobre otros, dicho autor se basa en el orden en que aquellos aparecen enunciados en nuestra Constitución.[33]

[32] Para el examen de una teoría acerca de la "ponderación" entre derechos fundamentales en conflicto, con especial teferencia a la teoría de Alexy, puede también verse BERNAL (2003).

[33] CEA (1999) Citando a Bobbio, el mismo Cea transcribe su opinión en los siguientes términos: "Cuando digo que los derechos del hombre constituyen una categoría heterogénea, me refiero al hecho de que (...) contiene derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede acordarse sin que resulte restringida o suprimida la protección de otros. Podemos entretenernos con fantasías sobre la sociedad al mismo tiempo libre y justa (...); las sociedades reales que tenemos ante los ojos, son menos justas en la medida en que son más libres y menos libres en la medida en que son más justas. (...) Pues bien, a menudo libertades y poderes no son, como se cree, complementarios, sino incompatibles. (...) Esta distinción entre dos tipos de derechos humanos queda consagrada incluso en el plano teórico, en que se contraponen dos concepciones diferentes de los derechos del hombre: La concepción liberal y la socialista. La diferencia entre ambas concepciones consiste, justamente, en la convicción de las dos de que entre los dos tipos de derechos es necesario hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridad. (...) Lo que podemos esperar no es una síntesis definitiva sino, a lo sumo, un compromiso" (p. 173).

En una línea similar, en cuanto admite la jerarquización de los derechos, *Pfeffer* señala que si aceptamos que hay conflicto entre valores e intereses (constitucionales), para resolverlos hay que intentar primero la vía de la *cohabitación* entre ellos, y de no ser ello posible, la ruta de la preferencia de un valor o interés sobre otro (aunque sin destruir al vencido). A este último efecto, enuncia diversas pautas o criterios que a su juicio debieran seguirse para la solución de tal disputa. Así, menciona la prevalencia de aquellos derechos que estima *irrenunciables* sobre los que no poseen tal característica; los derechos que denomina *fundantes*, que priman frente a los que llama posteriores; y la aplicación del *índice de garantización* de los derechos para determinar su gradación de importancia. Agrega, asimismo, que existe una "regla de oro" que siempre el intérprete deberá tener en consideración cuando enfrente la problemática de solucionar un eventual conflicto de derechos. En efecto, debe éste en toda circunstancia preferir aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana, en tanto viene a ser el valor esencial, fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos individuales.[34]

Nuestra jurisprudencia, por su parte, aunque más bien ocasional y aislada respecto del tema, parece inclinarse por la posición expuesta por *Cea*, según se colige de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 15 de junio del mismo año y que es comentada por el mismo autor. El referido pronunciamiento, dictado con ocasión de un conflicto entre el derecho a la vida privada y la libertad de información, en lo que interesa al aspecto que aquí analizamos, afirma que: *"Nadie discute que el Constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4°, la honra, en circunstancias que la libertad de información está contemplada en el número 12° (...). Lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, siendo suficiente para esta Magistratura citar al efecto los artículos 17° y 19° números 2° y 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información (...). En consecuencia, no sólo la Constitución Política asigna indiscutiblemente mayor valor a la honra, sino que*

[34] PFEFFER (1998), pp. 226 y 227.

un instrumento internacional de carácter universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coincide con ella". La Corte Suprema, por su parte, y al confirmar dicho fallo, declaró que: *"El respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional"*.

Ahora bien, más allá de lo controvertible que resulta, en nuestra opinión, jerarquizar derechos fundamentales en razón de su orden de aparición en el Texto Político[35] o los peligros ya anotados que encierra dejar librado a la exclusiva subjetividad del intérprete una ponderación de los valores involucrados, lo que sí debe ser destacado es el hecho que todas las alternativas que postulan la posibilidad de establecer una prevalencia de algunos derechos fundamentales sobre otros, desde la perspectiva de la dogmática constitucional, son merecedoras de una misma crítica, la cual, en general, puede sintetizarse en dos argumentos. Por una parte, la inexistencia de criterios *objetivos* que permitan establecer una jerarquía entre derechos fundamentales, o bien que permitan justificar la ponderación en un caso concreto, o los elementos utilizados para sostener que, en cada caso, se ha logrado la máxima protección para cada uno de los derechos en colisión. Por otra, la ausencia, en los respectivos ordenamientos constitucionales para los cuales se han propuesto estas vías de solución, de puntos concretos que permitan fundarlas *positivamente*.[36]

Es por lo dicho, que otro sector de la doctrina postula que la respuesta a esta cuestión debe buscarse en la solución propuesta en los orígenes del constitucionalismo clásico. Y así, por ejemplo, advertir que para el constituyente revolucionario francés de 1791, la cuestión encontraba una clara solución en el artículo 4° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.[37] Se precisa, en este sentido, que nuestra propia Constitución carece de disposiciones que permitan sostener la existencia de una jerarquía u orden de rango entre derechos constitucionales y que por lo tanto llegue a justificar alguna de las propuestas por autores como *Cea* o *Pfeffer*. De ahí la procedencia de formular la siguiente hipótesis: Sin perjuicio de la

[35] Bajo semejante criterio, no podría entenderse que la legítima defensa, en el caso de amenaza a la propiedad, pueda en ciertos casos especiales servir de causal de justificación si se produce la muerte del agresor.

[36] ALDUNATE (2008), p. 5.

[37] *"La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otros; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada otro hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley"*.

necesidad de determinar el ámbito normativo de cada derecho fundamental, o su tipicidad, a partir de una labor interpretativa, para llegar a establecer el contenido protegido de la respectiva libertad o derecho, parece más conveniente, desde un punto de vista dogmático, distinguir lo que es la protección constitucional de un derecho o libertad, del ejercicio de ese derecho o libertad, y apreciar las colisiones de derechos en ese nivel. Y si no hubiese respuesta en este orden, ello –entiéndase bien– en caso alguno significa dejar al afectado en la indefensión, sino solamente negar la protección constitucional y remitirlo a la tutela en la cual el juez deberá completar la correspondiente *laguna*, no a nivel constitucional, sino del ordenamiento legal.

En definitiva, pareciera que ésta (la solución de la colisión vía legislativa o por el juez *integrando* la laguna) parece ser el camino correcto en el marco normativo de nuestra Constitución. La antedicha conclusión, por lo demás, se vería confirmada por la solución que la propia Constitución da a uno de los casos mas frecuentemente citados como posibilidad de colisión, a saber: el choque entre libertad de expresión y derecho a la honra y a la vida privada. En tal caso, la Carta se encarga de encomendar específicamente a la *ley* penal en el caso de infracción a estos dos derechos por un medio de comunicación social (art. 19 N° 4 i. II). O sea, incluso allí donde la Constitución establece como ilícita la infracción a un precepto iusfundamental, remite, no obstante, las consecuencias específicas de aquella infracción a la regulación que la *ley* haga del respectivo delito.[38]

6. Norma constitucional y tratados internacionales

Por de pronto, cabe recordar lo preceptuado por el inciso primero del artículo 19 N° 6 de nuestra Constitución, conforme al cual ésta asegura a todas las personas:

"La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

Comentando los límites explícitos (*moral, buenas costumbres y orden público*) que nuestra Constitución señala para la libertad religiosa y que, conforme se verá más adelante, con algunos matices también consulta la Convención Americana de Derechos Humanos, *Nogueira* precisa su contenido "jurídico" (y no filosófico) en los siguientes términos: La "moral" a que alude tal disposición

[38] ALDUNATE (2008) p. 8.

debe entenderse referida a la moral social o moralidad pública, entendiendo por tal el conjunto de reglas de conducta admitidas en un momento histórico determinado. A este mismo respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas y que, por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar las creencias o la religión con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. El concepto de "*buenas costumbres*", por su parte, se vincula con la moralidad en el ámbito específico de la dimensión sexual, también según los valores imperantes en la materia en una sociedad concreta. La noción de "*orden público*", por último, consiste en un concepto jurídicamente indeterminado, en la medida que ha sido entendido en diversos sentidos. Uno de ellos es el que lo define como el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre un sistema de valores y principios jurídicos dentro de un Estado Constitucional Democrático, lo que se acerca al concepto de orden constitucional. En otra perspectiva, más estricta, se asimila a la tranquilidad y seguridad de las personas y cosas, lo que implica una regulación jurídica razonable que proteja dichos valores y principios. Dicho concepto –acota el mismo autor– también es histórico o diacrónico, por lo cual evoluciona al igual que los mencionados en precedencia.[39]

Lo anterior, sin embargo, creemos que de manera alguna implica clausurar el análisis. En efecto, y sin perjuicio de las argumentaciones referidas a la dogmática constitucional que se han reseñado en los acápites N°s 4 y 5 anteriores, debe recordarse que a virtud de lo prevenido en el artículo 5° de nuestra Carta Política, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana quedan también regidos por la normativa contenida en los *tratados internacionales* ratificados por Chile. Desde esta perspectiva, se hace entonces necesario pasar revista a las consideraciones que, sobre este particular, cabe formular a la luz del tratamiento que recibe la *libertad religiosa* en los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país (y que recoge la legislación a nivel nacional), los cuales, independientemente de la discusión en torno a si poseen o no rango constitucional, constituyen "derecho vigente" entre nosotros.[40]

Relativamente a los tratados internacionales que reglan la materia en análisis, cabe iniciar su referencia con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas*, cuyo artículo 13 expresa:

[39] NOGUEIRA (2008).
[40] Para este efecto se transcribirá la opinión de NOGUEIRA (2008) y CETE-ALONSO y CALERA (1998).

"1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las naciones unidas en pro del mantenimiento de la paz" (...).

"3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...".

A su turno, la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, artículo II, determina:

"En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, racial o religioso...".

Según el artículo 12 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, los contenidos del derecho a la libertad de conciencia y de religión implican que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado.

"2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

"3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás".

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas*, en su artículo 18, previene que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas".

La Convención del *Estatuto de los Refugiados*, por último, previene en su artículo 4° que:

"Los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos".

Conforme a la opinión expuesta por *Nogueira*, el examen acerca del contenido iusnormativo de la libertad religiosa, a la luz de los preceptos de nuestra Constitución y de la regulación contenida en los tratados internacionales que se han comentado, exige distinguir, por una parte, entre libertad religiosa y, por otra, el derecho a la libertad religiosa. Con respecto a la primera, debe a su vez distinguirse una dimensión *subjetiva* de otra *objetiva*. Así, aquella implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual y colectivamente, *practicándola* en público o en privado, mediante el culto, las enseñanzas, *el cumplimiento de sus preceptos* y ordenando su vida *según* sus exigencias, como asimismo, el derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos. La libertad religiosa en su dimensión *objetiva*, en cambio, se traduce en la pertenencia o no a una comunidad de creyentes. Entendida, ahora, como *derecho*, éste marca los confines de la neutralidad del Estado, el cual junto con respetar las diversas expresiones religiosas que forman parte de la sociedad, *debe remover los obstáculos que se opongan a ello*.[41] A guisa de lo anterior, a nadie se le puede imponer una creencia o una negación de creencias, puesto que ellas surgen de la libertad, constitucional y legalmente garantizada, de cada ser humano.

En el contexto que se comenta, también es oportuno recordar que conforme al criterio constitucional consagrado en la denominada *"garantía de las garantías"* que contempla el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Política, el contenido de

[41] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "La última tentación de Cristo", precisó que el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite que las personan *"conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias"*, agregando que tal derecho es un *"cimiento de la sociedad democrática"* que *"constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida"*.

los derechos que nos ocupan –entre ellos la libertad religiosa– nunca puede ser afectado "*en su esencia*", lo que estimamos acontecería, precisamente, si se impone de una manera forzada un procedimiento médico que violente la religión que profesa el paciente. A este respecto, se hace menester recordar que de acuerdo con lo fallado por nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del referido precepto, "*... mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible*". (Rol N° 43, fallo de 24.02.87, Consid. 21°).[42]

Sobre las bases expuestas, y considerando la normativa citada, se comprende, entonces, que el derecho fundamental a la libertad religiosa constitucionalmente garantizado justifique la negativa a recibir un determinado tratamiento médico cuando se fundamenta, precisamente, en el ejercicio de dicha libertad. En presencia de tal declaración, el médico no puede, por ende, aplicar el correspondiente procedimiento terapéutico. Si lo hace, estará vulnerando la libertad religiosa del paciente y en igual atentado incurriría la autoridad que autoriza u obliga practicarlo. No obstante, y como bien advierte un autor, la declaración de voluntad contraria al tratamiento ha de ser *expresa*, sin que pueda tácitamente inferirse de la pertenencia del paciente a una confesión religiosa que rechace determinada terapia. Si la voluntad del enfermo no puede ser consultada –p. ej. en razón de encontrarse inconsciente como consecuencia de un accidente–, y no existe constancia de una manifestación *explícita* contraria al tratamiento, el médico estaría obligado a utilizar los medios terapéuticos que estime convenientes para preservar la salud del paciente. Se sigue de ello que un tratamiento considerado normalmente adecuado sólo deja de ser legítimo cuando ha sido *expresamente* rechazado por el paciente con fundamento en sus convicciones morales, sin que sea posible reconstruir dicho rechazo cuando éste no se ha dado efectivamente. Entendemos, asimismo, que debe ser considerada eficaz para este efecto una declaración de voluntad antecedente y genérica, sin que sea indispensable que el paciente exprese su rechazo ante la concreta aplicación del tratamiento y en el momento en que se plantea

[42] Para *Varela*, "el contenido esencial de los derechos fundamentales determina de esta forma una frontera que el legislador no puede traspasar y delimita un terreno que no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial... *es límite de los límites* porque limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la función limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". VARELA (1999), p. 164 (la cursiva es nuestra).

de hecho la oportunidad del mismo –lo que en muchos casos, por ejemplo en los supuestos de urgencia, no será posible–, bastando que lo haya hecho previamente y de modo general.[43]

En lo que atañe a los conflictos que pueden originarse entre, por un lado, la conciencia del paciente y, del otro, la conciencia del médico, de un modo todavía más concreto *Nogueira* expresa que si estamos en presencia de un paciente adulto capaz, el cual se opone a un tratamiento médico –y en el que ningún derecho fundamental de otra persona está en juego– salvo la eventual libertad de conciencia del propio facultativo médico tratante – nos encontramos ante un conflicto de dos derechos fundamentales idénticos. En este caso, agrega, la armonización se torna imposible, debiendo *ponderarse* los derechos. El principio general en la materia es que asegurado el principio de justicia y no maleficencia, debe respetarse el principio de *autonomía* de la persona afectada y de su dignidad humana, el cual exige el consentimiento del paciente para un determinado tratamiento médico. La dignidad humana impide transformar al paciente en un instrumento para otros fines, cualesquiera sean éstos. Así, puede sostenerse la regla general de respeto de la conciencia cuando se refiere a conductas autorreferentes que expresan un proyecto de vida y dignidad humana afirmado en la libertad y autonomía de la persona que no produce ningún daño a terceros.[44]

Las consideraciones precedentes son aplicables, en nuestra opinión sin mayores tropiezos, tratándose de los pacientes adultos. Con respecto a los menores, pensamos que la respuesta al conflicto precisa una distinción fundamental que suele ser preterida por la doctrina. Creemos, en efecto, que tratándose de menores que carecen de suficiente juicio o discernimiento, y dado que no se halla comprometida, por lo mismo, su *propia* libertad religiosa, los médicos se hallan en el deber de practicar la transfusión aun si los padres se oponen a ella en virtud de su credo. Y no sólo por lo dicho, sino que debido a que ni la autoridad paterna ni la patria potestad se extienden naturalmente a este ámbito de cuestiones en que peligra la vida del hijo.

En nuestro concepto, es distinta la solución en los casos que la negativa a recibir el respectivo tratamiento provenga de un menor dotado de suficiente discernimiento. Para sostener este aserto, nos basamos en la circunstancia de que, concurriendo estas condiciones, pasa a ocupar el lugar relevante el consentimiento no ya de los padres, sino que del propio menor, y que se fundamenta en su *propia y personal* libertad religiosa, sin concurrir, por lo mismo,

[43] GARAY (2000).
[44] NOGUEIRA (2008).

razones sustanciales que aconsejen seguir un criterio diverso al propugnado en el caso de negativa proveniente de un adulto. Sucede, pues, que los menores también gozan de un reconocimiento normativo de su libertad religiosa. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño explicita que *"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares"* (Art. 1.2.); agregando, su artículo 14.1, que *"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"*.

A estas alturas de la exposición, a nadie escapará que el principal problema que presenta la respuesta planteada dice relación con la fijación de la edad a partir de la cual se tiene el discernimiento necesario para formular un juicio moral como aquel que nos ocupa, lo que naturalmente y a la postre constituye una "cuestión de hecho". Por lo mismo, creemos que no es posible identificar *a priori* determinadas reglas generales, debiendo entregarse al órgano jurisdiccional la decisión acerca de si tal discernimiento concurre o no en el caso concreto. Este, por su parte, debe a nuestro juicio partir por reconocer que será suficiente si el menor posee la capacidad de formularse una convicción relativamente razonada –como aquella que podría tener un adulto– acerca de la violencia moral que le suscita el pertinente tratamiento, así como la expresión de una voluntad clara y definida en orden a rechazarlo.

De otro lado, y sin perjuicio de la necesidad de resolver en cada caso según sus particularidades específicas, estimamos que nuestro ordenamiento jurídico contempla algunos criterios que podríamos denominar "*indiciarios*" –aunque no necesariamente concluyentes– respecto de la posesión de dicha aptitud para discernir por parte de un menor. Así, por ejemplo, si se reconoce a quien ha cumplido los 16 años de edad la capacidad para contraer matrimonio o para delinquir civilmente, e incluso desde el punto de vista criminal, a los 14 años de edad, ello podría arrojar algunas luces respecto de la calificación que también podrá hacerse tratándose de la negativa a recibir transfusiones o, al menos, sostener que dichos parámetros dan cuenta del "*espíritu general de la legislación*" en la materia y que permite, por ende, integrar la pertinente laguna (art. 24 del C. Civil).

Sin perjuicio de las consideraciones *jurídicas* que se han desarrollado más arriba, pensamos que el análisis *moral* de nuestra respuesta también se conforma con dichas conclusiones de acuerdo a lo que se expondrá en el acápite que sigue.

7. Consideraciones morales

Desde un punto de vista moral –lo que ciertamente incide en la interpretación jurídica que se postule a estos respectos– la principal objeción que se plantea en relación con la posición que aquí defendemos, se basa en el hecho de que la vida constituye un "*valor*" superior, frente al cual ceden todos los demás derechos o libertades, incluso al punto de actuar contra la voluntad del titular de dicho bien jurídico.

Esta forma de razonar la hallamos presente en argumentaciones esgrimidas por autores cuya formación hunde sus raíces no sólo en la concepción cristiana occidental del Derecho, sino que también en una visión específicamente católica en torno al ser humano y sus circunstancias. Así, por ejemplo, *Soto Kloss*, si bien desarrolla su discurso a propósito de las cuestiones que suscita la "huelga de hambre", tocando sólo tangencialmente el problema de la negativa a recibir transfusiones de sangre,[45] creemos que tal vez se opondría a la respuesta que propugnamos, arguyendo, para ello, la "indisponibilidad" del derecho a la vida por parte de su titular, lo que justificaría, por tanto, que se prescinda de su consentimiento en los casos en que aquella peligre.

En este sentido, el citado autor expresa que así como ocurre con el suicidio, debe considerarse que cuando existe una violación del deber fundamental de respetar la propia vida, configurándose un atentado grave a la conservación de la misma, se olvida que su defensa constituye un derecho que emana de la propia naturaleza humana y que se impone a todos los demás, incluso, ya en su perspectiva de deber, a la persona misma de que se trata. Es por ello que, en su opinión, el deber de conservación de la propia vida implica el derecho de todo tercero de impedir, interviniendo, o mejor, de intervenir impidiendo, que se consume ese atentado contra la vida que de propia mano pretende efectuar quien se autodestruye; el no impedir que se consume ese suicidio es una forma –por omisión– de colaborar al suicidio. Y es que el derecho a la vida –continúa *Soto Kloss*– "no es un derecho de dominio como el de propiedad que se tiene sobre una cosa; es un derecho que puedo oponer a todo el que me agrede injustamente y que me habilita a la legítima defensa propia, pero que implica también el derecho que tengo para defender la integridad de la vida ajena, auxiliándola incluso con la legítima defensa ajena, cuando es víctima de agresión injusta por parte de un tercero; esa legítima defensa ajena del derecho a la vida –conservación de ella– de aquel que pretende o intenta autodestruirse, es también un ejercicio legítimo del derecho que me otorga el ordenamiento para salvaguardar la vida ajena, y que aun cuando no me lo

[45] SOTO KLOSS (1991) p. 57.

otorgare igual lo poseo por ley natural, pues del carácter de sociable arranca el hombre su sentido de solidaridad y de auxilio al que está en la necesidad, en el abandono o en peligro de muerte, aun a costa de la vida propia".[46]

En la doctrina comparada, algunos han formulado una distinción que estiman esencial para abordar los problemas planteados. Así, por ejemplo, *Luzón Peña* diferencia entre aquellos sujetos que se encuentran en una situación de peligro –incluso de muerte– provocada por *causas externas*, de aquellos otros que actúan directamente o bien con dolo eventual para quitarse la vida. Respecto de los primeros indica que no se puede hablar de suicidio, ya que aun cuando exista voluntad de morir los sujetos en tal situación se limitan a someterse a un proceso natural que acaba o puede acabar en la muerte. En cambio, en los otros supuestos, el autor considera que ésta puede equivaler al suicidio, ya que no es un proceso externo natural el que va a provocar el resultado dañoso. Con todo, otros autores plantean que dicha distinción viene a ser una división artificial de la conducta del sujeto, fruto de la valoración de las circunstancias concurrentes en él. Lo criticable de esta postura, en su concepto, es que en ella pasa a un segundo plano la voluntad de morir que pueda tener el individuo (cuya concurrencia se admite en unos y otros casos) y pone el acento fundamental en la presencia o ausencia de elementos *externos* naturales, de forma que éstos condicionarán la valoración de la voluntad manifestada por el individuo. Con arreglo a ello lo decisivo, entonces, ya no será el que se manifieste o no una voluntad de morir, sino el contexto en el que se produce y cómo se ha llegado a él. De este modo –acotan– la cuestión central se desplaza de lo principal a lo accesorio, no teniendo en cuenta que tanto en unos casos como en otros estamos ante personas que admiten la muerte como fin probable o seguro de su momento vital. Al concederle relevancia a un proceso exógeno que la mayoría de las veces resultará accidental, pero que influirá en el proceso volitivo, se le está reconociendo un carácter esencial, difícilmente justificable, pues lo fundamental será siempre la voluntad manifestada por el sujeto.[47]

Pensamos, por nuestra parte, que la distinción formulada por *Luzón Peña* no implica, como se sostiene de contrario, atribuir a lo accesorio un carácter esencial, sino que, muy por la inversa, coloca el acento en un aspecto fundamental para los efectos de emitir un juicio moral acerca de la cuestión. Creemos, asimismo, que una sólida respuesta en torno a esta materia exige recurrir a conceptos que desde antiguo se han propugnado por *iusnaturalistas* a objeto de resolver casos análogos al que ahora nos ocupa. Para tales fines, en lo que sigue expondremos la síntesis que sobre este particular formula *Javier Hervada,*

[46] SOTO KLOSS (1984) pp. 61-67.
[47] TOLEDANO (1999).

catedrático de Derecho Canónico de las Universidades del Estado Español y de la Universidad de Navarra y Doctor Honoris Causa por la Università della Santa Croce (Roma).[48]

Relativamente a nuestro tema, creemos que la solución al problema exige recurrir a la denominada doctrina o principio del "*voluntario indirecto*" o "*acto de doble efecto*", cuyo contenido bien nos recuerda el mencionado autor. En lo sustancial, dicho principio significa que el hombre no puede realizar actos cuyo efecto directo y propio sea su muerte, enfermedad o mutilación, es decir, no puede realizar sobre sí mismo un acto directamente (acto voluntario directo) occisivo, contra su salud o mutilador. Resulta lícito, en cambio, realizar actos que refleja e indirectamente pongan en peligro –aunque sea próximo e inminente– su vida, su salud o su integridad física.

La procedencia de la referida distinción radica en que la primera hipótesis (voluntario directo) contempla actos que tienen como efecto propio, inmediato y directo causarse la muerte. El acto es casual y directamente occisivo; a ello se ordena objetivamente y la muerte es lo que directamente quiere el agente, ora en sí misma, ora con la intención de obtener unos ulteriores objetivos, no para sí, como es evidente, sino para otros. En definitiva, en tales casos la muerte es *activamente* producida. La segunda hipótesis, en cambio, es distinta: se trata de actos con dos efectos, uno querido y otro no querido. El acto se ordena de suyo y principalmente a una acción que no es la muerte del agente; si ésta se produce, es un efecto secundario e indirecto del acto; o dicho en otros términos; la muerte es *pasivamente* aceptada o permitida Y esta conclusión permanece incluso en aquellos supuestos límites en los que el sujeto realiza una acción que consiste simple y llanamente en colocarse en situación de muerte, como es el caso del que se ofrece a morir en lugar de otro. ¿Cuál es la razón última de esta diferencia? El mismo *Hervada* responde: Obsérvese que en la segunda hipótesis la muerte *se padece* (este es el punto clave), lo que nos indica que el agente y su acción tienden directamente a *otro* objetivo. Un objetivo que, en todo caso, ha de estar dentro de lo moralmente lícito, esto es, debe consistir en el cumplimento de los fines naturales del hombre, cumplimiento que puede ser un deber, un acto de amor o solidaridad o bien –agregamos nosotros– la fidelidad a sus propias creencias religiosas.

Ahora bien, para que pueda recibir aplicación el principio del "voluntario indirecto" es menester que se cumplan determinadas condiciones copulativas, a saber: (i) que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente; (ii) que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no

[48] HERVADA (1993), pp. 267-287.

el malo; (iii) que el fin del agente sea honesto, esto es, que el agente intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo; y (iv) que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir.[49] Así, por ejemplo, la salvación de la patria es causa suficientemente grave para desencadenar una guerra justa, a pesar de los grandes daños que de ella se seguirán; pero el lucro que puede obtenerse por la venta de literatura pornográfica no es suficiente razón para venderla.

A nuestro juicio, la negativa a ser transfundido en razón de creencias religiosas satisface todos y cada uno de los requisitos que se han enunciado, opinión que la doctrina citada comparte en los siguientes términos: ¿Es éste un caso de suicidio por omisión o estamos ante un supuesto diferente? Cierto es que la terapia de que se trata (transfusión de sangre) no es inmoral, pero esto no significa un cambio en el supuesto de hecho, sino un *error* en el juicio moral del paciente acerca de esta terapia específica. Del mismo modo que quien cree lícito el suicidio, no cambia el hecho por su error, tampoco lo cambia en el supuesto que acabamos de enunciar, porque los hechos objetivos que configuran el supuesto (la conducta del paciente) no son alterados por el error en el juicio moral.

Ocurre, en definitiva, que aquel que está dispuesto a utilizar todas las medidas terapéuticas éticamente posibles, no es un suicida si detiene sus intentos de curación ante un medio que estima inmoral. La mujer embarazada, por ejemplo, que está dispuesta a recurrir a todos los medios posibles para curarse, y se encuentra con que sólo el aborto directamente provocado podría curarla, no es una suicida al negarse a permitirlo. En los casos que examinamos, el paciente posee el *animus* de curarse, e incluso permite en principio cuantos medios dispone la ciencia médica (incluso más dolorosos y lesionadores que la simple transfusión, como la histerectomía); sólo se detiene ante un medio que, aun sin serlo, cree inmoral. En síntesis, no existiendo el *animus suicidandi* y sí el *animus* de curarse, junto a la aceptación de la regla de no permitir la aplicación de una terapéutica inmoral, el error de hecho, sobre un procedimiento médico específico, no ataca a la moralidad pública, ya que la regla moral que el paciente sigue –aunque con una errónea valoración sobre un hecho concreto– es verdadera y correcta, a la vez que son públicos los motivos; es decir, es público que se trata del rechazo de un procedimiento médico que se entiende inmoral.

[49] En igual sentido puede verse UGARTE (2006) p. 64.

Conclusiones

1. El tratamiento de la materia analizada en estas notas enlaza no sólo con aquellos aspectos vinculados a un determinado pensamiento filosófico y moral, sino que también, y de un modo especial, se vincula con consideraciones que pueden calificarse de puramente jurídicas. Estas últimas, a su vez, absorben una amplísima gama de tópicos que abarcan desde la conceptualización de los derechos fundamentales y la forma de imbricarlos con la hermenéutica constitucional, hasta sus implicancias en particulares disciplinas tales como el derecho internacional, el derecho de menores y el derecho penal.

2. La experiencia del derecho y jurisprudencia comparada en el tema exhibe diferentes posiciones, advirtiéndose, principalmente en el concierto hispanoamericano, una cierta inclinación a favor de la tesis que hace prevalecer la conservación de la vida aun cuando para ello deba prescindirse del consentimiento de la persona afectada y no obstante que su propia voluntad asigne un valor superior al ejercicio de la libertad religiosa. En lo que atañe especialmente al caso chileno, nuestros tribunales superiores de justicia, salvo contadas excepciones, se pronuncian en el mismo sentido, optando por ordenar las transfusiones de sangre aun contra el consentimiento explícito del paciente que lo rechaza invocando sus convicciones religiosas o morales.

3. El examen de las decisiones adoptadas por la judicatura nacional deja de manifiesto una carencia de desarrollo en torno al conflicto envuelto en este ámbito, identificándose, prácticamente como único argumento, la simple afirmación en orden a que la vida –y su conservación– constituye un "principio" o "valor" superior cuya primacía resulta incontrarrestable.

4. Existe, a nuestro juicio, una necesidad evidente de abordar la temática con un mayor rigor jurídico. En el tema que comentamos, ello exige abordar al menos tres aspectos que se revelan esenciales para responder a las inquietudes planteadas, a saber: (i) El rol de los "*principios*" y "*valores*" en la hermenéutica constitucional; (ii) el tratamiento de la colisión de derechos fundamentales a la luz de nuestra Constitución; y (iii) la regulación contenida en los tratados internacionales atinentes a la materia en estudio.

5. El tratamiento de las tres cuestiones recién enunciadas lleva a concluir que la negativa –fundada en el ejercicio de la libertad religiosa– que manifieste un *adulto* frente a la opción de transfundirle sangre, en la medida que sea expresa, debe ser respetada aun si con ello peligra su vida. Con respecto a los *menores*, pensamos que la respuesta al conflicto precisa una distinción fundamental que suele ser preterida por la doctrina. En efecto, en el caso de menores que carecen de suficiente juicio, y dado que no se halla comprometida, por lo mismo,

su *propia* libertad religiosa, los médicos se hallan en el deber de practicar la transfusión aun si los padres se oponen a ella en virtud de su credo. Distinta es la solución si el rechazo a recibir el respectivo tratamiento proviene de un menor dotado de suficiente discernimiento, atendido, entre otras cosas, el hecho de que en tales casos pasa a ocupar el lugar relevante el consentimiento no ya de los padres, sino que del propio menor, basado en su *propia y personal* libertad religiosa, de la cual también es titular.

Bibliografía citada

AGUILÓ, Josep (1997): "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica," en: *Isonomía*, N°6, pp. 71-79

ALDUNATE, Eduardo (2008): "Introducción al Estudio de los Derechos Fundamentales", Apuntes para un curso de Doctorado, 1er semestre 2008, Pontificia Universidad Católica de Chile.

BARRAGÁN, Julia (1990): "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", en: *Doxa* N° 8, pp. 63-72.

BARROS, Enrique: (1981): "La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho", en: *Revista de Derecho Público* N° 29-30: pp. 25-33.

BAZÁN, José Luis, y MADRID, Raúl (1991): "Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho", en: *Rev. chil. derecho*, vol. 18, N°2, pp. 179-188.

BERNAL PULIDO, Carlos (2003): "Estructura y Límites de la Ponderación", en: *Doxa* N° 26, 2003.

BUSTOS CONCHA, Ismael (1986): "La hermenéutica constitucional", en: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. X: pp. 157-168.*

CALSAMIGLIA, Albert (1988): *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel), 155 pp.

CASTEDO ÁLVAREZ, Fernando (1979): *"La Constitución como Fuente de Derechos", en: VVAA, La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 423-455.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1979): "El Concepto Constitucional de Fuentes del Derecho", en: VV.AA, *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 385-419.

CEA, José Luis: (1984): "Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa", en: *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XI, N° 1: pp. 7-16.

_____ (1992): "La interpretación axiológica de la Constitución," en: VV.AA. *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Edit. U. de Chile y U. Adolfo Ibáñez): pp. 87-97.

_____ (1999): "El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica", en Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, pp. 171 a 175.

CETE-ALONSO Y CALERA, M.G del Carmen (1998): "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)", Id. vLex: VLEX-ND404.

CORCOY BIDASOLO, M. (1999): "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en: Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.F.; Beristain Ipiña, A., y Romeo Casabona, C.M. (eds.): *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos.* Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López, Granada, 1999, s/e.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y MARTÍN, Gracia (1997): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, s/e.

ESSER, Josef (1961): *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado* (Barcelona, Bosch), 498 pp.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: (2002): "Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* N°6, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 17-46.

_____ (2005): "Constitución y Autonomía de la Voluntad", en: VVAA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. II, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y LexisNexis, pp. 1245-1269.

FERRADA, Juan Carlos (2004): "Los derechos fundamentales y el control constitucional", en: *Revista de Derecho*, U. Austral, vol. XVII: pp. 113-137.

FERRARI, Silvio (2008): Clase impartida a alumnos del Doctorado de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, con fecha 24 de Abril de 2008.

GARAY, Alain (2000) "Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea". (Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoiberoamericano de Derecho a la salud-San José, Costa Rica, 26-29 de abril de 2000), en: www.cuadernos.bioetica.org.

GOIC, Alejandro (2000): "Es hora de pensar en los derechos de los pacientes: Una introducción". *Rev. Méd. Chile*, dic. 2000, vol. 128, N° 12, pp. 1371-1373.

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1990): *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces), 144 pp.

HABA, Enrique P. (1999): "Precomprensiones, racionalidad y métodos en la resoluciones judiciales," *Doxa*, N° 22: pp. 49-78.

HERVADA, Javier (1993): *Escritos de Derecho Natural*, Colección Jurídica, Universidad de Navarra, Pamplona, 789 pp.

IGLESIAS VILA, Marisa (2000): "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", en: *Doxa*, N° 23, pp. 77-104.

KAUFMANN, A. (1987): "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?", trad. de J. M. Silva Sánchez, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 31.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", Ius et Praxis. [online]. 2006, vol.12, no.2 [cited 22 May 2008], p.13-41. Available from World Wide Web:<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

OLMEDO CARDENETE, M. (2001): "Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido", en: Roxin, C., Mantovani, F., Barquín, J. y Olmedo, M.: Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal, Granada, s/e.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1998): "Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos", en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, pp. 225 a 227.

RAMÓN LEAL, Alberto (1979): "Los Métodos de Interpretación Constitucional", en: *Revista de Derecho Público* N°s 25-26, pp. 57-69.

RETAMALES, Avelino (2003): "Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales", en: *Ius Publicum* N°11, pp. 75-102.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2001): "Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile", en: *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp. 179-199.

SATORRÁS FIORETTI, Rosa María (2004), "Las otras objeciones de conciencia", en: Lecciones de Derecho eclesiástico del Estado, Id. vLex: VLEX-RE427.

SEGURA GARCÍA, María José (2005): "El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas", en: VVAA, Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Id. vLex: VLEX-IF559.

SILVA, J. M.; CORCOY M., y BALDÓ, F. (1996): "Tipicidad. Omisión pura y comisión por omisión. Imputación objetiva e imputación subjetiva", Id. vLex: VLEX-AB484.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1979): "La Constitución Jurídica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. VI, N° 1-4: pp. 111-133.

SOTO KLOSS, Eduardo, (1984): "Derecho a la Vida y Recurso de Protección", en: RDJ, t. LXXXI, pp. 55-67.

_____ (1991): "El Derecho a la Vida y la noción de persona en la Constitución", en: RDJ, t. LXXXVIII, pp. 50-57.

TOLEDANO, Jesús (1999): "Consideraciones generales sobre el suicidio", en: VVAA, Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Id. vLex: VLEX-IN408.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): *El Derecho a la Vida* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 575 pp.

VARELA, Casimiro (1999): "Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal", Buenos Aires, edit. Ad-Hoc.

VIEHWEG, Theodor (1991): *Tópica y Filosofía del Derecho* (Barcelona, Gedisa), 201 pp.

VIGO, Rodolfo (1998): "Razonamiento judicial justificatorio", en: *Doxa*, N° 21: pp. 483-499.

ZAPATA, Patricio (1994): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Imprenta Vis Ltda.), 286 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1992): "Tendencias contemporáneas en la interpretación de la Constitución", en VVAA, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Edit. U. de Chile y U. Adolfo Ibáñez): pp. 285-303.

Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC

Raúl F. Campusano Droguett
Master en Derecho
UNIVERSIDAD LEIDEN. HOLANDA
Master of Arts
UNIVERSIDAD NOTRE DAME. USA

Pablo A. Romero Zurbuchen
Abogado
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

1. Introducción

"Protection. For free traders, this word represents the consummate evil. For environmentalist, it is the ultimate good".[1]
Daniel C. Esty.

A nadie le cabe duda que el mundo de hoy no es el mismo que aquel de hace cincuenta años. Fuertes tendencias[2] de alcance global han producido cambios en las estructuras sociales en las cuales nos desenvolvemos.

Las economías nacionales se integran cada vez más en una estructura económica global en la que todos los elementos necesarios para producir un bien o servicio final –insumos, diseño, montaje, administración, comercialización, ahorros destinados a inversión– pueden obtenerse en cualquier parte del mundo gracias a un sistema cimentado por poderosas tecnologías de comunicación e información. La tendencia a la mundialización está impulsada en parte por

[1] ESTY, DANIEL C. "Bridging the Trade-Environment Divide". *Journal of Economics Perspectives*. Vol. 15, número 3. Verano 2001, págs. 113-130.
[2] Al respecto revisar los informes anuales del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), así como los del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humanos (PNUD).

estas nuevas tecnologías, y en parte por la reducción de barreras al comercio internacional y a los flujos de inversión. El resultado ha sido un aumento constante de la importancia del comercio internacional en la economía mundial: en los últimos 50 años la economía mundial se ha quintuplicado.

En las últimas cinco décadas el mundo ha sido testigo de un enorme cambio en el medio ambiente. El globo se está calentando. La temperatura promedio mundial ha crecido en aproximadamente 0,7°C desde el inicio de la era industrial. La tendencia se acelera: la temperatura media promedio en el mundo aumenta en 0,2°C cada diez años. Con el aumento de la temperatura mundial, los patrones locales de las precipitaciones están cambiando, las zonas ecológicas se desplazan, los mares se calientan, las capas de hielo se derriten y los glaciares retroceden. La adaptación forzada al cambio climático ya es un hecho en todo el mundo.

El continuo aumento de las emisiones de nitrógeno provenientes de automóviles y fertilizantes está transformando los mares y lagos en lugares desprovistos de vida. La cuarta parte de las poblaciones de peces del mundo están agotadas y otro 44 por ciento es objeto de prácticas depredadoras que ponen el ecosistema marino en real peligro. De continuar esta tendencia, en treinta años dos tercios del mundo vivirá con "estrés por falta de agua" (menos de 1.000 litros de agua anuales por persona). Cada día mueren 25.000 personas debido a enfermedades causadas por mala gestión de las aguas. La cuarta parte de las especies de mamíferos del mundo está seriamente amenazada de extinción.

La degradación ambiental y las repercusiones del cambio climático son mundiales, pero los efectos serán locales. Dado el inmenso campo de acción de estos impactos, es difícil generalizar: las zonas propensas a las sequías en África Subsahariana enfrentarán diferentes problemas que aquellas propensas a las inundaciones en Asia Meridional. No obstante, ya ha sido posible identificar cinco multiplicadores específicos del riesgo para que ocurran retrocesos en el desarrollo humano: menor productividad agrícola; mayor inseguridad de agua; mayor exposición a inundaciones costeras y condiciones climáticas extremas; colapso de los ecosistemas; y mayores riesgos de salud.

Las tendencias globales[3] descritas son extremadamente complejas y no cesan de evolucionar. Sin embargo, ellas no son aisladas, por el contrario, están

[3] Otra importante tendencia a la cual no podemos dejar de hacer mención, por cuanto sobrepasa los límites de este trabajo, es la creciente inequidad mundial. No podemos perder de vista que el desarrollo humano, en definitiva, se encuentra en el epicentro de las fricciones entre el comercio y el medio ambiente. Aunque las estadísticas no humanizan el problema, ellas nos permiten dimensionar el alcance de aquel. Así, aunque el ingreso promedio anual *per cápita* en el mundo supera hoy los 5.000 dólares, 1.300 millones de personas sobreviven todavía con ingresos inferiores a un dólar por día. Las tres

profundamente relacionadas. La mayor parte del daño al medio ambiente se debe al aumento global de la actividad económica. El comercio internacional constituye una porción cada vez mayor de esa actividad creciente, con lo que se convierte en un motor del cambio en el medio ambiente cada vez más importante. A medida que avanza la globalización de la economía y que la naturaleza global de muchos de los problemas ambientales se hace más evidente, la fricción entre los sistemas jurídicos multilaterales que rigen ambos aspectos se vuelve inevitable.

¿Qué relación existe entre el comercio internacional y el medio ambiente? La interrogante no requiere una respuesta alambicada: están relacionados en el nivel más elemental, porque toda actividad económica se basa en el medio ambiente. Es fuente de todos los insumos básicos, y es el contenedor que recibe todos los desechos producidos por la actividad económica. Por su parte, el comercio internacional se ve afectado por las preocupaciones en materia de medio ambiente. Así, los exportadores deben, resistiendo las inclemencias climáticas, responder a las presiones de un mercado que exige productos más "verdes" y "justos".

Esta relación fáctica se expresa en el mundo de las reglas sociales en constantes fricciones entre el derecho comercial y el derecho ambiental. El primero está representado por estructuras tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y tratados regionales de comercio internacional e integración; el segundo, expresado en distintos acuerdos ambientales multilaterales y regionales, y en la normativa nacional. La interacción entre estos dos sistemas es inevitable, y se manifiesta en distintos engranajes de cada sistema.

El derecho ambiental internacional define cada vez más el modo como los países deben estructurar sus actividades económicas a partir de los intereses y contingencias de la sociedad internacional. Así las partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología pueden restringir la importación de algunos organismos modificados genéticamente como parte de un procedimiento de evaluación de riesgos cuidadosamente especificado. El derecho comercial multilateral y regional, por su parte, define cada vez más cómo los países deben establecer sus leyes y políticas nacionales en áreas como la del

personas más ricas del mundo tienen una fortuna combinada que es mayor al producto bruto interno de los 48 países menos desarrollados. No existe indicador más poderoso –o preocupante– de la privación de capacidades que la mortalidad infantil y, sin embargo, cada año mueren más de 10 millones de niños antes de cumplir cinco años. La participación de África Subsahariana en la mortalidad infantil va en aumento: la región representa el 20% de los nacimientos, pero el 44% de las muertes en la niñez. Hoy en día es posible prevenir prácticamente todas las muertes en la infancia y, sin embargo, cada dos minutos mueren cuatro personas sólo de paludismo (de las cuales tres son niños). La mayoría de estas muertes se podría evitar mediante la aplicación de medidas sencillas y de bajo costo.

derecho de propiedad intelectual, política de inversión y protección del medio ambiente. Así hemos observado una propagación de normas con pretensión ambiental tanto en el sistema jurídico de la Organización Mundial del Comercio como en numerosos tratados de libre comercio.

Nuestra apertura comercial y activa participación en foros internacionales no solamente se ha manifestado en áreas políticas y comerciales. Nos hemos involucrado, al igual que nuestros socios comerciales, en el fenómeno ambiental asumiendo el compromiso de proteger y conservar el medio ambiente, así como fomentar el desarrollo sustentable. Resulta pues fundamental entender cada una de las aristas en juego y evaluar las consecuencias de nuestros compromisos comerciales en relación con el medio ambiente.

En lo que sigue analizaremos un aspecto muy particular del engranaje internacional en juego: las cláusulas de excepción al libre comercio internacional presentes en los tratados de libre comercio (en adelante TLC) celebrados por Chile. Revisaremos en primer lugar la naturaleza de éstas y su campo de aplicación, posteriormente nos abocaremos a las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994 referentes al medio ambiente, y culminaremos con una breve referencia sobre el estándar de revisión que emplean los órganos jurisdiccionales de la OMC por cuanto ellos nos entregan importantes pautas que nos indican cómo aplicar y justificar estas medidas.

2. Incorporación de la variable ambiental entre las excepciones al libre comercio internacional

El ordenamiento jurídico internacional presenta una amplia y diversa gama de excepciones al libre comercio para proteger diversos intereses legítimos de los Estados. Entre ellas podemos mencionar las medidas de salvaguardia reguladas por el artículo XIX del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante GATT de 1994) y el Acuerdo sobre Salvaguardias; determinadas excepciones generales, contenidas en el artículo XX del GATT de 1994; excepciones relativas a la seguridad cuyo alcance es delimitado por el artículo XXI del GATT de 1994; restricciones para proteger la balanza de pagos (artículo XII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en adelante AGCS); entre muchas otras.

Las excepciones al libre comercio internacional, sea que se encuentren reguladas en el ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) o en acuerdos comerciales regionales, disponen de una naturaleza jurídica determinada. Por cierto, todas ellas llevan al mismo resultado, esto es, derogar temporalmente las reglas normales del comercio internacional.

Sin embargo no es dable concebirlas dentro de un mismo grupo. Tanto la filosofía jurídico-económica que les da sustento, así como los requisitos fácticos y jurídicos necesarios para su aplicación varían en cada caso. De esta manera resulta indispensable revisar cada una de ellas en particular.

Recientemente la variable ambiental ha sido incorporada a este grupo de medidas de excepción. Ella está presente tanto en normas multilaterales como en instrumentos regionales. Resulta interesante observar que prácticamente todos los tratados de libre comercio incluyen cláusulas de excepción que permiten derogar temporalmente las obligaciones del acuerdo para proteger la salud, conservar recursos naturales no renovables, o proteger el medio ambiente.[4] Escasos TLCs no incluyen excepciones generales relacionadas con el medio ambiente (por ejemplo el Tratado de Asunción, por el que se crea el Mercado Común del Sur). Chile no ha sido ajeno a este desarrollo.

Como ya hemos visto, los compromisos ambientales que Chile ha asumido en estos instrumentos varían considerablemente. Pero podemos observar un común denominador. En todos los TLCs[5] dos ítems invariablemente se encuentran presentes.

El primer ítem, que aparece en todos los TLCs ratificados por Chile, dice relación con las declaraciones versadas en el preámbulo de los instrumentos. Las partes han declarado explícitamente, de una u otra forma, el deseo de proteger y conservar el medio ambiente, así como fomentar el desarrollo sostenible. A modo de ejemplo podemos citar los siguientes preámbulos:

[4] Environment and Regional Trade Agreement, OECD, 2007, pág. 134.

[5] Para los efectos de este trabajo hemos considerado los siguientes instrumentos como TLC: a) El Acuerdo Estratégico Traspacífico de Asociación Económica Celebrado entre los Gobiernos de Brunei Darussalam, la República de Chile, Nueva Zelanda y la República de Singapur; b) el Acuerdo por el que se Establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Chile, por la otra; c) el Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Miembros de la Asociación Europea del Libre Comercio; d) el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular de China; e) el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Corea; f) Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos; g) Tratado de Libre Comercio adoptado entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; h) Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Gobiernos de la República Chile y de los Estados Unidos de Norteamérica; i) Tratado de Libre Comercio suscrito entre los gobiernos de la República de Chile y de la República de Panamá; j) Acuerdo entre la República de Chile y Japón para una Asociación Económica Estratégica; k) el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá; l) Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus anexos, apéndices, protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo.

"El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, decididos a: (...) Emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente; Promover el desarrollo sostenible".

"La República de Chile y la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza (...), decididos a: (...) Promover la protección y conservación del medio ambiente, así como el desarrollo sostenible".

"El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá, decididos a: (...) Emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente (...); Promover el desarrollo sostenible; Reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental".

"El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Corea, en adelante "las Partes": (...) Reconociendo que este Tratado deberá implementarse con miras a elevar el nivel de vida, crear nuevas oportunidades de trabajo, promover el desarrollo sustentable en forma congruente con la protección y preservación del medio ambiente".

Aunque tales declaraciones son efectuadas en el preámbulo, y en ciertos casos producen eco en el cuerpo del instrumento, no podemos perder de vista su valor jurídico. Aunque opiniones aisladas se manifiestan partidarias de brindar al preámbulo de un tratado internacional un valor inferior a la parte dispositiva de éste, ello no resulta respaldado por la práctica internacional.[6] Generalmente estas declaraciones adquieren un valor relevante a la hora de interpretar el cuerpo del acuerdo, y sobre todo brindan el tono de cómo las partes podrán tratar situaciones en que interactúen factores ambientales y comerciales.

[6] Al efecto podemos citar el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de noviembre de 1950, sobre el caso del Derecho de Asilo, en que se recurrió al preámbulo de la Convención de La Habana, de 20 de febrero de 1928, sobre Derecho de Asilo, para determinar el sentido y alcance de éste.
En respaldo de esta opinión, el Informe Jurídico N° 123 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de 1967, págs. 506 a 508: "(...) 1. Desde un punto de vista jurídico, el Preámbulo tiene un doble valor. En primer lugar, existe acuerdo unánime, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que el Preámbulo constituye un elemento de gran importancia para la interpretación del documento al que precede. Pero además, y no obstante que algunos autores lo discuten, generalmente se ha considerado que es fuente de obligaciones jurídicas. Así se estableció respecto del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: en efecto, en el informe de la Comisión que presentó el Preámbulo a la Conferencia de San Francisco se expresa: 'todas las disposiciones de la Carta son indivisibles como un todo instrumento jurídico y son igualmente válidas y oportunas (...)', en opinión de esta Asesoría, es ese el correcto criterio (...)". Informe Jurídico citado en LLANOS MANSILLA, HUGO. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público.* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago de Chile, 2005, pág. 74.

El segundo ítem es aquel que resulta de interés para lo que sigue. En todos los TLCs que Chile ha ratificado las partes concibieron algún tipo de cláusula ambiental de excepción. Podemos distinguir las siguientes:

- aquellas dirigidas al comercio de mercaderías,
- otras vinculadas con el comercio de servicios,
- y otras relacionadas con las medidas sanitarias y fitosanitarias, y barreras técnicas.

Excepciones vinculadas al comercio de mercaderías

En el derecho comparado, y particularmente en el ámbito del comercio de bienes, es posible distinguir tres clases de cláusulas de excepción: aquellas modeladas en atención al artículo XX del GATT de 1994 (en adelante, "artículo XX"), aquellas basadas en la redacción del artículo 36 (ex artículo 30) de la Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea,[7] y otras estructuradas de manera diversa.

En lo tocante a los TLCs celebrados por Chile observamos que en la gran mayoría de los casos los acuerdos incorporan el artículo XX a éstos por medio de una remisión directa, y declaran que la norma forma parte del tratado. Al respecto podemos citar las siguientes cláusulas para ilustrar:

TLC Chile-Japón:

Párrafo 1° del artículo 192: "Para los efectos de los Capítulos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, distintos al Artículo 76, el Artículo XX del GATT 1994 se incorpora a este Acuerdo y forma parte del mismo, *mutatis mutandis*".

TLC Chile-China:

Artículo 99: "Para efectos de este Tratado, el Artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan al presente Tratado y forman parte integrante del mismo, *mutatis mutandis*".

[7] Artículo 36: "Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros".

TLC Chile-Estados Unidos de Norteamérica:

Párrafo 1° del Artículo 23.1: "Para los efectos de los Capítulos Tres al Siete (...), el Artículo XX del GATT 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, *mutatis mutandis*. Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el Artículo XX (b) del GATT 1994 incluye las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y que el Artículo XX (g) del GATT 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables".

Algunas de estas cláusulas inspiradas en el artículo XX además aclaran que la excepción se extiende a las medidas necesarias para la conservación de los recursos naturales *vivos o no vivos* agotables. Como veremos más adelante, la precisión es resultado directo del informe del Órgano de Apelación de la OMC en el caso *Estados Unidos-Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón* (en adelante *US-Shrimp*). Ciertos acuerdos (*v.g.* letra (c) del párrafo 6 del artículo 9-07 del TLC Chile-México) modifican el tenor del artículo XX del GATT en lo tocante a recursos naturales (letra g), y utilizan la expresión "necesarias para" en vez del término "relativas a".[8]

La gran mayoría de los acuerdos concluidos entre la Unión Europea y otros Estados, así como los acuerdos celebrados entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (adelante los Estados de la AELC) y terceros, incluyen cláusulas de excepción cuyo fraseo es similar al utilizado en el artículo 36 de la Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea.[9] La redacción de esta norma difiere en dos aspectos relevantes de aquella contenida en el artículo XX. En primer lugar, exige que la excepción sea justificada por las razones que considera (*v.g.* orden público, moral y seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas y animales), mientras que la norma de la OMC omite tal predicado. En segundo lugar, a diferencia del artículo XX (letra *g*), el artículo 36 no dispone de una excepción específica relacionada con la conservación de recursos naturales agotables. Sin perjuicio de estas diferencias, el artículo 36 presenta una redacción similar al encabezado (también denominado "*chapeau*") del artículo XX, por cuanto excluye de la hipótesis legal aquellas medidas que constituyan un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta al comercio internacional.

[8] Los negociadores del TLC Chile-México seguramente tuvieron en consideración la interpretación de los términos en juego que efectuó el Órgano de Apelación en el caso *US-Gasoline* (WT/DS2/AB/R, pág. 19).

[9] Environment and Regional Trade Agreement, op. cit., pág. 135.

Las clausulas de excepción ambiental relacionadas con el comercio de mercaderías presentes en el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea[10] y el TLC entre Chile y los Estados de la AELC[11] no son similares a los dos grupos descritos más arriba. Sus cláusulas no parafrasean el tenor de alguna de las normas mencionadas, no realizan una remisión explícita a ellas, y tampoco las incorporan. El artículo 161 del Acuerdo de Asociación Chile-Comunidad Europea y el artículo 70 del TLC Chile-AELC se encuentran estructurados de una manera diversa.

Excepciones ligadas al comercio de servicios

La gran mayoría de los TLCs ratificados por Chile que cubren el comercio de servicios regulan esta materia por medio de la técnica del reenvío acudiendo al artículo XIV del Acuerdo General de Comercio de Servicios (en adelante utilizaremos la sigla en inglés GATS).

El artículo XIV del GATS dispone que "a reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas: (...) (b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...)". La norma en cuestión no presenta una regla especial respecto de las medidas destinadas a conservar los recursos naturales agotables, a diferencia de la letra g) del artículo XX del GATT de 1994.

[10] Artículo 161: "Siempre que tales medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes o que impliquen una restricción encubierta del comercio entre ellas, ninguna disposición del presente Título se interpretará en el sentido de impedir a una Parte establecer o mantener medidas:
a) necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos;
b) necesarias para proteger la vida, la salud o la seguridad de las personas;
c) necesarias para proteger la vida o la salud de animales o vegetales;
d) necesarias para proteger la propiedad intelectual; o
e) relacionadas con los bienes o servicios de las personas minusválidas, de instituciones de beneficencia o del trabajo penitenciario".

[11] "Artículo 70: Siempre que tales medidas no se apliquen de modo que pudieren constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes o una restricción encubierta al comercio entre ellas, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas necesarias para proteger:
(a) la moral, el orden o la seguridad públicos;
(b) la vida, la salud o la seguridad de las personas;
(c) la vida o la salud de animales o vegetales;
(d) la propiedad intelectual; o
(e) los bienes o servicios de personas minusválidas, de instituciones de beneficencia o del trabajo penitenciario".

Además del reenvío a la norma multilateral, los TLCs celebrados por Chile en determinados casos manifiestan que el artículo XIV del GATS *"se incorpora a (al) Acuerdo y forma parte del mismo"*. Además parafrasean el tenor de la norma, y, ocasionalmente, definen expresamente lo que entienden por la medida referida en la letra b). Las citas que siguen vienen a ilustrar lo descrito:

TLC Chile-Japón

Párrafos 4° y 5° del artículo 19.1:

"4. Para efectos del Capítulo 12 (Comercio de Servicios), el Artículo XIV del AGCS (incluyendo sus notas al pie) se incorporan al presente Acuerdo y forman parte integrante del mismo, mutatis mutandis. Las partes entienden que las medidas referidas en el Artículo XIV (b) del AGCS incluyen las medidas ambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

5. Para efectos del Capítulo 12 (Comercio de Servicios), sujeto al requerimiento que dichas medidas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir la adopción o cumplimiento por una Parte de las medidas necesarias".

TLC Chile-Panamá

Párrafo 2° del art. 14.1: "Para los efectos de los Capítulos 10 (Comercio transfronterizo de servicios), el Artículo XIV del AGCS (incluyendo sus notas al pie de página) se incorpora a este Tratado y forma parte del mismo.[12] Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XIV (b) del AGCS incluye a las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".

TLC Chile-Perú

Párrafo 2° del artículo 17.1: "Para los efectos del Capítulos 12 (Comercio Transfronterizo de Servicios), el Artículo XIV del AGCS (incluyendo sus notas al pie de página) se incorpora a este Acuerdo y forma parte del mismo. Las

[12] Artículo 161: "Si se enmienda el Artículo XIV del AGCS, este artículo será enmendado, en lo que fuere pertinente, después de que las Partes se consulten" (nota al pie presente en el TLC Chile-Panamá).

Partes entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XIV(b) del AGCS incluye a las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".

Se distinguen de lo descrito hasta aquí el TLC entre Chile y Canadá y el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea. Estos instrumentos no efectúan un reenvío al artículo XIV del GATS por cuanto disponen de una norma particular (párrafo 2° del art. O-01y artículo 135 respectivamente).

Excepciones que dicen relación con las medidas sanitarias y fitosanitarias, y barreras técnicas

Varios tratados de libre comercio que Chile ha ratificado incluyen normas relacionadas con las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) y las barreras técnicas. Estas normas no son excepciones *per se*, sino derechos entregados a las partes para imponer MSFs o barreras técnicas cumpliendo los requisitos normativos que cada disciplina exige. Cabe resaltar que estas medidas pueden calificar como medidas generales de excepción al libre comercio. El hilo que separa unas y otras resulta muy fino. Potencialmente ellas pueden encubrir restricciones no arancelarias ilícitas al libre comercio. Por consiguiente, resulta fundamental reforzar las disciplinas que les dan estructura.

3. Análisis del art. XX del GATT de 1994

En lo que sigue analizaremos con mayor profundidad el artículo XX (letras b y g) del GATT de 1994, ya que constituye, sin duda alguna, la cláusula de excepción al libre comercio con repercusiones medioambientales de mayor gravitación. En varias ocasiones la norma ha sido objeto de diferencias en el sistema de la OMC, por lo que la jurisprudencia de la Organización nos brinda pautas hermenéuticas de importante valor práctico.

Un Estado parte que desee cuestionar una medida ambiental (o de cualquier otro tipo) aplicada por su socio comercial tiene que alegar incumplimiento de los principios "nación más favorecida" o "trato nacional" (artículos I y III del GATT de 1994), o bien de la regla que establece la eliminación general de las restricciones cuantitativas (artículo XI del GATT de 1994).[13] Sin embargo, incluso cuando la legislación nacional se considere incompatible con alguna de estas normas, no violará el GATT de 1994 si el Estado que aplica la medida argumenta

[13] Nótese que las normas citadas forman parte de los TLCs sea por reenvío o adopción literal.

eficazmente que cabe dentro de la hipótesis de alguna de las disposiciones del artículo XX del GATT (Excepciones Generales). La norma deja puertas abiertas para situaciones excepcionales que ponen en jaque las reglas fundamentales[14] del comercio internacional. Hay dos tipos de excepciones que son de especial relevancia para las medidas relacionadas con el medio ambiente, las letras (b) y (g) del artículo XX.

> *Artículo XX: A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...)*
>
> *(b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;*
>
> *(g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;*

Los Estados que deseen hacer uso de las excepciones ambientales presentes en el artículo XX del GATT de 1994 tienen que lograr saltar dos vallas. En caso *US-Gasoline*, el Órgano de Apelación concluyó que el análisis del Grupo Especial respecto de la regulación de Estados Unidos relativa a la calidad de la gasolina era incompatible con el artículo III: 4 del GATT, y no encontraba justificación en las letras (b), (d), o (g) del artículo XX. A raíz de ello el Órgano de Apelación presentó un análisis probatorio de dos niveles respecto del artículo XX:

> "Para que a la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares –párrafos a) a j)– recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iníciales del artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero, la *justificación provisional* de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX;

[14] En el asunto *US- Gasoline* el Órgano de Apelación se refirió a las obligaciones comerciales susceptibles de "derogar" en virtud de la excepciones generales que otorga el artículo XX: "(...) El preámbulo estipula que *"ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas* (...)". Así pues, las excepciones enumeradas en el artículo XX guardan relación con todas las obligaciones resultantes del *Acuerdo General*: naturalmente, con la obligación de trato nacional y la obligación del trato de nación más favorecida, pero también con otras". WT/DS2/AB/R, pág. 26.

segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias (o *'chapeau'*) del artículo XX"[15] (bastardillas agregadas).

Así la aplicación de una medida de excepción ambiental –y, por supuesto, cualquier otra contenida en los párrafos del artículo XX– requiere primero establecer la *justificación provisional*, demostrando que los antecedentes de hecho tienen cabida en las hipótesis de las letras (b) o (g). Luego, en un segundo momento, es imperativo cumplir con la *justificación final*, demostrando que la medida en cuestión no contradice el párrafo introductorio, o *chapeau*, de la norma en cuestión.

Letra (b) del artículo XX

La letra (b) establece que la parte contratante debe demostrar que la medida es "necesaria" para proteger el ambiente (personas, animales y vegetales). El Grupo Especial en el caso *US-Gasoline* presentó el siguiente *three-tier test*[16] respecto de la letra (b):

1) Demostrar la necesidad de proteger el medio ambiente;

2) Demostrar la necesidad de utilizar a tal fin una medida con efectos sobre el comercio; y

3) En caso de ser necesaria la aplicación de una medida con efectos sobre el comercio, asegurar que ésta sea la medida disponible menos restrictiva del comercio con vistas al logro propuesto.

Los puntos 2 y 3 del examen probatorio sobre la necesidad buscan reducir los efectos comerciales potenciales originados por medidas relativas al medio ambiente, y evitar que las medidas con fines ambientales sean utilizadas como restricciones u obstáculos encubiertos al comercio.

[15] Caso *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, pág. 24

[16] "El Grupo Especial tomó nota de que la carga de probar que las medidas incompatibles estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción incumbía a los Estados Unidos, que eran la parte que la alegaba. El Grupo Especial observó que, en consecuencia, los Estados Unidos tenían que acreditar los siguientes hechos:
1) que la **política** a que respondían las medidas respecto de las que se alegaba la disposición estaban incluidas en el grupo de las políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales;
2) que las medidas incompatibles respecto de las que se alegaba la excepción eran **necesarias** para alcanzar el objetivo de esa política; y
3) que las medidas se aplicaban de conformidad con las prescripciones de la **cláusula de introducción** del artículo XX.
Para que la aplicación del apartado b) del artículo XX estuviera justificada era necesario que concurrieran todos esos elementos". *Caso US-Gasoline*, WT/DS2/R, párrafo 6.20.

La carga de probar la necesidad ha sido utilizada en los casos del GATT para descartar categóricamente las normativas nacionales, relacionadas de alguna manera con el ambiente, que tuviesen pretensión extraterritorial. Sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC en 1998 al fallar sobre la letra (g) del artículo XX (caso *US-Shrimp*) puede haber cambiado esto al exigir que sólo se establezca un "nexo suficiente" entre la ley y el medio ambiente del país que promulga la medida. Este fallo hará más difícil que se hagan exclusiones generales cuando se aplique la letra (b) del mismo artículo. A pesar de que el fallo no especificó qué constituía un "nexo suficiente", aparentemente los efectos transfronterizos sobre el aire y el agua o los efectos en las especies en peligro o migratorias, por ejemplo, podrían proporcionar dicho nexo.

Otros aspectos de la prueba de necesidad, de las reglas del GATT de 1994, exigen a los Estados Miembros demostrar (i) que es necesario aplicar medidas que afectan el comercio, y si esto se demuestra, también se debe probar (ii) que se ha usado la medida menos restrictiva para el comercio. Estos requisitos constituyen un difícil obstáculo, especialmente si la medida en discusión se contrapone con alternativas puramente hipotéticas. Empero, los recientes casos de diferencias que ha conocido la OMC han brindado un enfoque más apropiado, en el que sólo se tienen en cuenta las medidas alternativas "razonablemente disponibles", y en donde "razonablemente" se define teniendo en cuenta factores tales como los costos de la adopción de las medidas y la capacidad administrativa para implementarlas. Adicionalmente, las medidas alternativas deben ser igualmente eficaces para lograr los objetivos del Estado Parte que las adopta. Al respecto citamos las conclusiones del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas-Medidas que Afectan al Amianto y a los Productos que Contienen Amianto* (en adelante EC-Asbestos):[17]

> "Examinando ahora esta cuestión, consideramos que, para determinar si una medida propuesta es una alternativa "razonablemente disponible", hay que tener en cuenta varios factores, aparte de la dificultad de su aplicación. En el asunto *Tailandia-Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, el Grupo Especial hizo las siguientes observaciones con respecto al criterio aplicable para juzgar si una medida es "necesaria" de conformidad con el apartado b) del artículo XX:
>
> > [...] las restricciones a la importación impuestas por Tailandia sólo podían considerarse "necesarias" en el sentido del apartado b) del artículo XX si Tailandia no tenía *razonablemente a su alcance* otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad

[17] Caso EC-Asbestos, WT/DS135/AB/R, párrafos 170, 171, 172 y 174.

> con el mismo fuera menor, *para alcanzar sus objetivos de política sanitaria* (sin cursivas en el original).

En nuestro informe sobre el asunto *Corea-Carne vacuna*, abordamos la cuestión de la "necesidad" de conformidad con el apartado (d) del artículo XX del GATT de 1994. En esa apelación, concluimos que el Grupo Especial procedió correctamente al aplicar el criterio establecido por el Grupo Especial que se había encargado del asunto *Estados Unidos-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*:

> En opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General.

En el asunto *Corea-Carne vacuna*, indicamos que uno de los aspectos del "proceso de sopesar y confrontar [...] comprendido en la determinación de si el Miembro interesado 'tiene razonablemente a su alcance' otra medida posible que sea compatible con la OMC", es el grado en que la medida "contribuye a la realización del fin perseguido". Además, observamos en ese caso que "Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes", más fácil será aceptar como "necesarias" unas medidas encaminadas a lograr esos objetivos. En el asunto que se examina, el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia. La cuestión que queda por resolver es, pues, si existe una medida alternativa que permita lograr el mismo fin que la prohibición, pero que sea menos restrictiva para el comercio".

En nuestra opinión, no se puede considerar que Francia tenga razonablemente a su alcance *ninguna* medida alternativa si esa medida significa que seguirá existiendo el riesgo cuya propagación el Decreto trata precisamente de "detener". De hecho, tal medida alternativa impediría que Francia lograra el nivel de protección sanitaria que ha elegido. Basándose en las pruebas científicas de que disponía, el Grupo Especial constató que, en general,

todavía no se ha demostrado la eficacia del "uso controlado". Además, incluso en los casos en que los procedimientos de "uso controlado" se aplican "con una mayor certidumbre" en cuanto a su eficacia, las pruebas científicas indican que, en determinadas circunstancias, el nivel de exposición puede seguir siendo suficientemente alto para que persista un "riesgo significativo de contraer enfermedades relacionadas con el amianto". El Grupo Especial observó también que la eficacia del "uso controlado" es particularmente dudosa en el sector de la construcción y en el caso de los aficionados al bricolaje, que son los principales usuarios de productos a base de cemento que contienen crisotilo. Teniendo en cuenta estas constataciones fácticas del Grupo Especial, consideramos que el "uso controlado" no permitiría que Francia consiguiera el nivel de protección sanitaria que ha elegido, es decir, detener la propagación del riesgo de enfermedades relacionadas con el amianto. Por consiguiente, el "uso controlado" no sería una medida alternativa que permitiera lograr el objetivo perseguido por Francia.

Letra (g) del artículo XX

Debe hacerse notar que "el propósito perseguido al incluir el artículo XX g) en el Acuerdo General no era ampliar las posibilidades de adoptar medidas con fines de política comercial, sino simplemente *garantizar que los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo General no [obstaculicen] la puesta la puesta en práctica de políticas destinadas a la conservación de recursos naturales agotables.* (...) Una medida debe estar 'destinada principalmente a' la conservación de un recurso natural agotable para que resulte incluida en el ámbito del artículo XX (g)".[18]

El país que invoca una excepción bajo el paraguas de la letra (g) del artículo XX debe demostrar primero que la propia legislación está asociada a la conservación de medios naturales agotables. En segundo lugar, la legislación debe ser acompañada de restricciones en el ámbito interno a la administración, producción o consumo del recurso a ser conservado. Ello significa que los costos de cualquier régimen de conservación no pueden reservarse exclusivamente para países extranjeros. Finalmente, se establece que la legislación debe estar "encaminada principalmente" a los fines de la conservación, y debe demostrar una "relación estrecha entre medios y fines". Estos requisitos contribuyen a asegurar que la protección ambiental no encubra una discriminación comercial.

[18] Asunto *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, pág. 19. Cabe señalar que la misma interpretación han dado otros Grupos Especiales: *Estados Unidos-Restricciones a la importación de atún*, DS29/R (1994); y *Estados Unidos-Impuestos aplicados a los automóviles*, DS31/R (1994). Al respecto véase *Canadá-Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*, IBDD 35S/109, párrafo 4.6; adoptado el 22 de marzo de 1988.

La excepción ambiental de la letra (g) del artículo XX plantea tres problemas hermenéuticos, a saber, i) ¿cuál es el alcance de la expresión "recursos naturales agotables"; ii) ¿qué significa que la medida sea 'relativa a' la conservación de recursos naturales agotables?; y iii) ¿Qué se requiere para considerar que la medida se aplica conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional?

El fallo del Órgano de Apelación en el asunto *US-Shrimp*[19] brindó una respuesta a estos problemas hermenéuticos. Además de su invaluable valor interpretativo, éste constituyó un hito ambiental. Definió ampliamente el concepto de recursos naturales agotables, incluyendo al término tanto los recursos vivos como inertes, así como los recursos renovables y no renovables. También sentó precedente al mirar más allá de las normas comerciales al remitirse a varios acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) para delimitar el alcance conceptual de los términos de la letra (g) del artículo XX.

Respecto del si el término "conservación de los recursos naturales agotables" comprende tanto recursos naturales vivos como no vivos, y de si los recursos naturales vivos son agotables, el Órgano de Apelación apreció lo siguiente:

> "India, Pakistán y Tailandia sostuvieron que una 'interpretación razonable' del término 'agotables' era que el término hace referencia a 'recursos finitos, como minerales, y no a recursos biológicos o renovables'. A su juicio, esos recursos finitos eran agotables 'porque las reservas de los mismos eran limitadas y podían agotarse y se agotarían unidad por unidad a medida que se fueran consumiendo'. (...) Malasia añadió que las tortugas marinas, en su calidad de seres vivientes, sólo podían examinarse en el marco del párrafo (b) del artículo XX, ya que el párrafo (g) del mismo artículo había sido concebido para los "recursos naturales agotables inertes.
>
> (...) Literalmente, el párrafo (g) del artículo XX *no* se limita a la conservación de recursos naturales 'minerales' o 'inertes'. El principal argumento de los reclamantes tiene su raíz en la idea de que los recursos naturales 'vivos' son 'renovables' y, por consiguiente, no pueden ser recursos naturales 'agotables'. No creemos que los recursos naturales 'agotables' y los

[19] El caso tiene su origen en una medida de los Estados Unidos para prohibir la importación de camarones de países que no prescriben medidas similares a las que obligan a la flota de los Estados Unidos para evitar que las tortugas marítimas amenazadas se ahoguen en las redes de pesca de camarón. Es decir, esta fue una medida basada en procesos y métodos de producción que discrimina ciertas importaciones de camarón sobre la base del método utilizado para cosechar el camarón. En octubre de 1996, India, Malasia, Paquistán y Tailandia presentaron una queja ante la OMC alegando que esta medida violaba las normas de la OMC.

recursos naturales 'renovables' se excluyan mutuamente. Una lección que nos enseñan las modernas ciencias biológicas es que las especies vivientes, aunque en principio sean capaces de reproducirse, y, en tal sentido, sean 'renovables', de hecho en ciertas circunstancias pueden estar expuestas a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas. Los recursos vivos son tan 'finitos' como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes.

(...) Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC,[20] advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo (g) del artículo XX no es 'estático' en su contenido o en sus referencias, sino más bien "por definición, evolutivo".[21] Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.

(...) Ante el reciente reconocimiento por la comunidad internacional de la importancia de una acción bilateral o multilateral concertada para proteger los recursos naturales vivos, y recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo (g) del artículo XX del GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables.

(...) Sostenemos que, de acuerdo con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados, las medidas destinadas a conservar recursos naturales extinguibles, tanto *vivos como no vivos,* pueden quedar comprendidas en el apartado (g) del artículo XX".[22]

---

[20] "Las Partes en el presente Acuerdo, Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a *elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios,* permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el *objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo* de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico (...)" (itálicas añadidas).

[21] Véase *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion* (1971) Informe de la Corte Internacional de Justicia, página 31. La Corte Internacional de Justicia afirmó que cuando los conceptos incorporados a un tratado son 'por definición, evolutivos', su 'interpretación no puede permanecer insensible a la evolución posterior del derecho (...). Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación'. Asunto *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, Nota al pie N° 109.

[22] Caso *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafos 127 a 131.

En el caso en cuestión se suscitó el problema del límite jurisdiccional de la medida ambiental aplicada por Estados Unidos. El Órgano de Apelación afirmó lo siguiente:

> "(...) Observamos que las tortugas marinas son animales altamente migratorios que van y vienen por las aguas sometidas a la jurisdicción de varios Estados ribereños y por el alta mar. (...)
>
> Es bien sabido que las especies de tortugas marinas del presente caso, es decir, las cubiertas por el artículo 609, se dan en aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos. Por supuesto, no se pretende que *todas* las poblaciones de esas especies migren o atraviesen en un momento u otro aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos. Ni el apelante ni ninguno de los apelados reclama ningún derecho de propiedad exclusiva de las tortugas marinas, al menos mientras vivan y se desplacen libremente por su hábitat natural, los océanos. No entramos en la cuestión de si hay una limitación jurisdiccional implícita en el párrafo g) del artículo XX ni de la naturaleza y ámbito de esa limitación, si la hubiere. Nos limitamos a advertir que en cualquier caso, y en las circunstancias específicas del caso que nos ocupa, existe un **vínculo suficiente** entre las poblaciones migratorias y marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo (g) del artículo XX"[23] (énfasis agregado).

El párrafo g) del artículo XX exige que la medida cuya justificación se reclama sea "relativa a" la conservación de recursos naturales agotables. El intérprete debe examinar esencialmente la relación existente entra la medida en cuestión y la política de conservación de recursos naturales agotables. El Órgano de Apelación tanto en el asunto *US-Gasoline*,[24] como en el caso *US-Shrimp*,[25] indicó que para abordar este requisito es imperativo examinar la relación existente entre la estructura general y el diseño de la medida que se contempla y el objetivo de política que pretende cumplir. En otras palabras, en el caso *US-Shrimp* era necesario analizar la estructura y diseño de la medida de prohibición impuesta a la importación de ciertos camarones y sus productos por los Estados Unidos con arreglo al artículo 609 de la *Public Law* 101-162[26] ("Artículo 609") y el objetivo ambiental que tal medida pretende, es decir, la conservación de las tortugas marinas.

[23] Caso *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafo 133.
[24] Caso *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, página 22.
[25] Caso *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafo 137.
[26] Codificada en 16 U.S.C., párrafo 1537.

Finalmente, para invocar la excepción del la letra (g) del artículo XX el Estado que aplica la medida debe demostrar que ésta se aplica "conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". En el asunto *US-Gasoline*, el Órgano de Apelación sostuvo que es acertado entender la frase citada del apartado g) del artículo XX, como:

> "una prescripción que impone que la obligación de que las medidas en cuestión no sólo impongan restricciones con respecto a la gasolina importada, sino también con respecto a la gasolina de producción nacional. Esa cláusula establece una obligación de *imparcialidad* en los casos en que se impongan restricciones, en beneficio de la conservación, a la producción o al consumo de recursos naturales agotables".[27]

El chapeau del artículo XX

Una vez que la medida pasa la prueba de *justificación provisional*, demostrando que los antecedentes de hecho tienen cabida en las hipótesis de las letras (b) y (g) del Artículo XX, debe luego aprobar una nueva evaluación (*justificación final*) a la luz del párrafo introductorio o *chapeau*. El párrafo introductorio indica la forma en que la medida debe ser aplicada. En este sentido el Órgano de Apelación en *US-Shrimp* sostuvo que "aunque el artículo 609 se justifique provisionalmente al amparo del párrafo g) del artículo XX, para que en última instancia se justifique como excepción al amparo del artículo XX, debe satisfacer también las prescripciones de las cláusulas introductorias –el "preámbulo"– del artículo XX (...)".[28]

El Órgano de Apelación en su informe sobre el asunto *US-Gasoline* indicó con bastante detalle la finalidad y objeto del preámbulo del artículo XX:

> "Por sus términos explícitos, el preámbulo del artículo se refiere, no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica. Importa por consiguiente subrayar que la finalidad y objeto de las cláusulas introductorias del artículo XX es en general evitar el 'abuso de las excepciones previstas en el [que sería más tarde] artículo [XX]'. Esta idea, que procede de la historia de la redacción del artículo XX, es valiosa. El preámbulo incorpora el principio de que aunque las excepciones previstas en el artículo XX pueden invocarse como derechos legales, no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del *Acuerdo General*. En otras palabras, para que esas excepciones no se utilicen mal ni se abuse de ellas, las medidas

[27] Caso US-Gasoline, WT/DS2/AB/R, página 24.
[28] Caso US-Shrimp, WT/DS58/AB/R, párrafo 147.

amparadas por las excepciones particulares deben aplicarse de manera razonable, teniendo debidamente en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas".[29]

Posteriormente en el asunto *US-Shrimp* el Órgano de Apelación indagó en la naturaleza jurídica del *chapeau*:

"El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional.

La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio, conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos".[30]

Para aprobar la *justificación final*, el Estado que esgrime alguna medida de excepción del artículo XX debe demostrar que ésta fue aplicada en conformidad al preámbulo. Éste contiene dos normas copulativas: a) la medida no debe

[29] Caso *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, página 26.
[30] Caso *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafo 158 y 159.

constituir una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones;[31] b) la medida no debe constituir una restricción encubierta al comercio internacional.[32]

El órgano de apelación ha definido una serie de criterios[33] que conducen a no aprobar la justificación final, entre los que se incluyen:

- Un país no puede requerir que otro país adopte tecnologías o medidas ambientales específicas; se deben permitir diferentes tecnologías y medidas que tengan el mismo efecto final.

- Al aplicar una medida a otro país, aquellos que las promulguen deben tener en cuenta las diferencias en las condiciones prevalecientes en esos otros países.

- Antes de promulgar medidas comerciales, los países deben tratar de establecer negociaciones con países exportadores.

- Se debe permitir que los países extranjeros afectados por las medidas comerciales cuenten con el tiempo necesario para realizar ajustes.

---

[31] Sobre este punto el Órgano de Apelación en el asunto *US-Shrimp* sostuvo: "Para que una medida se aplique en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, deben existir tres elementos. En primer lugar, la aplicación de la medida debe dar lugar a una *discriminación*. Como sostuvimos en *Estados Unidos-Gasolina*, la naturaleza y calidad de esta discriminación es diferente de la de la discriminación en el trato de productos, que ya se encontró incompatible con una de las obligaciones sustantivas del GATT de 1994, como los artículos I, III, o XI. En segundo lugar, la discriminación debe tener un carácter *arbitrario* o *injustificable*. Examinaremos con más detalle este elemento de *arbitrariedad o injustificabilidad infra*. En tercer lugar, esta discriminación debe darse *entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones*. En *Estados Unidos-Gasolina* aceptamos la premisa de los participantes en aquella apelación de que esa discriminación podía darse no solamente entre diferentes países Miembros exportadores, sino también entre los Miembros exportadores y el Miembro importador afectado". Caso *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafo 147.

[32] En *US-Gasoline*, el Órgano de Apelación sostuvo que los conceptos "discriminación arbitraria o injustificable" y "restricción encubierta al comercio internacional" son conceptos relacionados que se dan sentido recíprocamente por oposición:"Por consiguiente, 'discriminación arbitraria', 'discriminación injustificable' y 'restricción encubierta' al comercio internacional pueden interpretarse en aposición; se dan sentido recíprocamente. Para nosotros es claro que 'restricción encubierta' incluye *discriminación encubierta* en el comercio internacional. Es igualmente claro que restricción o discriminación *oculta* o *tácita* en el comercio internacional *no* agota el significado de 'restricción encubierta'. Estimamos que puede interpretarse adecuadamente que la 'restricción encubierta', cualesquiera que sean los demás aspectos que comprenda, abarca las restricciones equivalentes a una discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional aplicadas en la forma de una medida formalmente comprendida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX. Dicho de modo algo diferente, los tipos de consideraciones pertinentes para decidir si la aplicación de una medida determinada equivale a una 'discriminación arbitraria o injustificable' pueden también tomarse en consideración para determinar si hay 'restricción encubierta' al comercio internacional. La cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito y objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas, que se prevén en el artículo XX". *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, página 28.

[33] *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, página 25 ss; y *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, párrafos 161 ss.

- Los países o productores extranjeros deben tener acceso a un procedimiento justo y transparente, así como a procedimientos de apelación y a garantías procesales apropiadas, para que se pueda reconsiderar la aplicación de la medida".

4. Estándar de revisión

Las excepciones a las obligaciones del GATT/OMC contemplan una regulación jurídica muy estricta que tiene la particularidad de obedecer, en último término, a una normativa sustantiva de carácter internacional que nuestra legislación ha incorporado plenamente. No podemos perder de vista que la gran mayoría de las excepciones ambientales presentes en los TLCs que Chile ha celebrado realizan un reenvío directo a las normas de la Organización Mundial del Comercio. Tal remisión no solamente incorpora la norma de la OMC al TLC, sino además las notas interpretativas, los trabajos preparatorios del tratado así como las circunstancias de su celebración, y, de cierta forma, las decisiones de los órganos jurisdiccionales de la Organización Mundial del Comercio.

Es necesario tener en consideración que la jurisprudencia de la OMC no solamente sirve a los Estados Partes de los TLC para determinar en qué circunstancias pueden aplicar las medidas de excepción ambiental, sino además, y sobre todo, entrega las pautas de escrutinio que utilizarán las entidades encargadas de brindar una solución a futuras diferencias. Por cierto, el reenvío a las normas de la OMC que efectúan los TLCs no incluyen necesariamente las reglas de solución de diferencias de la OMC (v.g. reglas de la carga de la prueba, grado de escrutinio que deben emprender los órganos jurisdiccionales, etc.). Sin embargo, el modelo orgánico de solución de diferencias de la OMC y su jurisprudencia han irradiado el comercio mundial y las normas que le dan estructura. Desde esta perspectiva, resulta relevante tener conocimiento del estándar o grado de exigencia que emplean estos órganos jurisdiccionales al momento de revisar la compatibilidad de las medidas aplicadas por los Estados Miembros respecto de las obligaciones que han asumido para con la OMC.

No ha pasado desadvertido el alto grado de exigencia demostrativa que los Estados Miembros han tenido que observar para justificar la aplicación de una medida de excepción. En gran medida los casos que han conocido los órganos de solución de diferencias han demostrado que las autoridades competentes no han logrado aún alcanzar el estándar de exigencia requerido. Mas no pretendemos, en lo que sigue, tratar este asunto de manera exhaustiva, no obstante consideramos que resulta útil presentar una nota de atención, por cuanto este particular no constituye un punto menor.

Lee[34] explica que la capacidad de defender una medida disputada se verá significativamente afectada por el grado de escrutinio aplicado por un grupo especial a las conclusiones brindadas por las autoridades competentes. De esta manera, si el Panel otorga plena deferencia a las conclusiones de las autoridades competentes, no habría un examen significativo sobre la medida en cuestión; sin embargo en el caso contrario, el escrutinio será exhaustivo. En lo particular, el artículo XX del GATT permanece silencioso ante la pregunta ¿cuál debería ser el estándar o grado de revisión que deben emprender los grupos especiales al momento de contrastar la legalidad de las medidas adoptadas con las obligaciones comerciales asumidas? Ante esta realidad el Panel en el caso *Corea-Medida de Salvaguardia Definitiva Impuesta a las Importaciones de Determinados Productos Lácteos* (en adelante, *Korea-Dairy Products*) sostuvo que en ausencia de una disposición específica al respecto se debe aplicar el artículo 11 del Entendimiento Relativo a las Normas y los Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (en adelante Entendimiento),[35] el cual dispone que:

> "La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, *cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido*, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria" (énfasis añadido).

El quid del asunto en cuestión es el concepto "evaluación objetiva". Así, en la misma ocasión el Panel interpretó que para seguir la disposición aludida es menester realizar un examen que dilucide: (i) si la autoridad competente ha examinado todos los hechos que estaban en su posesión o que debió

[34] LEE, YONG-SHIK. Safeguard Measures: Why are they not Applied Consistently whit the Rules? Lessons for Competent National Authorities and Proposal for the Modification of the Rules on Safeguards. *Journal of World Trade*, 36(4), Kluwer Law International, Netherlands, 2002, págs. 643 ss.

[35] "Observamos que en el Acuerdo sobre Subvenciones no existen disposiciones específicas sobre la norma de examen. Por lo tanto, consideramos, en consonancia con lo establecido por el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas-Medidas que Afectan a la Carne y a los Productos Cárnicos* (en adelante *CE-Hormonas*), que, cuando no existe una norma de examen específica para el acuerdo multilateral de comercio de la OMC pertinente, son aplicables las disposiciones del artículo 11 del ESD" (WT/DS98/R, párrafo 7.26). Ver *CE-Hormonas*, WT/DS26/DS48/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 101ss.

haber obtenido; (ii) si se ha facilitado una explicación adecuada de la forma en que la totalidad de los hechos apoyaba la determinación formulada; (iii) en consecuencia, si esa determinación era compatible con las obligaciones internacionales contraídas.[36] Sobre la misma base, el Panel argumentó que no seguiría un examen *de novo* de la investigación efectuada por las autoridades competentes, por cuanto estimó que su revisión no puede por ningún motivo sustituir la primera.[37] En general la postura del Panel no brinda plena deferencia a las decisiones de las autoridades nacionales, pero no niega la discrecionalidad con que cuentan para desarrollar conclusiones mientras se funden en una explicación razonada.[38]

Ahora, ¿qué constituye una explicación razonada? La jurisprudencia no ha brindado un conjunto de criterios objetivos para evaluar cuándo estamos en presencia de una explicación de esta categoría, a pesar de ello el Órgano de Apelación en *US-Lamb Meat* sostuvo que:

> "un grupo especial *sólo* podrá apreciar si la explicación que ofrezcan las autoridades competentes para su determinación es razonada y adecuada examinando críticamente dicha explicación, en profundidad y a la luz de los hechos de que haya tenido conocimiento. Por lo tanto, los grupos especiales deben considerar si la explicación de las autoridades competentes tiene plenamente en cuenta la naturaleza y, en especial, la complejidad de los datos, y responde a otras interpretaciones plausibles de éstos. *Un grupo especial debe determinar, en particular, si la explicación no es razonada o adecuada, si hay otra explicación plausible de los hechos, y si la explicación*

[36] *Korea-Dairy Products*, WT/DS98/R, párrafo 7.30. Misma opinión fue esgrimida por el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia Respecto de las Importaciones de Carne de Cordero Fresca, Refrigerada o Congelada Procedente de Nueva Zelandia y Australia (*US-Lamb Meat*), WT/DS178/R, párrafo 141.

[37] Otros Grupos han seguido la misma línea jurisprudencial, por ejemplo, en los casos *Argentina-Footwear*, WT/DS121/R, párrafo 8.124; *US-Wheat Gluten*, WT/DS166/R, párrafo 8.5; y *US-Lamb Meat*, WT/DS177/DS178/R, párrafo 7.3. El Órgano de Apelación en el caso *US- Lamb Meat* ha ratificado tal línea jurisprudencial: "Deseamos poner de relieve que, aunque los grupos especiales no están autorizados a realizar un examen *de novo* de las pruebas ni a *sustituir* las conclusiones de las autoridades competentes por las suyas propias, esto *no* significa que los grupos deban simplemente *aceptar* las conclusiones de las autoridades competentes" (WT/DS177/DS178/AB/R, párrafo 106). "A este respecto, la expresión "examen *de novo*" no debe utilizarse de un modo aproximativo. Si un grupo especial llega a la conclusión de que las autoridades competentes, en un caso determinado, *no han facilitado* una explicación razonada o adecuada de su determinación, no por ello dicho grupo especial habrá emprendido un examen *de novo*, ni habrá sustituido las conclusiones de las autoridades competentes por las suyas propias. Lo que ha hecho el grupo especial es, de conformidad con las obligaciones que le impone el ESD, llegar simplemente a una conclusión en el sentido de que la determinación de las autoridades competentes es incompatible con las disposiciones expresas del párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo sobre Salvaguardias*" (Ibíd., párrafo 107).

[38] "Consideramos que si el Grupo Especial tratara con plena deferencia las constataciones de las autoridades nacionales no podría realizar una "evaluación objetiva" según se prevé en el artículo 11 del ESD". *Korea-Dairy Products*, WT/DS98/R, párrafo 7.30.

de las autoridades competentes no parece adecuada teniendo en cuenta la otra explicación. Así pues, cuando hagan una "evaluación objetiva" de una reclamación de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo 4, los grupos especiales deberán permanecer abiertos a la posibilidad de que la explicación dada por las autoridades competentes no sea razonada o adecuada"[39] (énfasis agregado).

Agudamente, Lee (2002: págs. 643 ss.) constata que el planteamiento desarrollado por el Órgano de Apelación presenta una dificultad particular para las autoridades nacionales, pues no existe una conclusión razonada única o particular, sino, más bien, una infinidad de ellas dependiendo de la forma como se aborden los hechos pertinentes. De esta manera sería posible calificar una conclusión como insuficiente mientras exista algún razonamiento alternativo. La decisión jurisprudencial parecería indicar que las autoridades nacionales tienen que examinar la determinación a la que arriben a la luz de todas aquellas alternativas plausibles, y argumentativamente refutarlas de ser necesario. Lo cual supondría un trabajo argumentativo sumamente arduo que difícilmente las autoridades competentes cumplirían a cabalidad.

En definitiva el asunto sobre el estándar de revisión es complejo. Las autoridades nacionales deberían tener presente que existe un importante grado de subjetividad en la revisión que efectúan los Grupos Especiales. Aunque ellos han expresado en varias ocasiones que no les es posible, por disposición normativa, sustituir con su revisión el procedimiento desarrollado por las autoridades nacionales, sí han juzgado la suficiencia de las investigaciones y las conclusiones a las cuales han arribado. Ante esta situación, las autoridades nacionales deberían constantemente referirse a la hermenéutica que han desarrollado los órganos jurisdiccionales de la OMC respecto de qué es lo que constituye una conclusión jurídicamente razonable o suficiente.

[39] Informe del Órgano de Apelación, *US-Lamb Meat*, WT/DS177/DS178/AB/R, párrafo 106.

5. Conclusión

La relación entre el comercio y el medio ambiente es compleja y evolutiva. El comercio internacional y el medio ambiente están relacionados en el nivel más elemental, porque toda la actividad económica se basa en el medio ambiente. En al ámbito jurídico la relación se expresa en fricciones entre dos disciplinas. Una pretende disminuir las barreras al libre comercio con el objeto de entregar mayor fluidez al tráfico de mercaderías y servicios; la otra busca regular la actividad comercial de los Estados para reducir los efectos nocivos de sus externalidades sobre el ambiente.

La relación se expresa en distintos puntos del engranaje del sistema internacional, uno de ellos son las medidas de excepción al libre comercio por razones ambientales. Tales medidas se encuentran reguladas tanto por normas multilaterales como regionales. Vimos que, en la gran mayoría de los casos, nuestros TLCs realizan un reenvío directo y expreso a las normas de la Organización Mundial del Comercio (artículo XX del GATT de 1994 y artículo XIV del GATS) incorporándolas íntegramente al cuerpo del instrumento.

La justificación de una medida de excepción al libre comercio no resulta sencilla. La jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio ha desarrollado, sobre la base de un examen de *dos escalones*, un conjunto de reglas y requerimientos probatorios que tienen por finalidad última compensar los derechos de sus Miembros y asegurar que la medida sea aplicada de buena fe. En primer lugar el Estado que la invoca debe *justificarla temporalmente* demostrando que ésta tiene cabida en alguna de las hipótesis legales de la norma (sea en la letras *b-g* del artículo XX o *b* del artículo XVI del GATS). Posteriormente debe emprender la *justificación definitiva* sobre la base del preámbulo o *chapeau* de la norma. El Estado debe necesariamente demostrar que la medida no constituye una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

El reenvío que realizan los tratados de libre comercio a normas multilaterales no es inocuo. Ellos no solamente incorporan la norma, sino además la forma como la Organización Mundial del Comercio y sus Miembros la han interpretado y aplicado. El estudio de las diferencias que han conocido los órganos jurisdiccionales de la OMC nos brinda un conjunto de pautas de valor invaluable que en última instancia nos permitirá defender –o atacar– la licitud de estas medidas de excepción al libre comercio.

6. Referencias

1. Campusano Droguett, Raúl Fernando. "La Institucionalidad Ambiental derivada de los Acuerdos Comerciales firmados por Chile y su relación con la Organización Mundial de Comercio y con la Institucionalidad Ambiental Nacional". En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental.* Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, octubre 2006.

2. Campusano Droguett, Raúl Fernando. ¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Nagcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras. Coautora: Pamela Moraga. En *Actualidad Jurídica.* Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año VII, volumen 14, julio 2006.

3. Campusano Droguett, Raúl Fernando. "Propuesta Preliminar para la Creación de una Política Ambiental Internacional de Chile". En *Actualidad Jurídica.* Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año 1, volumen 2, julio 2000.

4. Campusano Droguett, Raúl Fernando. "Protección al Medio Ambiente y Libertad de Comercio: Negociación De Tratados Internacionales Ambientales". En Primer Seminario de Política Exterior y Medio Ambiente. Ministerio de Relaciones Exteriores. Santiago, 1998.

5. Campusano Droguett, Raúl Fernando. "Protección al Medio Ambiente y Libertad de Comercio". *Revista Chilena de Derecho.* Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998.

6. Campusano Droguett, Raúl Fernando. "Nuevas Tendencias en Derecho Internacional del Medio Ambiente y su Relación con el Comercio Internacional". Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público. *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso,* Ediciones Universitarias de Valparaíso. 1997.

7. Esty, Daniel C. "Bridging the Trade-Environment Divide". *Journal of Economics Perspectives.* Vol. 15, number 3, summer 2001, págs. 113-130.

8. Lee, Yong-Shik. "Safeguard Measures: Why are they not Applied Consistently whit the Rules? Lessons for Competent National Authorities and Proposal for the Modification of the Rules on Safeguards". *Journal of World Trade,* 36(4), Kluwer Law International, Netherlands, 2002, págs. 643 ss.

9. Llanos Mansilla, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público.* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago de Chile, 2005, pág. 74.

10. Organization for Economic co-Operation and Development (OECD). Environment and Regional Trade Agreements. OECD, Paris 2007.

11. Organización Mundial del Comercio, Comercio y Medio Ambiente en la OMC, disponible en el sitio web <http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/ trade_env_s.pdf> (última visita el 09/12/2008).

12. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Informe sobre el desarrollo humano del año 2003", Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, España, 2003.

13. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Informe sobre el desarrollo humano del año 2005", Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, España, 2005.

14. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Informe sobre el desarrollo humano del año 2007-2008", Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, España, 2007.

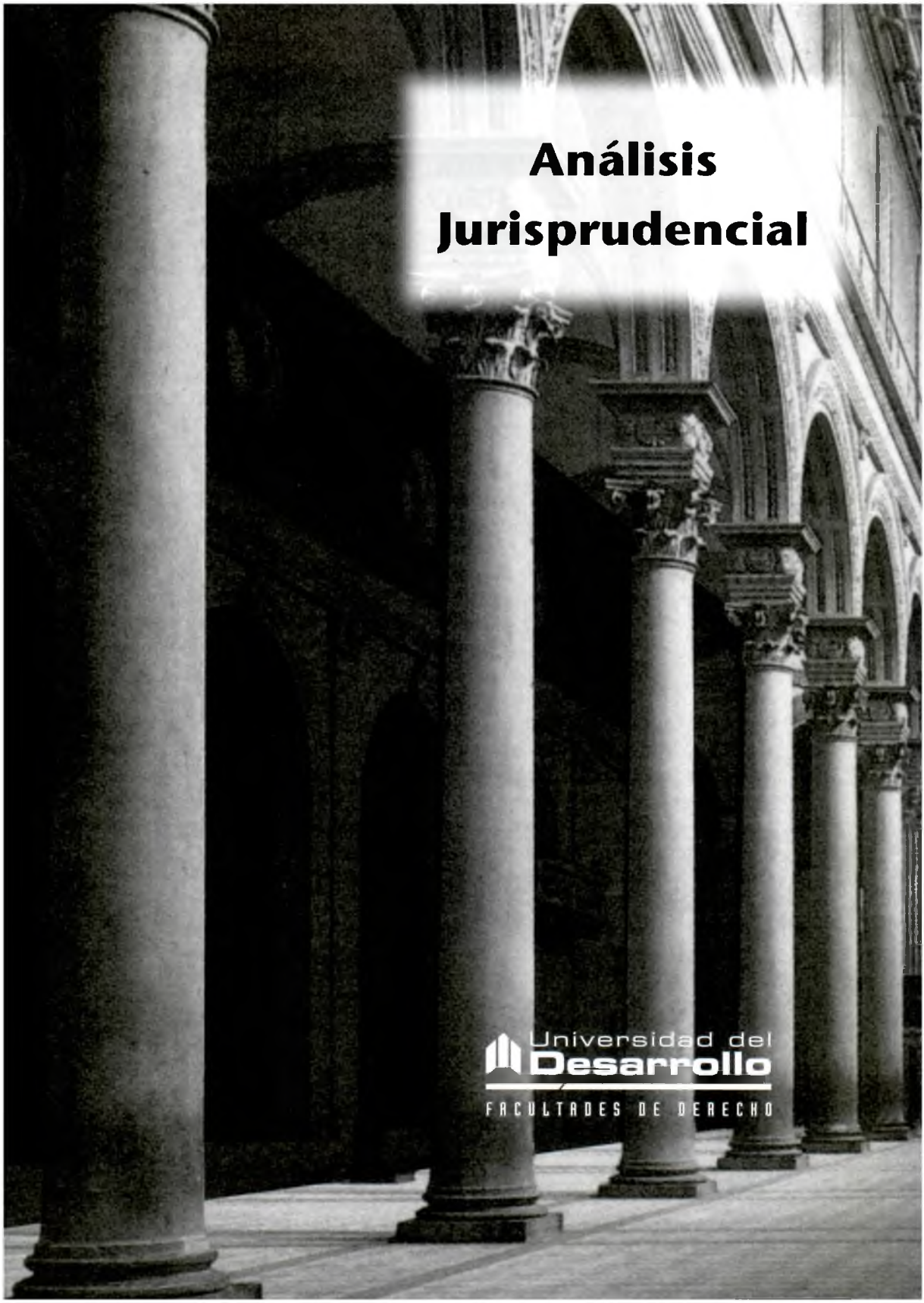
15. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PMUMA), Rapport Annuel du PNUE 2006, disponible en el sitio web <http:// www.unep.org/pdf/annualreport/UNEP_AR_2006_French.pdf> (última visita 09/12/2008).

7. Jurisprudencia de la OMC

1. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que Afectan al Amianto y a los Productos que Contienen Amianto*, WT/DS135/AB/R. [Título abreviado: *EC-Asbestos*].
2. Informe del Grupo Especial, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/R. [Título abreviado: *Korea-Dairy Products*].
3. Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R. [Título abreviado: *Korea-Dairy Products*].
4. Informe del Grupo Especial, *Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/R. [Título abreviado: *Argentina-Footwear*].
5. Informe del Órgano de Apelación, *Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R. [Título abreviado: *Argentina-Footwear*].
6. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/. [Título abreviado: *EC-Hormonas*].

7. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia*, WT/DS177/R, WT/DS178/R. [Título abreviado: US-Lamb Meat].
8. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R. [Título abreviado: *US-Lamb Meat*].
9. Informe del Órgano de Apelación; *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R. [Título abreviado: *US-Shrimp*].
10. Informe del Grupo Especial; *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/R. [Título abreviado: *US-Shrimp*].
11. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencionales*, WT/DS2/AB/R. [Título abreviado: *US-Gasoline*].
12. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencionales*, WT/DS2/R. [Título abreviado: *US-Gasoline*].

Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino
Directora de Carrera
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Ha sido un tema de permanente controversia la interpretación que ha de darse al artículo 480 del Código del Trabajo (art. 510 en la legislación reformada por la modificación a la justicia del trabajo), el cual se refiere a la prescripción extintiva de derechos y acciones laborales, estableciendo lo siguiente:

Artículo 480:

"Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios.

Asimismo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios.

El derecho al cobro de horas extraordinarias prescribirá en seis meses contados desde la fecha en que debieron ser pagadas.

Los plazos de prescripción establecidos en este Código no se suspenderán, y se interrumpirán en conformidad a las normas de los artículos 2523 y 2524 del Código Civil.

Con todo, la interposición de un reclamo administrativo debidamente notificado ante la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los plazos indicados en los incisos primero, segundo y tercero, suspenderá también la prescripción, cuando la pretensión manifestada en dicho reclamo sea igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emane de los mismos hechos y esté referida a las mismas personas. En estos casos, el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha inspección y en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios".

Es indudable que la prescripción constituye una de las instituciones fundamentales del derecho. A través de ella se concretan valores trascendentes, tales como la seguridad y la certeza jurídicas, imprescindibles para una ordenada vida social; se consolidan y estabilizan las relaciones entre las personas; y se reconocen las situaciones de hecho transformándolas en situaciones de derecho. Es indudable que en esta institución se confrontan valores tan significativos como el "orden" y la "justicia", correspondiendo al legislador la potestad de resolver cuál de ellos prevalece, todo lo cual se consigue dictando normas generales sobre expectativas que se mantienen pendientes a través del tiempo y que concluyen con la asignación de derechos y responsabilidades.

Por consiguiente, para los iuslaboralistas constituye una imperiosa necesidad precisar con claridad el sentido y alcance que nuestros Tribunales Superiores de Justicia atribuyen a las normas que regulan esta institución en el Código del Trabajo. El carácter especial de las normas laborales no nos exime de la exigencia de recurrir a las disposiciones generales sobre interpretación contenidas en el Párrafo 4° del Título Preeliminar del Código Civil. Tampoco es dable omitir lo prevenido en el penúltimo Título del Código de Bello, que fija las reglas de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva. Esta última ha sido conceptualizada como modo de extinguir las obligaciones fundado en la inactividad del acreedor y del deudor ("silencio en la relación"), que, al perdurar en el tiempo, termina por extinguir la acción, dando origen a una obligación meramente natural (artículo 1470 N° 2 del Código Civil).

El profesor Pablo Rodriguez Grez señala, refiriéndose a esta institución, que "la prescripción, en general, debe relacionarse con el derecho de prenda general, en términos de que esta no solo favorece o perjudica al titular del patrimonio, sino a la sociedad toda, al consolidar, por el solo transcurso del tiempo, tanto el activo como el pasivo de los sujetos de derecho".[1] Este mismo autor opina que la prescripción no produce el efecto de extinguir el derecho como tal, sino su potestad coercitiva, lo que se ha denominado "la acción", quedando la obligación subsistente, pero en calidad de natural.

[1] Pablo Rodríguez Grez, *Extinción no convencional de las obligaciones*, volumen 2, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pág. 276.

Por otra parte, ha sido controvertido en estrados, al debatirse temas laborales, qué debe entenderse por interrupción del plazo de prescripción. A este respecto, es preciso señalar que entendemos que para que se produzca este efecto debe tratarse de un acto que manifiestamente exteriorice la intención de ejercer el derecho que ha estado inactivo, lo cual, en nuestra opinión, sólo se produce por la notificación judicial de la demanda; mientras no se traba la litis, como lo exige el artículo 2518 inciso 3° del Código Civil, no opera la interrupción civil de la prescripción. Por lo tanto, el sólo hecho de presentar la demanda no es suficiente para producir el efecto jurídico interruptivo del plazo. Estas normas, atendida su supletoriedad, son enteramente aplicables a esta rama especial del derecho.

Asimismo, cabe recordar, dentro de este contexto, que la prescripción, como un modo de extinguir derechos y obligaciones, sólo produce efectos cuando ha sido judicialmente declarada. En efecto, el artículo 2493 del Código Civil señala que el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio (salvo situaciones muy excepcionales). De la norma legal señalada se desprende que la inactividad del acreedor puede ser aprovechada por el deudor, a través de un solo medio: alegándola judicialmente a su favor mediante la interposición de la excepción respectiva en la oportunidad legal y obteniendo su declaración por el tribunal competente. Este principio también resulta plenamente aplicable a la prescripción extintiva en materia laboral, aun cuando aparezca evidente, en los antecedentes invocados, que los derechos y acciones se estén ejerciendo más allá del plazo legal concedido para hacerlo. Lo anterior significa que un derecho o acción emanado de la ley laboral o de un contrato de trabajo, puede ser reclamado o ejercido en tanto su extinción, por la vía de la prescripción, no haya sido alegada y declarada por el tribunal competente.

Parece oportuno recordar que, de conformidad con las nuevas normas del procedimiento laboral, aprobadas por la Ley N° 20.087 y sus posteriores modificaciones y adecuaciones, la excepción de prescripción debe oponerse en la contestación de la demanda, cuya relación somera la realizará el juez al inicio de la audiencia preparatoria. En dicha audiencia, el juez procederá a conferir traslado para la contestación de las excepciones y una vez evacuado dicho traslado, el tribunal deberá pronunciarse de inmediato respecto de ella, siempre que su fallo pueda fundarse en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad. La resolución deberá ser fundada y sólo será susceptible de apelación aquella que la acoja (artículos 452 y 453 Código del Trabajo).

Las disposiciones mencionadas revelan que tanto los abogados como el juez deberán tener un conocimiento pleno y cabal de las normas e interpreta-

ciones aplicables al efecto, a fin de no resentir la adecuada defensa de los derechos que se han confiado y la decisión del litigio puesto en conocimiento del tribunal.

I. Antecedentes

Durante un cierto período los Tribunales Superiores de Justicia establecieron que para efectos de aplicar la prescripción laboral debía hacerse una distinción entre los derechos regidos por el Código del Trabajo y las acciones provenientes de los actos y contratos que hubieren celebrado las partes en sus relaciones de trabajo. Esta distinción obedece, según el criterio de los jueces que adherían a esta posición, en primer término, al carácter tutelar del derecho del trabajo, y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales. La argumentación judicial se centró en que la autonomía de la voluntad reconoce como límite los mínimos legales previstos por la ley, pero que, respetando dichos pisos, las partes son libres para estipular otras condiciones de trabajo.

Postuló esta interpretación, coherente con los principios antes indicados, que el legislador, en el artículo 480, hace una distinción entre aquellos derechos y prerrogativas mínimos predeterminados por la ley, y las condiciones que las partes pueden crear por sobre esta regulación obligatoria en sus actos y contratos. Señaló que los primeros se extinguen en el plazo de dos años; y las segundas, esto es, las estipulaciones acordadas por las partes que tienen origen en la autonomía de la voluntad, en seis meses.

Asimismo, señaló que es la propia ley la que hace la distinción entre las acciones provenientes de actos y contratos regulados por el Código del Trabajo y los derechos que crean libremente las partes, al establecer la distinción en dos incisos diferentes, debiendo el intérprete respetar la misma línea de pensamiento. Añadió que estos plazos deben contarse, en ambos casos, desde la terminación de los servicios. Se fundamenta, también, en lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, afirmando que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Sin embargo, en aquella época, paralelamente, en ciertos casos sometidos al conocimiento de los tribunales, nos encontramos con fallos que contenían interpretaciones distintas, más cercanas a la que más adelante se invoca y que, al parecer, ha pasado a ser uniforme en el último año y medio, por lo menos, en lo que a la Corte Suprema se refiere. En efecto, este alto Tribunal de Justicia, durante este lapso de tiempo, emitió varios fallos, en los cuales es posible advertir un cambio en la hermenéutica judicial respecto de la aplicación que ha de darse a la norma que comentamos, cambio que se pasará a revisar en los párrafos que siguen.

Para efectuar el presente comentario se ha seleccionado, podría sostenerse arbitrariamente, la sentencia emitida por la Excma. Corte Suprema con fecha 20 de agosto de 2008, Rol 4218–2008, conociendo de un recurso de casación en el fondo. Este fallo resume los principales fundamentos que han considerado los jueces para alterar la doctrina antes expuesta. Como se señaló, es posible sostener que ella ya se ha asentado en la Cuarta Sala del Tribunal Supremo, no obstante que algunos ministros emiten aún votos disidentes basados en la doctrina anterior ya superada.

II. Fundamentos de los fallos que concretan la nueva doctrina en materia de prescripción laboral

Las sentencias pronunciadas respecto de esta materia, todas muy similares en los razonamientos, contienen una nueva doctrina, la que puede sintetizarse en los dos principios que a continuación se desarrollan:

A. Los incisos primero y segundo del artículo 480 del Código del Trabajo se refieren a situaciones de hecho diversas, y esta distinción dice relación con la **vigencia o extinción de la relación laboral**.

El inciso primero de la norma es aplicable **durante la vigencia** de la relación de trabajo.

Esta norma dispone que los derechos regidos por la ley laboral **prescriben en el plazo de dos años**, contados desde que se hicieron exigibles. Argumentan los fallos que el lapso prolongado de prescripción que prevé este inciso tiene como objetivo salvaguardar a los trabajadores que, procurando conservar su fuente laboral, no ejercen sus prerrogativas **mientras se encuentran bajo vínculo de subordinación y dependencia**.

El inciso segundo de la norma es aplicable en los casos en que se ha puesto **término** al vínculo por medio de un acto unilateral, extinguiéndose la relación laboral y fijándose un plazo para ejercer las acciones correspondientes. Esta norma preceptúa: "En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código, **prescribirán en seis meses** contados desde la terminación de los servicios".

Ahora bien, las sentencias comentadas señalan que esta interpretación se basa en las siguientes razones:

1. Lo dispuesto en el inciso final de la norma en estudio, el cual, tratando la suspensión de los plazos establecidos en los tres primeros incisos, con oca-

sión de la interposición de un reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo respectiva y debidamente notificado, establece que el plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del mismo y **que en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios.**

Esta ampliación, que importa un beneficio de mayor entidad para el trabajador reclamante, sólo tiene sentido si se estima que su actividad procesal, una vez exonerado, debe ajustarse al lapso de seis meses, pues de lo contrario, la utilización de la vía administrativa siempre le resultaría perjudicial.

2. Estos fallos agregan que el hacer una disquisición entre acciones y derechos regidos por las leyes en esta materia, para los efectos de determinar el plazo de prescripción, además de aparecer contrario a la naturaleza de la vinculación entre las partes, la que se encuentra íntegramente regulada en sus mínimos inalterables por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias, puede conducir a que el cobro de una misma prestación esté sujeto a dos plazos distintos de extinción. Asimismo, señalan, en contraposición a la doctrina anterior, que se hace una distinción que la norma no contempla.

Razonan los jueces en el sentido de que las prerrogativas contempladas en el Estatuto del Trabajo deben entenderse incorporadas en los contratos de tal naturaleza, aun cuando no se hayan incluido expresamente por las partes, prerrogativas que, además, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden ampliarse.

Argumentan los falladores que mientras está vigente el contrato, se aplica la regla general en lo relativo a la prescripción de los derechos, esto es, el término de dos años contados desde la fecha que se hicieron exigibles. Por consiguiente, no existe plazo para ejercer la acción, subsistiendo mientras se mantiene vigente la relación laboral. En el segundo caso, extinguida la relación laboral, los derechos igualmente prescriben en el plazo de dos años contados desde que se hicieron exigibles, por aplicación de la regla general, en tanto que la acción para exigir el cumplimiento de los mismos prescribe en el plazo de seis meses, contados desde la terminación de los servicios.

B. La interrupción de los plazos de prescripción de las acciones opera sólo por el requerimiento judicial, esto es, la notificación válida de la demanda. Es a esta última data a la que ha de estarse para los efectos de precisar el transcurso del término señalado por la norma citada.

Se ha considerado de interés señalar también este punto, por cuanto algunos fallos anteriores habían señalado que la interrupción se producía con la mera interposición de la demanda ante los Tribunales de Justicia, sin que existiera

necesidad de notificarla para provocar el efecto de la interrupción. A este respecto estimamos que esta postura se ajusta a las exigencias que el derecho común impone para entender que se ha interrumpido la prescripción. Nos remitimos en esta parte a lo ya referido respecto de este punto en el presente trabajo.

III. Comentarios

De lo expuesto, es posible afirmar que hoy existe una jurisprudencia más clara relativa a la aplicación del artículo 480 del Código del Trabajo (futuro 510), referente a la prescripción laboral. Como se dejó sentado, ella nos indica que debe distinguirse entre la prescripción de las acciones mientras subsiste la relación laboral y la prescripción de las mismas cuando dicha relación se ha extinguido.

La regla sería, entonces, que los derechos laborales prescriben en el plazo de dos años contados desde que se hicieron exigibles si el contrato de trabajo está vigente. Sin embargo, en el evento de que el contrato haya terminado, el trabajador debe ejercer la acción dentro del plazo de seis meses contados desde la terminación de los servicios.

En nuestra opinión, esta interpretación significa un avance, por cuanto facilita la comprensión y, por consiguiente, la aplicación del texto legal, dado que se basa en hechos ciertos para las partes en conflicto, como es la vigencia o extinción de la relación laboral. Lo anterior no sucedía bajo la vigencia de la interpretación primitiva, la cual requería que las partes o el juez determinaran si la acción había nacido de un derecho originado en la ley o en un acto o contrato entre las partes a propósito de su vínculo laboral.

Se ha estimado que los plazos establecidos por el legislador son demasiado breves y que por ello perjudican al trabajador, lo cual se opondría al principio protector que orienta esta rama del derecho. Algunos autores llegan incluso a sostener que la institución de la prescripción es inmoral e injusta, por cuanto mediante ella se despoja de sus bienes al propietario o bien se le priva de un derecho por no haberlo ejercido. Dado lo anterior, se podría considerar que los jueces que elaboraron la doctrina –hoy reemplazada por la recientemente descrita– se inspiraron en ese principio al elaborar la teoría de la prescripción de dos años o seis meses, haciendo la distinción antes mencionada.

Frente a esta argumentación, comprensible por el rechazo que suscita privar a un trabajador de un derecho laboral, de orden público e irrenunciable, a causa de su no ejercicio, es menester no olvidar los fundamentos de orden

social de la institución de la prescripción, que se pueden resumir de la siguiente manera: "o se afectan los intereses de un individuo o se afectan los intereses de la comunidad". Es por ello que se sacrifica un valor en función de otro y la prescripción resguarda el funcionamiento de la sociedad, para estabilizar las relaciones sociales y someterlas al marco jurídico.[2]

Agreguemos a lo anterior que la prescripción ha sido introducida en atención al bien público y que su objetivo es otorgar certeza al patrimonio de un sujeto de derecho, definiendo si una obligación está o no vigente y, por ende, si afecta o no afecta el activo del patrimonio. Lo indicado resulta básico en las relaciones comerciales entre empresas, que son las que mayoritariamente dan origen a la celebración de contratos de trabajo y ponen en movimiento la actividad económica de un país.

Finalmente, nos parece que no es aceptable que sean los jueces los que creen normas cuando existen textos legales que regula la materia. Ello implicaría un debilitamiento grave del Estado de Derecho al transferirse de facto la potestad legislativa a la judicatura.

IV. Normas especiales que afectan la prescripción o caducidad de acciones laborales

No es posible dejar de mencionar que la ley laboral establece plazos especiales de prescripción de algunas acciones, como son, por ejemplo, el derecho al cobro de las horas extraordinarias, acción que prescribe en el término de seis meses contados desde la fecha en que debieron ser pagadas. De la misma manera, las acciones que emanan de los derechos relativos a la protección a la maternidad tienen plazos especiales de prescripción, que deben considerarse con preferencia a los antes analizados, por constituir normas especiales aplicables a materias específicas. Igualmente, es necesario considerar que el legislador laboral también consideró la institución de la caducidad, en lo relativo a la acción para demandar por despido injustificado.

Por último, es útil tener presente que la Dirección del Trabajo ha recepcionado la doctrina en actual aplicación en nuestros tribunales y la ha sostenido reiteradamente en sus dictámenes.

[2] Pablo Rodriguez Grez, ob. citada, pág. 277.

V. Texto completo de la sentencia

Tribunal : Corte Suprema
Fecha : 20/08/2008
Rol : 4218-2008

Partes : Reinaldo Alvarado Zúñiga con Aurelio Hernán Diez Bardelli
Ministros : Gabriela Pérez Paredes; Hernán Alvarez García; Julio Torres Allú; Patricio Valdés Aldunate; Roberto Jacob Chocair

Santiago, veinte de agosto de dos mil ocho.

Vistos:

En autos rol N° 4.779 04, del Sexto Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, don Reinaldo Alvarado Zúñiga deduce demanda en contra de don Aurelio Diez Bardelli, a fin que se declare la arbitrariedad y carencia de fundamento legal del despido de que fue objeto, condenando a la demandada al pago de las indemnizaciones, recargo legal y demás prestaciones que indica, así como las remuneraciones y cotizaciones previsionales que se devenguen desde la fecha de exoneración hasta su convalidación, más reajustes, intereses y costas.

Evacuando el traslado conferido, el demandado opuso la excepción de prescripción por cuanto la notificación de la demanda se efectuó una vez vencido el lapso de seis meses que la ley dispone al efecto, tanto en relación a la acción de nulidad, como respecto del cobro de las demás prestaciones. En cuanto al fondo, pide el rechazo de la demanda alegando que el cese de los servicios se fundó en la causal del artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo.

El tribunal de primera instancia, en sentencia de treinta de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 97 y siguientes, desestimó la excepción de prescripción opuesta y acogió la demanda, sólo en cuanto condena al empleador a pagar las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios, recargo legal, feriado y las remuneraciones devengadas entre la fecha del despido y su convalidación, con reajustes, intereses y costas, rechazándose la acción en todo lo demás.

Se alzó el demandado y la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de diez de junio de dos mil ocho, que se lee a fojas 123, confirmó la decisión de primer grado.

En contra de esta última resolución, don Aurelio Diez Bardelli deduce recurso de casación en el fondo, por estimar que en su dictación se incurrió en los errores de derecho que explica, a fin que se la invalide y se dicte la sentencia de reemplazo que describe.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente funda su recurso en la infracción del artículo 480 del Código del Trabajo, el cual señala que los derechos laborales prescriben en el plazo de dos años, contados desde que se hicieron exigibles. Sin embargo, en el evento que el contrato haya terminado, el trabajador debe ejercer la acción respectiva en el lapso de seis meses desde la terminación de los servicios. De esta manera, afirma el empleador, hay que distinguir entre la prescripción de los derechos y las acciones cuando está subsistente la relación laboral y cuando ella ha cesado. En el primer caso, se aplica la regla general, es decir, prescriben en dos años, no existiendo plazo para ejercer la acción, pues ella subsiste en tanto se mantiene vigente la relación laboral. Pero, extinguido el vínculo, no obstante que los derechos prescriben en los mismos dos años, la acción para exigir su cumplimiento sufre dicho efecto en el lapso de seis meses, desde el cese de las labores.

Luego, en lo que se refiere a la interrupción de la prescripción, el empleador se remite a las motivaciones expuestas en el voto disidente del fallo atacado, desde que en ellas se hacen aplicables los artículos 2523 y 2524 del Código Civil, citando, además, jurisprudencia relativa a la suspensión e interrupción de las acciones presuntivas de pago o de corto tiempo y en las que se alude a la acepción del vocablo "requerimiento", contenido en los preceptos citados.

De esta manera, concluye el recurrente, en la especie, entre la terminación de los servicios, 12 de julio de 2004, y la notificación de la demanda, 8 de abril de 2005, transcurrieron 9 meses y 26 días, lapso que excedió los seis meses arriba referidos, no obstante la interposición del reclamo administrativo respectivo, el cual provocó una suspensión de solo trece días.

En un segundo término, el demandado acusa también la vulneración de los artículos 1698 y 2493 del mismo cuerpo legal citado, sustentado en que el tribunal no acogió la excepción de prescripción opuesta porque aplicó la suspensión de la misma, aun cuando ella no fue alegada por la demandante al evacuar el traslado conferido respecto de la excepción interpuesta, debiendo haberlo sido al igual que ocurre con la prescripción. A su juicio, agrega, la causal de suspensión debe desecharse, pues es un elemento impeditivo de prescripción, cuyo onus probandi lo tiene el acreedor.

Finalmente, el recurrente desarrolla la influencia sustancial que los yerros denunciados tuvieron en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que los hechos establecidos en la sentencia impugnada, en lo pertinente, son los siguientes:

a) el actor prestó servicios en el establecimiento del demandado entre el 1° de abril de 1988 y el 12 de julio de 2004, fecha en que fue despedido verbalmente.

b) el libelo de autos fue presentado al tribunal competente con fecha 6 de septiembre de 2004 y notificado el 8 de abril de 2005.

c) a la época del despido, el empleador no había enterado la totalidad de las cotizaciones previsionales correspondientes al período de labores reseñado, lo que ocurrió el 26 de septiembre de 2005.

d) con fecha 23 de julio de 2004, el actor interpuso el correspondiente reclamo ante la Inspección del Trabajo, cuya tramitación finalizó el 5 de agosto del mismo año.

Tercero: Que sobre la base de los presupuestos fácticos antes descritos y teniendo en consideración que el libelo de autos fue notificado al empleador dentro del plazo de un año que se establece en el inciso final del artículo 480 del Código del Trabajo, los sentenciadores concluyeron que, en la especie, dicha institución no operó, acogiendo finalmente la demanda y declarando que la exoneración del dependiente había sido ineficaz e injustificada.

Cuarto: Que para resolver el recurso en estudio, cabe tener presente, primeramente, lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 480 del Código del Trabajo, ya que en él se establece que la acción para reclamar la nulidad del despido en conformidad a lo preceptuado en el artículo 162, morosidad en el pago de las cotizaciones previsionales y de salud, prescribe en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios, lo que se concilia con el hecho que el despido realizado en dichas condiciones de morosidad no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo para los fines remuneracionales.

Quinto: Que en lo que dice relación con la demanda de indemnizaciones por término injustificado de la relación laboral, cabe tener presente que la distinción contenida en el artículo 480 del Código del Trabajo dice relación con la vigencia o extinción de la relación laboral. Así, el lapso prolongado de prescripción que prevé el inciso primero de la referida disposición, tiene como objetivo salvaguardar a los trabajadores que, procurando conservar su fuente laboral, no ejercen sus prerrogativas mientras se encuentran bajo subordinación y dependencia. En cambio, el inciso siguiente fija un plazo de seis meses para ejercer las acciones correspondientes, una vez extinguido el vínculo y que es el que rige en los casos como el de autos, cuando se ha puesto término al nexo contractual por medio de un acto unilateral.

Sexto: Que la exégesis planteada se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso final de la norma en estudio, el cual, tratando la suspensión de los plazos establecidos en los tres primeros incisos, con ocasión de la interposición de un reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo respectiva y debidamente notificado, establece que el plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del mismo y que en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios. Ampliación, esta última, que importa un beneficio de mayor laxitud al trabajador reclamante, sólo si se estima que su actividad procesal, una vez exonerado, debe ajustarse al lapso de seis meses, pues de lo contrario, la utilización de la vía administrativa siempre le resultaría perjudicial.

Séptimo: Que, por otra parte, hacer una disquisición entre acciones y derechos regidos por las leyes en esta materia para los efectos de determinar el plazo de prescripción, puede con-

ducir a que el cobro de una misma prestación esté sujeto a dos plazos distintos de extinción. Lo anterior, debido a que las prerrogativas contempladas en el estatuto del trabajo deben entenderse incorporadas en los contratos de tal naturaleza, aun cuando no se le hayan incluido expresamente por las partes, las cuales, además, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden ampliar su extensión. Es así como, por ejemplo, en el caso del feriado anual, regulado en los artículos 67 y siguientes del Código del ramo, en el evento de haber sido aumentado contractualmente y, de aceptarse que los derechos concedidos por la ley prescriben en dos años desde que se han hecho exigibles, tal sería el plazo de extinción para dicha prestación en cuanto a los mínimos referidos y, por lo pactado sobre esa base, sólo podría reclamarse o hacerse valer durante el lapso de seis meses, situación que claramente se aparta de toda lógica.

Octavo: Que conforme a lo razonado, tratándose en la especie de acciones que deben ejercerse dentro del lapso de seis meses, como lo destaca el recurrente, cobra relevancia analizar el último inciso de la norma que primeramente se acusa vulnerada, por cuanto señala que los lapsos fijados en ella no son susceptibles de ser suspendidos y que se interrumpen de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil. Al respecto y como lo ha decidido reiteradamente esta Corte, en virtud de la remisión descrita a las normas generales, cuyo primer precepto dispone que la prescripción se interrumpe desde que interviene requerimiento, trámite al cual alude el mencionado artículo 2503, estableciéndolo, a contrario sensu, *como notificación de la demanda realizada en forma legal, es dable concluir que la prescripción en materia laboral se interrumpe con la notificación válida de la demanda y no sólo con la presentación a distribución del libelo.*

Noveno: Que lo anterior resulta acorde con las demás normas del Código Civil relativas a la misma institución, por cuanto el acto de una persona que exige a otra para que haga o no alguna cosa, que conlleva el requerimiento, implica dar noticia a aquélla del cobro de la obligación respectiva, es decir, comunicarle la circunstancia de modo que tome positivo conocimiento de ella y se vea compelido a responder, situaciones ambas que no se dan a partir de la sola distribución de la demanda.

Décimo: Que tampoco resulta procedente, ni aun bajo pretexto del carácter protector del derecho laboral y las especiales características de los vínculos que éste regula, colocar a las partes litigantes en desigualdad procesal y eximir al trabajador de la carga de gestionar y dar curso progresivo a los autos, no constando por lo demás circunstancia alguna que, en el caso, le haya impedido u obstaculizado el cumplimiento de tal obligación.

Undécimo: Que a lo anterior cabe agregar que si bien el plazo de que se trata se suspende por la presentación de un reclamo administrativo y mientras dure su tramitación, en la especie ello importó un período mínimo que no impide, de ninguna forma, la operatividad de la institución de que se trata, pues el alcance del año que el legislador establece como máximo lo es para dicha tramitación administrativa y su efecto suspensivo, pero, en ningún caso, como un tiempo adicional para emplazar al demandado.

Duodécimo: Que de lo razonado fuerza es concluir que los sentenciadores incurrieron en el error de derecho denunciado en el recurso, pues en la sentencia atacada se ha considerado que la demanda ha sido notificada dentro del plazo legal, mientras no haya transcurrido el lapso de un año que el legislador impone como máximo para el efecto suspensivo que provoca la tramitación del reclamo administrativo del trabajador, con ocasión de su despido. Este yerro influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo atacado, por cuanto condujo a desestimar la excepción respectiva y hacer lugar a una acción que no reunía la calidad exigida por la ley, otorgando derechos prescritos y condenando al empleador a su solución, razón por la que el recurso en estudio será acogido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo y 764, 765, 767, 772 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandado a fojas 128, contra la sentencia de diez de junio de dos mil ocho, que se lee a fojas 123, la que, en consecuencia, se invalida y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Se previene que el Ministro señor Torres y el Abogado Integrante señor Álvarez concurren al acuerdo en tanto el recurso acogido se funda, únicamente, en la desatención del plazo de seis meses que la ley establece para la prescripción de las acciones impetradas en la especie y para cuyos efectos carece de importancia al no haberse así planteado por la parte respectiva, la discusión relativa a la interpretación y aplicación en la materia de las normas que regulan la interrupción de la prescripción en las acciones de corto tiempo, cuya vulneración no ha sido denunciada.

Regístrese.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., Ministro Suplente señor Julio Torres A., y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch., y Hernán Álvarez G. No firma la Ministra señora Pérez y el Abogado Integrante señor Jacob, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso la primera y por estar ausente el segundo. Santiago, 20 de agosto de 2008.

Autoriza la Secretaria Subrogante de la Corte Suprema, señora Carola Herrera Brummer.

N° 4.218 08.

Santiago, veinte de agosto de dos mil ocho.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

a) se eliminan los motivos séptimo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo.

b) en el fundamento sexto se suprime la frase "lo fue dentro del plazo de un año que indica el inciso final del artículo 480 del Código del Trabajo.

Primero: Los fundamentos cuarto a undécimo del fallo de casación que antecede, los que para estos efectos se tienen por expresamente transcritos.

Segundo: Que si bien es cierto se ha establecido la existencia de morosidad en el pago de las cotizaciones previsionales del actor por parte del empleador, lo que daría lugar a aplicar las disposiciones de los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, no lo es menos que transcurrieron más de seis meses entre la fecha de la cesación de los servicios y la de notificación de la demanda por medio de la cual se ejerce la acción de nulidad de despido, sin que el lapso de suspensión que importa la verificación del reclamo administrativo haya tenido la extensión suficiente para evitar el vencimiento del plazo referido.

Tercero: Que, igualmente procede el rechazo de la acción impetrada en cuanto, por su intermedio, se cobran las indemnizaciones y recargo legal por término injustificado de la relación laboral, por cuanto habiéndose verificado el despido el 12 de julio de 2004 y la notificación de la demanda el día 8 de abril de 2005, contando una suspensión en dicho período de solo 13 días, se concluye que el plazo de seis meses arriba aludido, de acuerdo a los razonamientos efectuados, operó.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 y siguientes del Código del Trabajo, se revoca, sin costas del recurso, la sentencia apelada de treinta de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 97 y siguientes, en cuanto rechaza la excepción de prescripción opuesta por la demandada y acoge la acción por nulidad del despido y cobro de indemnizaciones legales y otras prestaciones y, en su lugar, se declara que dicha excepción de prescripción queda acogida, rechazándose íntegramente, en consecuencia, la demanda interpuesta a fojas 1.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., Ministro Suplente señor Julio Torres A., y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch., y Hernán Álvarez G. No firma la Ministra señora Pérez y el Abogado Integrante señor Jacob, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso la primera y por estar ausente el segundo. Santiago, 20 de agosto de 2008.

Autoriza la Secretaria Subrogante de la Corte Suprema, señora Carola Herrera Brummer.

Comentario de jurisprudencia

COMENTARIO:

Héctor Oberg Yáñez
Profesor Titular de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Doctrina

La tramitación del recurso de amparo se debe ajustar al nuevo sistema procesal penal, en este caso el plazo para interponer el recurso de apelación es de cinco días, pues no existe motivo para aplicar el Código de Procedimiento Penal en forma supletoria a las disposiciones constitucionales, como tampoco resulta atingente el término ordenado en el auto acordado de 1932, dado que fue dictado encontrándose vigente el antiguo Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA

Santiago. diez de abril de dos mil ocho.

Vistos y teniendo presente:

1° Que la abogada Srta. María Antonieta Devia Barahona recurre de hecho en representación de Pilar Saiz Eterovic, contra la resolución de 24 de enero del año en curso, por la cual se le denegó la apelación que dedujo contra la sentencia recaída en un recurso de amparo, por extemporánea, en circunstancias que solo tuvo conocimiento de la existencia del referido recurso y del fallo que sobre aquella acción constitucional recayó, el día 22 de enero de 2008, cuando consultó sobre la existencia de una resolución ¿cúmplase? en el sistema computacional del juzgado de familia y que había consultado por Internet,

2° Que, informando los ministros recurridos, a fs. 40, expresaron que de conformidad a lo prevenido en el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal y de acuerdo también a lo prevenido en el Auto Acordado de esta Corte, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de

Amparo, la apelación de la sentencia recaída en dicha acción, debe ser interpuesta en el perentorio plazo de 24 horas, término que se encontraba vencido en el caso de autos.

3° Que de acuerdo a los antecedentes evidenciados en autos, la sentencia que falló el amparo interpuesto se dictó y se notificó por el estado diario, el día 16 de enero de 2008 y la apelación se interpuso el día 22 de ese mismo mes.

4° Que contrariamente a lo señalado por los señores Ministros informantes, el plazo para interponer la apelación de la sentencia que falla un recurso de amparo constitucional en la actualidad es de cinco días, toda vez que desde que entró en vigencia el nuevo sistema procesal penal en nuestro país, no existe motivo para aplicar el Código de Procedimiento Penal en forma supletoria a las disposiciones constitucionales respecto de una acción de amparo que incide en un asunto de familia. Lo propio en este caso es aplicar la normativa vigente en materia procesal en materia criminal, que para el caso particular dispone que la apelación ha de hacerse efectiva dentro del término de quinto día contado desde la notificación del fallo que la motiva. Así se dispone en el artículo 366 del Código Procesal Penal.

5° Que no resulta atingente el término ordenado en el Auto Acordado sobre la materia, a que hace alusión la resolución impugnada por el recurso de hecho, por cuanto aquél fue dictado encontrándose vigente el antiguo Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, antes que entrase en vigencia la nueva normativa procesal criminal.

6° Que sin perjuicio de lo expuesto, a pesar que el término establecido para la apelación del recurso de amparo es superior al señalado en el informe antes aludido y que se lee a fs. 40, de igual modo ocurre que en la especie, la deducida por el ocurrente de hecho, lo fue encontrándose ya vencido el plazo para interponerla, de modo que este recurso no puede ser aceptado, precisamente, porque aun cuando el motivo que llevó a declarar inadmisible por extemporánea la apelación deducida era errónea, el resultado era el mismo.

7° Que no modifica lo concluido la circunstancia de invocarse por el recurrente de hecho, que sólo tuvo conocimiento de la existencia del recurso de amparo cuando se dictó y notificó el cúmplase en el Juzgado de Familia, puesto que éste ya había sido notificado por el estado diario,

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de hecho interpuesto en lo principal de fojas 4.

Devuélvase el agregado, previa adición de copia autorizada de esta resolución. Regístrese y archívese.

Rol N°611-08

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura Peña, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra, Carlos Künsemüller Loebenfelder y el Abogado Integrante Sr. Fernando Castro Alamos. Santiago, 10 de abril de 2008.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos A. Meneses Pizarro.

Comentario

Del fallo que se transcribe nos interesa destacar lo que se expresa en el considerando cuarto (4°), referido al plazo en que debe interponerse un recurso de apelación respecto de la sentencia que falla un recurso de amparo, y que llega a la conclusión que para tal fin rige la normativa vigente en el Código Procesal Penal –art. 366–, y no la existente en el Código de Procedimiento Penal, así como tampoco el auto acordado sobre la materia, de 19 de diciembre de 1932, de la propia Corte Suprema.

Empero, ¿cuán cierta es esta afirmación?

Desde luego es sabido que el Código Procesal Penal contiene sólo una regulación para el recurso de amparo en el art. 95, que alude al amparo ante el juez de garantía, sin especificar los requisitos en cuanto al plazo para hacerlo valer y/o los recursos que es factible intentar en contra de su decisión. Es del caso recordar que cuando se discutió en el Congreso esta materia, se dijo que ella sería preocupación de otra ley que comprendería las llamadas acciones constitucionales, lo que hasta la fecha no ha acontecido.

Ahora bien, si la Corte Suprema estimó del caso aplicar una disposición del Código Procesal Penal, para ser consecuente con tal interpretación debió declarar nulo todo lo obrado ante la Corte de Apelaciones respectiva, por ser dicho tribunal absolutamente incompetente a la luz del citado art. 95, norma que le atribuye su conocimiento al juez de garantía, o, en su defecto, al tribunal que hubiere dictado la orden privativa de libertad. Nada de lo anotado aconteció, y se le reconoció validez a lo obrado ante el tribunal de alzada, manifestando "que desde que entró en vigencia el nuevo sistema procesal penal en nuestro país, no existe motivo para aplicar el Código de Procedimiento Penal en forma supletoria a las disposiciones constitucionales respecto de una acción de amparo..." y que "lo propio en este caso, es aplicar la normativa vigente en materia procesal en materia criminal...".

Se agrega, además, que no resulta "atingente el término ordenado en el Auto Acordado sobre la materia, ... por cuanto aquél fue dictado encontrándose vigente el "antiguo Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, antes que entrase en vigencia la nueva normativa procesal criminal".

Empero, los sentenciadores han hecho caso omiso de la vigencia actual del Código de Procedimiento Penal, pues él no ha sido derogado, y sigue rigiendo para ciertas causas, e incluso es susceptible de regir para procedimientos ya iniciados y que deberían someterse al Código Procesal Penal, cuando "a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado" (art. 11 Código Procesal Penal).

Asimismo, el auto acordado de 1932 tampoco ha sido dejado sin efecto, y por ende, hay que entender que es un complemento tanto al Código de Procedimiento Penal (arts. 306 y siguientes) como al art. 21 de la Constitución Política del Estado, y el hecho de haberse emitido durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal no le resta validez.

Por lo demás, en el Código Procesal Penal no hay una norma que disponga su aplicación supletoria o complementaria en asuntos que tengan el carácter de criminales. Al contrario, el art. 52 hace aplicables las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil. A la postre, no se ve la razón para traer a un recurso de amparo un plazo de apelación que no está autorizado por el legislador, ni mucho menos aplicar por analogía un término criminal, materia en la cual se sabe que es improcedente utilizar ese medio exegético.

Aun más, la postura de la Corte Suprema lleva al absurdo de tener que entrar a considerar el procedimiento a seguir según se trate de un amparo que se hace valer ante la justicia ordinaria o ante la justicia militar. En efecto, el art. 139 del Código de Justicia Militar dispone que "contra la orden de prisión de alguna autoridad judicial del fuero militar, solamente procede el recurso de amparo, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución Política del Estado.

Conocerá de este recurso, en única instancia, la Corte Marcial respectiva y su tramitación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 306 a 310 del Código de Procedimiento Penal".

Por ende, de seguirse la tesis de la Corte Suprema, en nuestro país habría dos tipos de procedimiento para recurrir de amparo: uno, al cual se aplicaría el Código Procesal Penal; y el otro, que se regiría por el Código de Procedimiento Penal, dependiendo si el ilícito denunciado lo es ante un tribunal ordinario criminal o ante la justicia militar. Lo anotado parece ser un absurdo y atenta contra el principio de igualdad que pregona nuestra Constitución (art. 19 N° 2), toda vez que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Y el fallo que se comenta en esta materia no solo es arbitrario, sino que ilegal, pues desconoce lo preceptuado en el Código de Procedimiento Penal que, aunque no sea del agrado de los sentenciadores, está vigente al igual que el auto acordado del año 1932, existiendo entonces en nuestro país dos Códigos que regulan el sistema procesal penal. Y como se ha comentado, la normativa procesal penal acusatoria nada regula sobre el tema, siendo totalmente legal, en su silencio, regirse por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y su complementario auto acordado, no en carácter supletorio, como lo

sostienen los juzgadores, sino como una regulación principal que no ha sido derogada, y ese es el motivo de su aplicación.

No entenderlo así importa incurrir en la figura penal prevista en el art. 223 N° 1 del Código Penal, que señala: "Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales... sufrirán las penas de... 1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil". Y fluye del propio texto de la sentencia en comento que dichos magistrados sabían de la vigencia del Código de Procedimiento Penal, no obstante lo cual en una interpretación no ajustada a derecho decidieron marginar de su fallo el contenido del vigente Código de Procedimiento Penal y su complementario auto acordado. ¿Cambiarán de opinión los excelentísimos magistrados? Si no fuere así, su actitud no sólo sería atentatoria a la legalidad –aspecto a considerar como factor principal–, sino que iría en detrimento de la justicia y del principio constitucional que establece para todos los habitantes de este país la igualdad ante la ley.

El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral

COMENTARIO:

Hugo Rosende Álvarez

Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Aspectos relevantes de la sentencia del Tribunal Constitucional

1. Por sentencia de 10 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional resolvió acoger el requerimiento del abogado señor Luis Carlos Valdés Correa para que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, en la causa rol N° 2429-2007, caratulada "Valdés con Jaime Irarrázabal Covarrubias y otros", que actualmente se tramita ante el Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago. El fallo fue redactado por el ministro señor Marcelo Venegas Palacios y contiene dos prevenciones de los ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, y una disidencia del ministro señor Francisco Fernández Fredes.

2. Los antecedentes de la gestión pendiente en la que se solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, según lo expresa el requirente, son: que por "diversos problemas societarios", en el año 2006, fue excluido de hecho, como socio del estudio jurídico del que forman parte los demandados en la litis invocada, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes. Agrega que tal situación lo llevó a deducir demanda en contra del mencionado estudio y de los abogados señores Jaime Irarrázabal Covarrubias, Alberto Pulido Cruz y Juan Ignacio Gutiérrez Irarrázabal, a fin de que todos ellos sean condenados solidariamente al pago de una indemnización precuniaria y a la reparación extrapatrimonial de los perjuicios por él sufridos a consecuencia de tales acciones.

3. El requerimiento se funda en que el artículo 2331 del Código Civil genera un efecto contrario al respeto y protección de la vida privada y de la honra del requirente, derechos que le son reconocidos a éste, como a cualquier persona, por el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política.

El texto vigente del N °4 del artículo 19 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia". A su turno, el artículo 2331 del Código Civil establece: "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probase la verdad de la imputación".

En opinión del requirente el citado precepto del Código de Bello constituye una limitación al ejercicio de los derechos a la vida privada y a la honra. Sostiene a este respecto que ante imputaciones injuriosas, la víctima sólo puede obtener una indemnización pecuniaria si prueba un daño patrimonial, pero queda excluida la compensación del daño moral, lo cual es inconstitucional y, en su mérito, pide se declare inaplicable el artículo 2331 del Código Civil en los autos rol N° 2429-2007, seguidos ante el Decimoctavo Juzgado en lo Civil de Santiago.

4. El Tribunal Constitucional aborda los siguientes temas: a) el conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del tribunal; b) Las cuestiones previas; c) la responsabilidad por el daño causado por los actos ilícitos; d) derechos constitucionales, responsabilidad y daño; e) naturaleza del derecho a la honra y daño moral; f) inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil.

a) El conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del tribunal (Considerandos Primero a Quinto).

El conflicto se plantea entre el artículo 2331 del Código Civil y los numerales 4 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque, según el requirente, el N° 4 del artículo 19 asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, "sin limitación alguna, no existiendo autorización constitucional para que la ley afecte en lo esencial este derecho fundamental". En cambio, la norma del artículo 2331 del Código Civil limita la indemnización al perjuicio patrimonial probado y excluye el resarcimiento del daño moral.

La defensa de los demandados argumenta que el N° 4 del artículo 19 de la Constitución no contiene ni contempla una regla imperativa que ordene la

indemnización del daño moral por atentados al honor. No existe tampoco disposición constitucional alguna que excluya la facultad del legislador para limitar la procedencia del daño moral y reservarla para aquellos actos del autor del daño que sean particularmente calificados.

b) Las cuestiones previas (Considerandos Sexto a Undécimo).

b.1) La misma defensa plantea dos cuestiones previas, a saber: que el artículo 2331 del Código Civil no es aplicable al juicio civil seguido entre las partes, pues no ha sido invocado por ninguna de ellas como fundamento de sus respectivas causas de pedir de la demanda y de la contestación. Es más, los demandados sostuvieron en esa litis que no se basaban en el artículo 2331 del Código Civil, por ser irrelevante en la disputa debido a que ninguno de los demandados ha afectado el honor, la honra u otro derecho del demandante y requirente en estos autos.

La segunda cuestión previa reside en que el propio requirente ha sostenido ante el tribunal ordinario la posibilidad de que la norma civil mencionada se encuentre derogada, por lo que no se trataría de un problema de inaplicabilidad, sino de vigencia, lo cual es de competencia exclusiva y privativa del juez de la causa.

b.2) El Tribunal Constitucional rechaza ambas cuestiones previas fundado en las siguientes razones:

b.2.1.) La Constitución no ha limitado la competencia de esa Magistratura para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tampoco existe antecedente alguno que demuestre que se haya producido la derogación del artículo 2331 del Código Civil o que una declaración judicial en dicho sentido se ha formulado en la gestión pendiente. Debe partirse, entonces, del supuesto de que el precepto legal impugnado se encuentra vigente. Por lo demás, la discrepancia entre preceptos de distinta jerarquía –una ley y la Constitución– constituye una cuestión de supremacía constitucional que debe ser resuelta por esa Magistratura.

b.2.2) En cuanto a que el precepto legal impugnado no es una norma aplicable en el juicio civil seguido entre las partes, el tribunal dice que es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado **pueda** resultar decisiva en la resolución de un asunto. Por consiguiente, corresponde al tribunal únicamente verificar la **posibilidad** de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de las normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable.

c) La responsabilidad por daño causado por los actos ilícitos (Considerandos Duodécimo a Decimoquinto). **Derechos constitucionales, responsabilidad y daño** (Considerandos Decimosexto a Vigésimo).

El tribunal afirma que la responsabilidad civil, como deber de indemnizar el daño inferido a otro, es también procedente tratándose de la lesión de un derecho constitucional. Ello no es sino la aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, configurada por ciertos principios y valores básicos, entre otros, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad propia es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas; el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que esta no los crea sino que reconoce y asegura. Todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Constitución Política, como los artículos 1°, 4°, 5° y 19, respecto de los cuales ese tribunal ha dicho: "estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución" (Rol 46, considerando 21).

El tribunal explica que en la responsabilidad extracontractual la regla general es que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado, tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deber de reparación que pesa o debe ser satisfecho por el responsable. Así resulta del inciso primero del artículo 2329 del Código Civil, que dispone: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

El artículo 2331 del mismo Código representa una excepción al recién citado principio general sobre responsabilidad civil (de que todo daño causado a otro por malicia o negligencia debe ser indemnizado por el responsable), al prohibir demandar una indemnización pecuniaria por el daño moral causado por imputaciones injuriosas en contra del honor o el crédito de una persona.

d) Naturaleza del derecho a la honra y daño moral (Considerandos Vigésimo primero a Vigésimo octavo).

Se destaca que el origen del N° 4 del artículo 19 de la Constitución surge del debate de la Comisión de Estudio de la Carta Política y en ella se dejó testimonio que la honra es estima y respeto de la dignidad propia, siendo su naturaleza preferentemente espiritual antes que patrimonial, y que ella tiene una marcada vinculación con la dignidad personal.

El fallo resalta, además, que al asegurar el derecho a la honra la Constitución alude a la "reputación", al "prestigio" o el "buen nombre" de todas las personas, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos. Por su naturaleza es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido, por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana.

La honra, por ende, es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general.

Como se comprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica. Por eso es acertado también calificarla de un elemento del patrimonio moral del sujeto, de un derecho suyo de índole personalísima (Cea Egaña).

Que, en resumen, el respeto y protección del derecho a la honra, que asegura la Constitución, es sinónimo de derecho al respeto y protección del "buen nombre" de una persona, derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en su artículo 1°, que se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el N° 1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces provoca más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero.

e) Inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil.

El tribunal recoge como premisa básica que el precepto legal impugnado tiene por objeto delimitar la tutela civil por responsabilidad en la lesión deliberada o negligente del derecho a la honra de otro, dando lugar a indemnización únicamente por aquellos daños que pueda probarse que produjeron un empobrecimiento patrimonial de la víctima y negándola del todo cuando este daño material no puede probarse. En definitiva, prohibiendo la indemnización pecuniaria del daño exclusivamente moral ocasionado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, aun cuando dicho daño estuviere, a juicio del juez de la causa, suficientemente probado.

Enseguida, afirma que el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso 2°, configuran **principios y valores básicos de fuerza obligatoria** que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista **que se irradia en la primacía** que asignan sus disposiciones a la persona humana, **a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana**, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado.

Dichos principios y valores constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional. Debe desecharse, en consecuencia, toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores y en especial la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía, lo cual atenta contra el respeto de la esencia del derecho que la Constitución ampara, hasta el extremo de hacerlo irreconocible.

No es lógico ni coherente que los delitos y cuasidelitos civiles sean indemnizados íntegramente en el daño patrimonial y extrapatrimonial; e incluso las consecuencias civiles de los delitos penales específicos de injuria y calumnia o cuando éstos se cometen a través de los medios de comunicación social, y no reciban el mismo trato civil las ofensas a la honra no constitutivas de tipos penales.

Por las razones dadas, se resuelve acoger el requerimiento y declarar que no podrá aplicarse el artículo 2331 del Código Civil en el juicio rol N° 2429-2007, caratulado "Valdés con Jaime Irarrázabal Covarrubias y otros", que se sigue ante el Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago.

Las prevenciones de los ministros señores Bertelsen y Correa.

El artículo 2331 limita la protección a la honra, al establecer una restricción inusual y desigual respecto de quienes padecen imputaciones injuriosas.

La discreción y amplio margen de que goza el legislador en la regulación de las relaciones sociales y para determinar el modo en que habrán de gozarse los derechos que la Constitución consagra, debe, al hacerlo, cuidar que las restricciones al goce de los derechos encuentren razones adecuadas para alcanzar fines constitucionalmente legítimos y sean las restricciones tolerables a quienes las padecen en función de objetivos superiores o equivalentes.

La restricción contenida en el artículo 2331 del Código Civil no tiene explicaciones razonables que la justifiquen. Y si se la analiza en función de favorecer la libertad de expresión, no parece plausible la norma al prohibir absolutamente el resarcimiento del daño injusto en el orden moral.

Los previnientes dejan a salvo las facultades del juez del fondo para emitir pronunciamiento acerca de la procedencia de la indemnización del daño moral en la gestión que ha originado el requerimiento, todo ello conforme al mérito del proceso.

El fallo fue acordado con el voto en contra del ministro Francisco Fernández Fredes, quien sostuvo, en síntesis, que:

- La Constitución no establece formas concretas de protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia.

- Es de reserva legal determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria.

- Cuando el constituyente quiso determinar la procedencia y condiciones del daño moral en circunstancias graves, lo hizo en la letra i) del mismo número 7 del art. 19 de la Constitución, en el caso del error judicial.

- Puede haber otras formas eficaces en resguardo de la honra, como la publicación de la sentencia condenatoria al ofensor, a costa de éste.

B. Comentario de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en torno a la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil

Lo medular de la materia sometida a la decisión del tribunal consiste en determinar si puede el artículo 2331 del Código Civil restringir la indemnización de perjuicios al daño material sufrido por la víctima dejando sin resarcir el daño moral.

El texto del mencionado precepto establece lo siguiente:

"Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

Para dar una opinión acerca de la materia en examen es preciso considerar la evolución doctrinaria y jurisprudencial acerca de la indemnización del daño moral, en la responsabilidad civil. También ha de tenerse en cuenta la fuerte influencia de la Constitución Política en el derecho, fenómeno que se observa a partir de 1980.

Primera etapa: Sólo se indemniza el daño material en la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se puede afirmar abiertamente que Bello no consideró la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual ni en la extracontractual.

Se funda esa aseveración en razones de texto y de carácter doctrinario. En el derecho positivo referido al ámbito contractual, el artículo 1556 dispone: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente". En la responsabilidad extracontractual, el precepto del artículo 2314 dice: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización..."; y la norma del artículo 2329, que establece: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", sólo alude a la indemnización pecuniaria, a la que se refiere el artículo 2331, esto es, a daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero.

En el plano doctrinario, como bien lo recuerdan diversos tratadistas, Dumoulin, Domat y Pothier, creyeron encontrar en los precedentes romanos la exigencia de la patrimonialidad de la prestación.[1] Agregándose que el antiguo y continuo reconocimiento de la compensación del daño moral se suspende con la doctrina de los inspiradores de la codificación decimonónica (Domat y Pothier), quienes lo ignoraron como objeto de la indemnización.[2]

Lira Urquieta[3] expresa que "sin vacilaciones puede decirse que Pothier es el verdadero inspirador de todas las disposiciones del Código Civil chileno referentes a obligaciones. Aunque Bello cita a menudo, entre las fuentes, al

[1] Carmen Domínguez Hidalgo, *El daño moral*, Tomo I, p. 171, Editorial Jurídica de Chile, año 2000.
[2] Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 293, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
[3] Andrés Bello, *Código Civil de la República de Chile*, II, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Santiago. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello. Pág. 377. Ediciones del Ministerio de Educación. Caracas, Venezuela, 1955.

Código francés y a uno que otro Código de su tiempo, es lo cierto que todos esos cuerpos de leyes habían bebido la doctrina clásica de Pothier, que arranca del viejo Derecho Romano. De las diversas materias jurídicas privadas, es ésta, la de de Obligaciones, la que menos ha variado y no hay exageración alguna al afirmar que quedó fijada por Pothier".

Pothier afirma la patrimonialidad de las obligaciones al señalar: "En fin, lo que uno se obliga a hacer o a no hacer debe ser de tal naturaleza, que aquel respecto a quien la obligación se contrata tenga interés en que aquello se haga o no se haga; y ese interés ha de ser un interés apreciable".[4]

En las *Institutas*[5] se recogía la misma idea, esto es, de la necesidad de la estimación pecuniaria. "En todas las fórmulas que tienen una "*condemnatio*", está redactada con términos que implican una estimación pecuniaria. Así, si nosotros reclamamos alguna cosa corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido (el oro), la plata, el "iudex" no condena al accionado por la cosa misma, como se solía hacer antiguamente (sino que) estimada la cosa, lo condena por su valor pecuniario".

– Se ha discutido desde hace muchos años el contenido patrimonial o extrapatrimonial de la prestación, y la discusión no ha cesado todavía acerca de si la prestación debe o no ofrecer un contenido económico.[6]

La tesis de la necesidad que la obligación tenga contenido económico fue defendida por **Savigny**, quien sostuvo que lo contrario pertenece al orbe de las relaciones íntimas.

La falta de contenido patrimonial de la obligación fue desarrollada por **Ihering** en 1880 mediante un estudio que intituló "Del Interés en los Contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias", donde en seis capítulos analiza exhaustivamente el tema para las posibilidades de la época. Dice que el error se debe al descubrimiento de Gayo y especialmente a su referencia sobre la obligación del juez romano de pronunciar la condenación en términos monetarios. Los juristas de la escuela histórica –dice Ihering– poniendo a un lado reglas del Derecho aplicadas durante siglos, han utilizado estos descubrimientos, olvidando que se concedía acción por incumplimiento de esponsales, se fijaba satisfacción pecuniaria en tanto que declaraba obligatorias a las convenciones que versaban sobre educación de los

[4] Robert Joseph Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, p. 81, Editorial Heliasta S.R.L., impreso en Brasil, año 1993.
[5] Gayo, *Institutas*, IV 48, p. 677, Abeledo - Perrot, cuarta edición, Buenos Aires, año 1993.
[6] Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, pp. 661 y ss., Driskill S. A., Argentina, 1996.

hijos en una religión determinada, concedía acción de daños por las lesiones corporales. Señala que Windscheid es el primero en reaccionar, aunque declara que en sus lecciones lo había precedido.

Prosigue Ihering expresando: "*Veamos a donde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de un hotel estipula, en su contrato con su patrono, que quedará libre los domingos después de mediodía. ¿Es válida esta convención? ¡No! La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel, porque piensa dedicar ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrario, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? ¡No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, a causa de su estado de salud y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, a darlas a un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado, comprometiéndose especialmente a no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetar lo pactado? ¡No! La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario*".

"*Según esto, el patrimonio es el único bien que el derecho civil está llamado a proteger. Los demás bienes son sin valor que no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el derecho. Admitamos por un momento ese punto de vista, pero sigamos las consecuencias hasta el fin. Supongamos que el mozo del hotel se haya comprometido a quedar en la casa los domingos por la tarde. Más adelante le molesta esto, y conviene con su patrono en que le dejará la tarde de los domingos libre, mediante una indemnización suficiente para pagar a quien le sustituya. ¿La tarde de los domingos no tiene ningún valor para el mozo del hotel? Paga por obtenerla. El inquilino antes citado, debe pagar por la habitación 1.000 marcos, y por el jardín 100. ¿No tiene el jardín valor pecuniario para él? La dama enferma del caso supuesto cede por 40 marcos las habitaciones que valen 50, ¿no conceptúa de ningún valor su tranquilidad y reposo? Todas esas personas pagan el bien que quieren tener, y, según los principios más rigurosos del Derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que les restituyan lo que han dado (*Condictio ob causam datorurm*). Sin duda el hecho de que semejantes concesiones contractuales sean pagadas en dinero no resulta siempre de un modo tan claro como en los ejemplos citados. Ordinariamente, la convención se pacta en conjunto sin que todos los puntos particulares se evalúen en dinero, pero no por eso dejan de ejercer su influjo como factores aislados de la suma total convenida: forman parte de ésta y pesan con su peso propio sin que se advierta. El inquilino, al igual que el comprador de la casa, evalúa el jardín, aun cuando para ambos se haya convenido un solo*

precio: ambos a dos pagan el jardín. Lo mismo ocurre con el mozo del hotel en el caso citado, porque cuando se reserva la libertad del domingo por la tarde obtiene un salario menos elevado que cuando renuncia a ella".

Por razones cronológicas Bello no pudo conocer el trabajo de Ihering ni de tratadistas posteriores, para lo cual basta tener en cuenta que el Código Civil chileno fue promulgado en el año 1855 y el escrito de Ihering es de 1880. En consecuencia, Bello debió plegarse al planteamiento de Pothier (como lo sostiene Lira Urquieta y según aparece de variadas notas puestas por Bello, por ejemplo, a los artículos 1587, 1588, 1589 y otros del Código Civil), a la inteligencia que se daba en la época a las Institutas de Gayo y eventualmente –si tuvo conocimiento de ello– a las enseñanzas de Savigny sobre el contenido patrimonial de la obligación.

Aedo Barrena[7] señala: *"En una primera etapa, la doctrina nacional se inclinó a rechazar la reparación del daño moral, no sólo teniendo en cuenta los problemas de avaluación y prueba. Se era de la opinión que el Código Civil sólo se refería al resarcimiento de perjuicios materiales, daños que podían ser avaluados pecuniariamente. Se afirmaba, igualmente, que el artículo 2331 –que no permite reparación por los delitos contra el honor o el crédito de una persona sino en cuanto sea probado daño emergente o lucro cesante– era decisivo en la materia, pues negaba la indemnización del daño moral respecto de un delito en el que se divisa como en pocos este tipo de perjuicios. La disposición revelaría, en este sentido, el espíritu del legislador en la materia.*

Se consideraba que, aunque la disposición del artículo 2314 fuese un tanto vaga, la obligación de indemnización que dispone dilucida el problema, pues el artículo 1556 del Código Civil fija el contenido de la indemnización de perjuicios, al señalar que: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante". Dado que el legislador civil no ha dado otras reglas para la avaluación de los perjuicios, deben entonces aplicarse las que otorga el artículo 1556. De esta forma, según la acepción de daño emergente y lucro cesante, no puede estar comprendida la indemnización del daño moral. Se podría dar lugar, en todo caso, al resarcimiento del perjuicio moral, pero en la forma de daño patrimonial con causa moral, según lo dispone el artículo 2331, lo que no sería genuinamente daño moral. De esta manera, el principio en nuestra legislación, a la luz de los planteamientos en esta primera etapa, sería que no se excluye expresamente el daño moral, pero se indemnizan sólo sus consecuencias patrimoniales.

[7] Cristián Aedo Barrena, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, pp. 240 y ss. Editorial Libromar Ltda., 2001.

Otros argumentos, aunque de menos consistencia, que se utilizaban doctrinariamente para rechazar la reparación del daño moral eran los siguientes: en primer lugar, se pensaba que discutir sobre la reparación pecuniaria de los bienes más sagrados o los dolores que ella padece, era una inmoralidad, y en segundo término, se esgrimía como argumento la imposibilidad de traducir el perjuicio moral en dinero".

Jurisprudencia

Ilustran el criterio antes relacionado las sentencias que se pasan a reproducir en lo pertinente:[8]

"Probado un accidente y el perjuicio ocasionado se manda pagar éste, regulándose su monto en el fallo a virtud de la prueba rendida al efecto. En segunda instancia se reduce ese monto.

Considerando:

1. Que con la prueba testimonial rendida por el demandante ha quedado plenamente acreditado que el accidente ferroviario que le ocasionó la fractura de la pierna izquierda fue causado por culpa de los empleados de la Empresa demandada, que dejaron correr los carros desprendidos de la máquina con sus palancas completamente sueltas, a lo que se añade que éstas no estaban en buen estado;

2. Que el demandante viajaba como empleado de la Empresa encargado de la provisión de víveres, y como tal no tuvo intervención en la marcha del tren ni es lógico suponer que pudiera estar en situación de apreciar las medidas de seguridad que debían tomarse durante esa marcha, por cuya razón no es aceptable imputarle imprudencia, exponiéndose al accidente;

3. Que la misma prueba testimonial del demandante acredita también que éste a la fecha del accidente era hombre sano, joven, que ganaba 120 pesos mensuales y que ha quedado imposibilitado para el trabajo;

4. Que estos antecedentes permiten apreciar debidamente el daño sufrido, teniendo en consideración que indudablemente la pérdida de una pierna disminuye considerablemente las facultades para el trabajo; y

5. Que toda indemnización de perjuicios comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente.

[8] Franklin Otero Espinosa, *Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil de la República de Chile*, Primer tomo, segunda parte, pp. 815 y 816, Sociedad Impresora y Litográfica Barcelona, Santiago de Chile, 1919. Publicado el fallo en Últimas Noticias, 18 de noviembre de 1913.

Por estas consideraciones y visto lo que disponen los arts. 38 de la ley de 6 de agosto de 1862, 1547, 1698, 2314, 2320; 2323, 2329 y 2330 del Código Civil; 167, 196, 374 y 924 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar a la demanda, regulándose en 20.000 pesos la suma que por única indemnización debe pagar la parte demandada al demandante.

Santiago, 11 de noviembre de 1913. Vistos: *Reproduciendo la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia de primera instancia, con excepción de la del art. 38 de la ley de 6 de Agosto de 1862, y teniendo presente: Que las lesiones y la pérdida de una pierna sufrida por el demandante sí son suficientes para disminuir sus facultades de trabajo no lo han sido para imposibilitarlo en absoluto, por lo cual la indemnización que le corresponde no puede ser mayor del capital que representaba ese trabajo, que estaba remunerado con un estipendio de $120 mensuales, se confirma la sentencia apelada de 2 de mayo de 1912, que se registra a fojas 17, con la declaración de que se reduce a $ 8.000 la suma que por única indemnización debe pagarse al demandante.*

Acordada contra el voto del señor Ministro Santa Cruz, quien estuvo por revocar la referida sentencia y desechar en consecuencia la demanda de fojas 6, pues a su juicio no son aplicables al presente caso la ley especial sobre ferrocarriles en explotación, ni las generales del Código Civil, que reglan la indemnización proveniente del delito o cuasidelito, toda vez que los empleados que causaron el accidente no se encontraban bajo el cuidado del Fisco a quien se hace responsable de su negligencia.

Segunda etapa. Se indemniza el daño moral sólo en la responsabilidad extracontractual, salvo el caso del artículo 2331 del Código Civil.

– En la responsabilidad contractual se excluye la indemnización del daño moral.

Claro Solar[9] expresa, "*a propósito de la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual lo siguiente: Según el art. 1556. "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresa-*

[9] Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, pp. 724 y ss. De las obligaciones II, Tomo Undécimo, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

mente al daño emergente". El valor de la indemnización debe ser, por lo tanto, igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimenta con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y esta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de damnum emergens, *daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía el derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso* lucrum cesans, *lucro cesante. El art. 1556, que guarda conformidad en su redacción con los arts. 1147 y 1149 del Código francés, reproduce, por lo tanto, el principio tradicional, fundado en la naturaleza misma de las cosas, al disponer que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante".*

"Se llaman daños y perjuicios, dice Pothier de acuerdo con la distinción del damnum y el lucrum, la pérdida que uno ha experimentado y la ganancia que ha dejado de hacer... En consecuencia, cuando se dice que un deudor responde de los daños y perjuicios del acreedor resultantes de la inejecución de la obligación, esto quiere decir que debe indemnizar al acreedor la pérdida que le ha causado y la ganancia de que lo ha privado la inejecución de la obligación". Pothier recuerda, al dar esta definición, que era igualmente de esta manera como el jurisconsulto Paulus descomponía la indemnización pecuniaria que los daños y perjuicios debían representar. El art. 1556, que guarda conformidad en su redacción con los arts. 1147 y 1149 del Código francés, reproduce, por lo tanto, el principio tradicional, fundado en la naturaleza misma de las cosas, al disponer que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante".

– **La indemnización en la responsabilidad aquiliana ante la doctrina y la jurisprudencia.**

Alessandri[10] dice: *"La ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza del daño. El art. 2314 se limita a decir que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; el art. 2329 habla de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta y la palabra daño, según su sentido natural y obvio, significa detrimento, perjuicio, menoscabo, molestia o dolor. Luego, no cabe distinguir entre daño material y moral, máxime cuando la ley habla de todo daño, expresión esta que significa "lo que se toma o se comprende entera y cabalmente según sus partes, en la entidad o en el número". Por eso, cuando el legislador quiso exceptuar, de esta regla a ciertos daños morales y establecer que no son indemnizables sino en determinadas circunstancias, necesitó decirlo, como en el caso del art. 2331".*

[10] Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, pp. 226 y ss. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

"El hecho de que la indemnización tienda, por lo general; a hacer desaparecer el daño a restablecer en el patrimonio de la víctima el valor que de él se sustrajo o en que se le disminuyó, lo que no puede ocurrir respecto del daño moral, dada su naturaleza, no obsta a que este daño pueda ser indemnizado. Aparte de la injusticia e inconveniencia que importaría dejar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro, a pretexto de que la indemnización no equivale exactamente al daño causado, cabe recordar que la indemnización no es sólo reparadora. También puede ser compensatoria o satisfactoria y en el hecho lo es cuando el daño por su naturaleza es irremediable, cuando consiste en la destrucción de algo que no puede restablecerse o rehacerse: la muerte de una persona, la pérdida de un brazo, la destrucción de una obra de arte, etc. Semejantes daños, aunque irreparables en el sentido vulgar de la palabra, porque el muerto no resucita, el brazo no se readquiere, ni la obra de arte se rehace, son sin embargo, reparables mediante una cantidad de dinero. Otro tanto ocurre con el daño moral: el dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente; pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, si es físico, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o, en todo, caso, atenuarlo o hacerlo más soportable. Por algo la filosofía popular dice que las penas con pan son menos".

"La dificultad para apreciar pecuniariamente el daño moral no puede tampoco ser un motivo para no admitir su indemnización. Igual cosa ocurre respecto de muchos daños materiales y nadie ha sostenido que no deban ser indemnizados. La ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización, ya que esto último significaría suponer que para el legislador son más importantes los intereses materiales que los morales, que nuestra civilización permitiría que se lesionen impunemente los más sagrados y respetables sentimientos y que mientras toda lesión patrimonial, por pequeña que sea, da derecho a indemnización, los atentados contra el honor, la libertad, los afectos y todo cuanto de más preciado tiene el hombre quedarían impunes por la dificultad de apreciarlos en dienro y por evitar la arbitrariedad judicial".

Tapia[11] señala que *"El legislador chileno no ha hecho ninguna distinción acerca de cuáles son los daños que dan derecho a indemnización, en las disposiciones que, en el Código Civil, se refieren al daño. Por el contrario, sólo se ha limitado a decir, sentando un principio de carácter general, que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización" (artículo 2314), y ha expresado, además, que "por regla general todo daño que*

[11] Orlando Tapia Suárez, *De la responsabilidad civil en lo general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, p. 180, Universidad de Concepción, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, 1941.

pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (artículo 2329)".

"Pues bien, no habiendo definido la ley lo que debe entenderse por daño, debemos darle a esta expresión la significación que en su sentido natural y obvio, y según el uso general de las palabras, tiene (artículo 20 del Código Civil), y de acuerdo con esta regla de interpretación, hemos dicho en otra oportunidad que se entiende por daño todo perjuicio, detrimento o menoscabo que una persona experimenta en su persona, en su honra o en sus bienes".

"Por consiguiente, si se pretendiera limitar el alcance de la indemnización del daño producido por un delito o cuasidelito a los daños materiales, ello significaría ir abiertamente contra el precepto del ya citado artículo 2329 del Código Civil, que habla de "todo daño", expresión que también encontramos consignada en el artículo 2317 del mismo Código, cuando dispone que "si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito", con lo cual nuestro legislador ha querido comprender, sin duda, dentro de la reparación, tanto a los daños materiales como a los daños morales".

"Ello se confirma, por lo demás, en presencia del conocido aforismo de Derecho según el cual, "donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir", ya que no es posible alegar que el legislador se ha referido solamente a los daños materiales, cuando aquél no ha hecho distinción ninguna sobre el particular".

"Por consiguiente, ambas categorías de daños son resarcibles en materia delictual o cuasidelictual, y nuestros juristas, catedráticos y quienes han hecho estudios sobre esta materia, están acordes en ello".

Jurisprudencia del año 1922. Rechazo del daño moral y más tarde su aceptación y resarcibilidad.

Tapia[12] relata:

"Rechazo del daño moral en la responsabilidad extracontractual

Cuando se suscitó realmente el primer caso típico de indemnización del daño exclusivamente moral, fue en el año 1922. La situación que dio lugar a ello era la siguiente: Un padre se presentó ante los tribunales de justicia, reclamando indem-

[12] Op. cit., pp. 185 y ss. Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, Parte 2ª, Sección 1ª, pág. 529, Casación de Fondo, 13 de Enero de 1922.

nización por la muerte de un hijo suyo, de dos años de edad, producida por un tranvía eléctrico. La parte demandada alegó en su favor que dicha muerte no le había acarreado daños al demandante, y que el dolor y la pena no eran susceptibles de apreciación pecuniaria. El juez de primera instancia falló en el sentido de que, no obstante haberse producido el atropellamiento por culpa del motorista del tranvía, no procedía la indemnización por no haberse probado los perjuicios. De este fallo el demandante apeló ante el tribunal correspondiente, y la Corte de Apelaciones se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia. Finalmente, se recurrió de casación por el demandante, y la Corte Suprema confirmó el fallo de los jueces del fondo (Juez de Letras y Corte de Apelaciones), declarando que lo que debe repararse no es el daño moral sufrido por la muerte de un familiar, aunque sea del grado más próximo, como es un hijo, sino que el daño material efectivo, susceptible de una apreciación numérica o pecuniaria".

Aceptación del daño moral en la responsabilidad aquiliana

Acerca de la aceptación del resarcimiento del daño moral, Aedo[13] examina la jurisprudencia desde el año 1890 en adelante, destacando la setencia de 16 de diciembre de 1922[14] recaída en el juicio de Víctor Vaccaro seguido contra The Chilean Electric Ltda. y que constituye un cuidadoso estudio jurídico de los artículos 2329 y 2331, analizando a la luz de la gramática los términos empleados, buscando las fuentes de donde emanan y comparándola con otras disposiciones de los Códigos chilenos que permiten conocer el espíritu de la legislación.

El señor Vaccaro demandó a The Chilean Electric Ltda. la suma de $150.000. como indemnización por la muerte de su hijo. La sentencia, como se ha venido advirtiendo, es de innegable valor, tanto por razones de orden legal, doctrinarias y teóricas, como por la fuerza de su raciocinio, lo que nos obliga a reproducir buena parte de sus considerandos.

*"**Vistos**: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, fecha 30 de agosto de 1919, pronunciada por el Primer Juzgado de Letras de Santiago... **Y teniendo presente**: 1° Que la petición concreta de la demanda de don Víctor Vaccaro fue formulada en los siguientes términos: viene en demandar para que la Empresa de Tranvía, etc., le pague por la muerte de su hijo la suma de $150.000 o, en subsidio, la que el juzgado determine; y que el demandante no ha tratado en ella que se le indemnicen perjuicios, ni menos de que se haya sufrido pérdidas, o disminución de patrimonio equivalentes a esa cantidad; 2ª Que prescindiendo de las diferencias que existen entre la indemnización de per-*

[13] Op. cit., pp. 242 y ss.
[14] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXI, sec. 1ª, p. 1053.

juicios por infracción de las obligaciones de origen contractual y la reparación de un daño producido por el hecho ilícito, y en el supuesto que pudiera estimarse como suficiente ley decisoria de la acción promovida por Vaccaro la disposición del artículo 196 del C. de P. C., cabría observar que el hecho fundamental de la demanda: la muerte de un hijo de 8 años de edad, que debe tenerse por establecido como imputable a la acción culpable de un empleado de la empresa demandada, no podría menos de estimarse como una base para regular la reparación perseguida y como una caracterización de la especie de daño sufrido; y que en cuanto al monto de la indemnización del actor no ha hecho sino señalar una cantidad determinada, dejando al arbitrio del tribunal esta regulación, la cual por su propia naturaleza del hecho ilícito que motiva la acción, no es a priori susceptible de una valoración pecuniaria equivalente a una determinada disminución del patrimonio; 3° Que siendo esta la situación procesal planteada en el pleito, corresponde determinar conforme a las reglas generales relativas a la decisión de los litigios, y a las especies invocadas en la demanda, esto es, a los artículos 2314, 2320, 2322 y 2329, si es o no procedente la acción ejecutada en dicha demanda; 4° Que el 2329 del Código Civil prescribe: Que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta; y que están especialmente a esta reparación: 1° El que dispara imprudentemente un arma de fuego, etc.; y el 2320 dispone: Que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino también del hecho de aquellos que están bajo su dependencia, como los empresarios del hecho de sus dependientes; 5° Que es un hecho que la muerte del niño Vaccaro se produjo por un accidente debido a la culpa del maquinista del tranvía, y con esto queda aceptada la base primordial de la demanda, fundada en la existencia del hecho ilícito imputable a otra persona, que obliga a reparación cuando produce un daño, sin distinguir la naturaleza de éste; pues los términos absolutos del art. 2329, que se ha transcrito, excluyen toda distinción; 6° Que a virtud de lo dispuesto en el artículo 2320 esta obligación pesa sobre los empresarios por los hechos de sus empleados o dependientes, salvo el caso de excepción previsto en el inciso final del mismo artículo; 7° Que por lo tanto, si todo daño proveniente de un hecho culpable debe ser reparado, por disposición imperativa de la ley, y si para nadie puede ser dudoso que, con la muerte de un hijo, se infiere al padre un daño gravísimo, según el sentido natural y obvio de la palabra daño, intensificado con la locución todo daño que usa el legislador, debe concluirse que el demandante, en el caso de pleito, está obligado a reparación; 8° Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable en el sentido literal, no legal, de la palabra no excluye responsabilidad establecida por la ley, porque en Derecho Civil esta responsabilidad no existe sólo cuando puede establecer en absoluto el derecho lesionado, sino también en los casos en que no es posible alcanzar una reparación absoluta, como en la infracción de obligaciones de no hacer y otras análogas, en que siendo imposible el restablecimiento, la sanción por voluntad del legislador se transforma en otra, destinada a satisfacer los fines de la ley;... 10° Que lo mismo puede observarse con respecto a los daños causados

en las cosas corporales: la destrucción de una obra de arte o de un objeto de gran valor de afección es también un daño irreparable; y no se podrá sostener que por tal causa no procediera la reparación, que dentro de las posibilidades de las sanciones civiles ha establecido el derecho; ...12° Que ya se ha observado que la circunstancia de que la reparación absoluta del daño no pueda alcanzarse por la naturaleza irremediable del mal causado, sea que se trate de daños materiales o inmateriales, no autoriza para dejar de aplicar la ley que impone esa reparación dentro de los medios que ella misma señala, y de la relatividad que pueda existir entre esos medios y los fines que persigue el Derecho Civil, como la sanción de los hechos cuya ilicitud condena; 13° Que si la ley declara que todo daño imputable a malicia o negligencia debe ser reparado, en el caso de daños a las personas los afectados o damnificados por el hecho culpable, aunque no sean los inmediata y físicamente ofendidos, pueden exigir la reparación, porque la ley sólo quiere que el daño exista, sin hacer distinción sobre su naturaleza, ni sobre quienes sean las personas a quienes alcance el mal producido por el hecho ilícito; 17° Que, como antes se ha dicho, el legislador al hablar en el título 35 citado, de los daños inferidos a otro (2314) ha distinguido entre el daño causado a las cosas (2315) y el inferido a las personas (2329) y, entre estos últimos, ha comprendido tanto el ofendido a la persona física como a los de orden inmaterial o psíquico; pues unos y otros están comprendidos en el sentido absoluto y genérico de los términos todo daño; y porque, además, así lo manifiesta claramente el mismo legislador, cuando estimó necesario excepcionar de la responsabilidad que establecía a ciertos daños de `carácter puramente moral, como los contemplados en el artículo 2330; lo que prueba que los consideraba dentro de la regla general, del artículo 2329; 19° Que estas consideraciones manifiestan el propósito de la legislación en general de sancionar los actos ilícitos, aun los que sólo producen daño moral o de orden inmaterial; y confirman la conclusión de que la responsabilidad civil por dichos actos no puede dejarse de hacer efectiva por razones fundadas en la falta de congruencia de equivalencia entre la naturaleza psíquica e inmaterial del daño y la sanción que el derecho autoriza, aunque ésta no basta para alcanzar la reparación perseguida sino que de un modo relativo o parcial; 20° Que en determinar la reparación ordenada por la ley ya se ha observado en los considerandos 8 a 16 la dificultad y aun la imposibilidad de alcanzarla de un modo absoluto, aun tratándose de daños materiales, razón por la cual se transforma en una compensación pecuniaria, que ha sido entregada a la regulación prudencial de los Tribunales; y que, aparte de ser indefectibles las consecuencias perjuiciosas que en el orden físico, en el económico y en el meramente patrimonial producen los daños morales, las consideraciones de falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medio que el legislador puede disponer para alcanzar el completo restablecimiento del derecho; pero no que deba dejar de aplicarse la sanción que el mismo establece como represión o reparación de los actos ilícitos".

Aedo[15] destaca en este fallo lo siguiente:

- La valorización del daño moral se encuentra sujeta a parámetros distintos al detrimento material, dada su naturaleza (Considerando 2°);

- la función que cumple la indemnización del daño moral en la responsabilidad delictual no es de naturaleza resarcitoria, sino sancionatoria de los ilícitos civiles (Considerandos 8°, 9°, 10°, 15°);

- la naturaleza del daño moral no autoriza a los sentenciadores para no cumplir la finalidad que el Derecho Civil les impone (sancionar los actos ilícitos), entregándoles el legislador facultades discrecionales para determinar el monto de la indemnización (Considerando 16°);

- no preocupa a los jueces si en la definición de daño hay un ataque a un simple interés o a un derecho subjetivo, sino que el daño moral debe ser compensado (Considerandos 4°, 5°, 13° y 171°);

- se reconoce la acción por daño moral no sólo a los física e inmediatamente ofendidos, sino a los afectados con el mal causado, pues la ley sólo quiere que el daño exista, sin hacer distinción sobre su naturaleza, ni sobre quienes sean las personas a quienes alcance el mal producido por el hecho ilícito (Considerando 13°);

- por último, al hacerse cargo de las críticas a la reparación del daño moral, los juzgadores advierten –en el considerando 20°– que la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero no demuestran sino los medios insuficientes que el Derecho entrega para ser restablecido, pero que ella no autoriza para no cumplir con el fin que el legislador se propuso en la materia.

Con posterioridad a esta sentencia se uniformó la jurisprudencia en orden a resarcir el daño moral en la responsabilidad delictual y cuasidelictual.

La excepción del resarcimiento del daño moral la constituye el artículo 2331 del Código Civil.

Alessandri[16] explica que *"para saber si se indemniza el daño moral por imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona, es decir, por calumnias o injurias, hay que distinguir (a la época en que escribe este tratadista, año 1943)*

[15] Op. cit., pp. 249 y ss.
[16] Op. cit., pp. 249 y ss.

si tales imputaciones se hacen o no por algunos de los medios señalados en el decreto ley N° 425, de 20 de marzo de 1925, sobre abusos de la publicidad.

En el primer caso, siguen la regla general: el daño meramente moral que sufra el ofendido es indemnizable siempre, aunque no se traduzca en un perjuicio pecuniario, y el tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta las facultades del ofendido y de la víctima y cualquiera otra circunstancia que parezca digna de considerarse (art. 35 de ese decreto ley). El ofensor no podrá relevarse de responsabilidad probando la verdad de la imputación, salvo en los casos señalados en el art. 20 del referido decreto ley. En los demás, esa prueba no le es admisible. Las disposiciones de ese decreto ley prevalecen sobre el art. 2331 por ser especiales; se refieren a las imputaciones injuriosas que se hacen en determinada forma.

En el segundo, o sea, si tales imputaciones no se hacen por alguno de los medios señalados en el decreto ley N° 425 citado, rige lo dispuesto en el art. 2331 C.C.: el daño meramente moral no es indemnizable en dinero, sólo lo es el que se traduzca en una disminución actual o futura del patrimonio. La víctima no podrá demandar indemnización pecuniaria, a menos de probar daño emergente o lucro cesante apreciable en dinero, como si a consecuencia de esas imputaciones hubiese sido privada de un empleo o cargo que desempeñaba o dejare de ganar o de adquirir algo, por ejemplo, un fabricante que por ellas viere disminuir la venta de sus productos. En defecto de esta prueba, no puede exigir ninguna indemnización pecuniaria por tales imputaciones, aunque causen deshonra, descrédito o menosprecio. Pero ello no obsta a que la víctima pueda pedir otra reparación que no sea pecuniaria, como la publicación de la sentencia condenatoria o de un desmentido emanado del autor de la injuria o calumnia; el art. 2331 sólo niega la indemnización pecuniaria.

Si el ofensor acredita la verdad de la imputación, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada, aunque pruebe daño emergente o lucro cesante. Al hacerse esa imputación no se ha ejecutado ningún hecho ilícito, se ha dicho la verdad".

Rodríguez Grez[17] dice: *"La indemnización del daño moral tiene un doble fundamento positivo en el Código Civil chileno. Desde luego, el artículo 2329, que consagra el principio de la reparación integral del daño. Su texto es claro en cuanto dispone que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". De dicha disposición se sigue que, salvo cuando existe una norma excepcional que limite el daño reparable, el juez debe considerar, al momento de decidir, todos los daños producidos, cualquiera que sea su naturaleza.*

[17] Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, pp. 315 y ss, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

La otra norma que armoniza con la anterior es el artículo 2331, que constituye una excepción al principio de reparación integral. Ella se refiere a una situación puntual en la cual la víctima sólo puede reclamar los daños patrimoniales, y no los daños morales que puedan haberse producido. "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

Desde luego, el propósito de esta disposición resulta evidente. Se trata de excluir la reparación del daño moral, limitando la indemnización al daño material, lo cual concuerda con la regla general enunciada en el artículo 2329. Es difícil justificar esta norma, ya que las imputaciones injuriosas son las que más daño moral pueden causar. A juicio nuestro, la recta interpretación de este artículo llevaba a concluir que se trataba de "meras imputaciones injuriosas" que servían de fundamento a una pretensión civil. No quedaban comprendidos en él los responsables de delitos de injuria y calumnia, los cuales están regulados, en el aspecto civil, por lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que dispone, en su inciso segundo, que "en el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados".

Atendidos los limitados márgenes que atribuimos a este artículo, resulta explicable la preocupación del autor del Código por evitar juicios civiles fundados en "imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona", para obtener una indemnización de perjuicios. De allí que, para evitar la proliferación de juicios, se consagrara esta excepción a la regla general del artículo 2329. No puede preterirse el hecho de que fue eso –evitar la proliferación de los juicios– lo que inspiró varias otras instituciones en el campo civil, como el derecho de rescate establecido en el artículo 1913 del Código Civil a propósito de la cesión de los derechos litigiosos. Resulta razonable, en el marco de esta preocupación, que se limitara el campo de la indemnización cuando la acción estaba fundada en "meras imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona". Confirma nuestra interpretación el hecho de que la ley aluda al "honor o al crédito", ya que ello denota la necesidad de establecer un nexo patrimonial entre el hecho y su consecuencia dañosa.

En suma, el artículo 2331 no delimitaba los derechos de la víctima de un delito penal, sino sólo los que correspondían a la víctima de un delito civil que consiste en la imputación injuriosa en contra de su honra o de su crédito.

Sin embargo de que lo señalado nos parece perfectamente claro, el artículo 31 inciso segundo de la Ley N° 16.643, que tiene un alcance puramente interpreta-

tivo, ordena que "lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil se entenderá referido a los delitos de injurias y calumnias cometidos a través de medios distintos de los expresados en el artículo 16 de la presente ley". Como puede apreciarse, la interpretación dada por el legislador en esta regla es lamentable, ya que, sin advertirlo, muy probablemente, dio al artículo 2331 un alcance muchísimo más amplio de aquel que evidentemente quiso asignarle el autor del Código. De todo lo cual resulta el contrasentido de que un delito de injuria o calumnia, perpetrado por cualquier medio que no sea de aquellos descritos en el artículo 16 de la Ley N° 16.643, no da derecho a reclamar el daño moral que provoca. La pregunta salta a la vista. ¿Por qué? Simplemente por la desafortunada interpretación auténtica dada a propósito de otra materia: los abusos de publicidad.

Hemos querido destacar este hecho para demostrar que resulta siempre peligroso ejercer una facultad tan delicada como la de interpretar la ley por la vía legislativa, sin reparar en que es posible, por la vía judicial, lograr resultados más provechosos que los que se obtienen con reformas legales mal estudiadas.

Para completar este panorama, debemos analizar algunas reglas contenidas en la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad.

El artículo 31 prescribe que: "Las imputaciones injuriosas, calumniosas, maliciosas de un hecho o de un acto falso, en los términos expresados en el artículo 19 (se refiere a la "imputación maliciosa de hechos sustancialmente falsos, o la difusión maliciosa de noticias sustancialmente falsas, como, asimismo, la difusión maliciosa de documentos sustancialmente falsos, o supuestos o alterados en forma esencial, o atribuidos inexactamente a una persona" por medio de diarios, revistas o escritos periódicos, impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas, la radio, la televisión, la cinematografía, los parlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes), o las que afectaren la vida privada de una persona o de su familia, en la forma señalada en el artículo 22, efectuadas a través de un medio de comunicación social, darán derecho a indemnización pecuniaria conforme a las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, por el daño emergente, el lucro cesante o el daño moral". Como puede comprobarse, en el amplio campo de los medios de comunicación social, el alcance del artículo 2331 está definido en la Ley N° 16.643, comprendiendo la indemnización no sólo del daño material, sino también del daño moral.

Los casos en que es posible eximirse de la obligación de indemnizar, consignados en el mismo artículo 31 de la citada ley, se refieren a situaciones en que desaparece el factor de imputación (no concurre dolo ni culpa).

Más importante resulta aún lo previsto en el artículo 34 de la Ley N° 16.643. "La indemnización de perjuicios proveniente de los delitos sancionados en los artículos 19 (noticias falsas o no autorizadas), 21 (delitos contra las personas) y 22 (imputaciones de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona), podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que fuere consecuencia de la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima o su familia con motivo del delito, y a la reparación del daño meramente moral que tales personas acreditaren haber sufrido..." El inciso segundo agrega: "El tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta los antecedentes que resultaren del proceso sobre la efectividad y la gravedad del daño sufrido, las facultades económicas del ofensor, la calidad de las personas, las circunstancias de hecho y las consecuencias de la imputación para el ofendido".

De esta norma resulta claro que el daño moral no consiste sólo en la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima y su familia, lo cual confirma nuestra apreciación en el sentido de que este daño comprende la lesión de cualquier interés radicado en la esfera íntima de la persona (el amplio espectro de los sentimientos). Lo anterior porque la ley distingue la "depresión anímica o psicológica" de lo que llama el "daño meramente moral". Asimismo, ratifica el hecho de que el juez para los efectos de fijar la cuantía de la indemnización debe tomar en cuenta varios aspectos, entre los cuales resaltan la "gravedad del daño sufrido, las facultades económicas del ofensor, la calidad de las personas, las circunstancias del hecho y las consecuencias". Si los elementos indicados son procedentes para fijar la indemnización en el ámbito de los delitos que se cometen con ocasión de la publicación de las opiniones por la imprenta, y, en general, la trasmisión pública y por cualquier medio de la palabra oral o escrita, como reza el artículo 1° de la Ley N° 16.643, resulta indiscutible que los mismos parámetros deben usarse para los efectos de fijar la indemnización en otros casos. Si se estimara que existe un vacío o laguna legal en esta materia, sería perfectamente procedente integrarla por medio de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural, conceptos todos recogidos por los elementos que señala la disposición legal analizada.

Invariablemente hemos sostenido que las leyes deben interpretarse a la luz de las normas y principios consignados en la Constitución Política de la República. No puede ser de otro modo si se tiene en consideración que la Constitución es la base de la institucionalidad y de todo el ordenamiento normativo. Por otra parte, el derecho repugna toda contradicción o incoherencia y supone una perfecta armonía y correspondencia entre todas las disposiciones que componen el sistema jurídico.

Bajo este prisma es evidente que la Constitución de 1925 contenía una clara referencia al daño moral. El artículo 20 de aquélla disponía: "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios

efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente". La misma norma está contemplada en el día de hoy en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución de 1980, que dispone: "Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia". El procedimiento instituido para hacer valer este derecho está contemplado en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 3 de agosto de 1983, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 11 de agosto del mismo año.

A la inversa, tratándose de una expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, el constituyente limitó la indemnización al "daño patrimonial efectivamente causado", según se dispone en el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Carta Política Fundamental, de lo cual resulta que para entender limitado el derecho a ser indemnizado es necesario que exista una disposición expresa en tal sentido.

Agreguemos, además, que el daño moral encuentra sus más sólidas bases constitucionales en lo previsto en los artículos 1°, 5° y 19 N° 1 de la Constitución. Estos preceptos reconocen la dignidad de la persona humana desde su nacimiento, limitan la soberanía en función de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y aseguran la integridad síquica de la persona. Todos ellos expresan, en consecuencia, los principios básicos en que debe fundarse el reconocimiento de la indemnización del daño moral. En el campo del derecho público, estos principios están expresamente recepcionados en los artículos 4° y 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El primero señala que "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones...". El segundo dispone que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". Ambas normas aluden a los daños sin distinguir su naturaleza, lo cual fuerza a concluir que éstos comprenden tanto el daño material (patrimonial) como el daño moral (extrapatrimonial).

No obstante la claridad de las disposiciones que invocamos, no podemos menos que reconocer y compartir el juicio de que el daño moral y su reparación es un instituto que nace de la jurisprudencia. "El daño moral y su reparación son así en Chile instituciones netamente jurisprudenciales, por cuanto fueron introducidas, conceptualizadas y caracterizadas por dicha fuente del derecho. Ello explica, de paso, la incerteza y vaguedades que en muchos aspectos representan, a diferencia de lo que sucede con los daños materiales, que están reglamentados positivamente".

Creemos nosotros que constituye un avance en el derecho el descubrimiento de que el acto lesivo, por su carácter y poder agresivo, puede superar la barrera del interés tutelado en la norma y penetrar a la esfera interna de la persona, lesionando intereses que, en muchos casos, pueden ser incluso más importantes que aquellos protegidos. Así nace la reparación del daño moral, a pesar de todos los inconvenientes que representa su tasación, atendido su perfil satisfactivo y no compensatorio. No cabe tampoco duda alguna que esta tendencia seguirá profundizándose en el día de mañana, abarcando la indemnización efectivamente todos los daños causados. Puede, incluso, preverse que se irá más allá, dando a este rubro indemnizatorio el carácter de pena civil (daño punitivo), lo cual, a juicio nuestro, representaría un avance en el campo de la política judicial, pero reconociendo que ello no tiene asidero en la letra y espíritu de la ley chilena".

Tercera etapa: La indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual.

Gatica[18] señala que en la responsabilidad contractual "sólo son indemnizables los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) que sean consecuencia directa del incumplimiento...".

Tomasello[19] reconoce que "el legislador sólo pensó en los daños materiales, dada la época de redacción de nuestro Código Civil, pues la legislación que inspiró a la nuestra y la doctrina imperante entonces no hacían alusión a los daños morales contractuales y, como consecuencia de todo ello, sólo reglamentó los daños de orden material, consecuencia de obligaciones con prestación patrimonial...".

Sin embargo, ambos autores defienden la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual.

Gatica[20] sostiene: "Es inaceptable pretender que el Derecho Civil deba limitar su protección a los intereses de orden económico, dejando de lado los valores de afección –estéticos, afectivos, intelectuales, etc.–, que en la etapa actual de la cultura tienen tanta o mayor importancia que lo estrictamente material".

Para Tomasello:[21] "Demandada la reparación del daño moral contractual, y probada su existencia, nuestros tribunales no podrían negarse a fallar el con-

[18] Sergio Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, p. 57, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
[19] Leslie Tomasello Hart, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, p. 164, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
[20] Op. cit., p. 147.
[21] Op. cit., pp. 164 y ss.

flicto y conceder la indemnización a pretexto de que no hay ley que resuelva la contienda sometida a su decisión (Art. 10 inciso 2° del C. O. T.) y deberían proceder a aplicar las normas que rigen en materia de integración de las lagunas del Derecho".

Finalmente afirma: "en ninguna parte nuestro Código Civil ha prohibido la indemnización del daño moral en materia contractual y, por lo tanto, la ha reconocido implícitamente, aunque no la haya reglamentado".[22]

Rodríguez Grez[23] sostiene la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual en las siguientes razones:

a. *"El incumplimiento contractual lesiona siempre un derecho patrimonial. Como quiera que sea, el acreedor sufre un atentado que afecta derechos susceptibles de avaluarse en dinero, aun cuando este atentado comprometa también derechos o intereses extrapatrimoniales. En muchos casos el incumplimiento de una obligación susceptible de evaluarse en dinero acarrea trastornos no patrimoniales que comprometen la paz, la tranquilidad y la estabilidad psicológica y afectiva.*

b. La lesión al derecho patrimonial, atendida su gravedad y alcance y, especialmente, la ***naturaleza misma de la obligación incumplida****, puede penetrar la esfera de la intimidad y afectar los sentimientos del acreedor (derechos extrapatrimoniales).*

c. Podría decirse que toda persona tiene una doble esfera. Externamente (en la vida social) se moviliza en función de sus derechos patrimoniales. Internamente (en su fuero íntimo) custodia sus derechos extrapatrimoniales. De aquí que pueda un mismo atentado (incumplimiento contractual) afectar ambas esferas, como consecuencia de que el daño causado a los derechos patrimoniales se proyecta (por la naturaleza de los derechos quebrantados y la entidad de la lesión) al campo de los derechos extrapatrimoniales. Este fenómeno explica que el daño moral se produzca conjuntamente con el daño material, a propósito del incumplimiento contractual. Este resultado explica, también, que en razón de un mismo acto puedan lesionarse derechos de diversa índole.

d. Si bien es cierto que la ley civil limita, por regla general, la indemnización contractual al ***daño emergente*** *y al* ***lucro cesante*** *(ambos elementos de naturaleza patrimonial), no lo es menos que el daño a los derechos e intereses extrapatrimoniales, en ciertos casos, se* ***revierte****, alcanzando las aptitudes y la capacidad*

[22] Ibíd., pp. 164 y ss.
[23] Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Contractual*, pp. 237 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 2003.

patrimonial de la persona, extendiendo la cuantía del perjuicio. De suerte que, presuntivamente, el daño se amplifica al pasar de la esfera patrimonial a la esfera extrapatrimonial y de ésta a aquélla, autoalimentándose recíprocamente y haciendo imposible su separación.

e. No puede perderse de vista que existe una unidad ontológica, que comprende todos los intereses jurídicamente protegidos del sujeto de derecho. Por lo mismo, nada tiene de extraño que una lesión patrimonial se proyecte hacia el campo de los intereses extrapatrimoniales y que el menoscabo de estos últimos se ***revierta*** *nuevamente hacia el campo patrimonial, afectando las aptitudes y capacidades de la persona (lo cual tiene consecuencias económicas).*

f. El daño moral es siempre ***presuntivo****, no existe manera de acreditarlo y de medirlo con certeza absoluta, porque se trata de una agresión que afecta la subjetividad de un individuo. Lo que en verdad es susceptible de probarse son los efectos o consecuencias del daño moral (el decaimiento, el desinterés por el ejercicio de las actividades normales, la pérdida de la capacidad laboral, los trastornos síquicos, los temores, la angustia, etc.). De aquí que sea siempre tan difícil establecer objetivamente la cuantía del daño moral y que los tribunales de justicia, ante esta dificultad, hayan optado por arrogarse una facultad discrecional de la que, ciertamente, carecen.*

g. No cabe duda que existen algunas obligaciones cuyo cumplimiento menoscaba más los sentimientos que los intereses económicos. Tal ocurre en los ejemplos antes propuestos. Si los daños indemnizables en materia contractual, como se dijo, son sólo el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1556 del Código Civil), forzoso resulta concluir que la reparación del daño moral (esencialmente extrapatrimonial) ***sólo es posible en la medida que ellos se proyecten hacia los derechos patrimoniales, afectándolos****. Como tampoco es posible determinar con precisión la cuantía de este perjuicio, la reparación no puede ser compensatoria, sino satisfactiva. "La valoración exacta de los daños morales no existe, puesto que su medición material es francamente imposible. Esto es una mera consecuencia de que los bienes personales afectados no admitan una valoración propiamente tal o estricta. Por lo mismo es que la reparación es satisfactiva, no compensatoria".*

h. La indemnización del daño moral debe fundarse en un supuesto inamovible. ***Todo menoscabo a los sentimientos íntimos de la persona (intereses extrapatrimoniales) repercute fatalmente en su personalidad, su capacidad productiva y su estabilidad emocional****. No es posible establecer con exactitud matemática, como resulta obvio, en qué medida y con qué profundidad operará este efecto, pero sí que es posible deducir que ello provocará un deterioro en la capacidad laboral, de administración, de reflexión y análisis de la persona lesionada.*

¿Se puede dejar indemne este perjuicio sobre la base de que no es posible una prueba acabada del daño? ¿Puede alguien negar que el daño moral limita las capacidades y aptitudes de la persona? El problema, entonces, no es de existencia, sino de prueba. Existe certeza de que el daño patrimonial existe (al revertirse el daño moral y afectar intereses pecuniarios), pero no existe certeza sobre la cuantía del mismo. Este es, a juicio nuestro, el gran dilema que plantea el daño moral y que sirve a sus detractores para rechazar su reparación.

i. La posición que sustentamos sobre la indemnización de perjuicios en materia contractual (no sucede lo mismo en materia extracontractual, porque, como se dijo, en ella impera el principio de reparación total), ***transforma el daño moral en daño material*** *(como consecuencia de afectar aptitudes y condiciones productivas de la víctima), sobre la base de una* ***ficción****, que consiste en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye poderosamente en sus capacidades y aptitudes productivas. De aquí que el daño moral (aceptando esta dimensión) sea* ***un daño virtual, futuro, derivado y propiamente una manifestación específica del lucro cesante****.*

j. Creemos advertir una diferencia fundamental entre la indemnización del daño moral en materia contractual y en materia extracontractual. En esta última área del derecho, la reparación integral hace posible la indemnización de todo interés afectado por el ilícito civil, cualquiera que sea su naturaleza. Así se desprende de lo previsto en el artículo 2329 del Código Civil, que, explícitamente, dice que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, ***debe ser reparado por ésta".*** *En el incumplimiento de una obligación contractual se limita la indemnización de perjuicios al daño emergente y el lucro cesante, lo cual excluye la reparación de los intereses extrapatrimoniales afectados. Por consiguiente, en cumplimiento de esta disposición, nosotros postulamos la reparación del daño moral como consecuencia de que éste necesariamente afecta intereses patrimoniales en los términos ya expuestos".*

Fueyo[24] expresa:

1) *"El considerable desarrollo logrado en el tema de la persona y los bienes y derechos de la personalidad, especialmente a contar de las postrimerías del siglo XIX, y acentuadamente en los últimos decenios, repercutió favorablemente en la materia del daño extrapatrimonial,* o "danno non patrimoniale", o "prejudice moral", o "dano nao patrimoniais".

[24] Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, II. La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad, pp. 120 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1990.

2) *"Su mayor efecto favorable estuvo centrado en el punto relativo al fundamento de la reparación por daño moral. Una gran luz se proyectó sobre unos intereses de un inmenso valor espiritual y humano que no podían en modo alguno permanecer desconsiderados y merecían la tutela del derecho. Quedó en claro que el bien jurídico protegido eran los bienes y derechos de la personalidad, rotulación que, incluso, adquirió en los últimos tiempos patente de acertada científicamente.*

3) *Se superó abiertamente, por otra parte, el escrúpulo vacilante de indemnizar valores no económicos y de imposible medición pecuniaria del modo aplicable a la reparación de los daños patrimoniales.*

4) *Como se quiera, debían protegerse superiores valores espirituales y humanos acudiendo al resorte de conceptos o valores indeterminados idóneos para tal efecto. El juez haría con tal objeto el esfuerzo consiguiente dirigido a la solución de los casos concretos, manejando dicha técnica jurídica.*

5) *Por otra parte, y como un efecto a la recíproca, el desarrollo logrado por el tema de la resarcibilidad del daño extrapatrimonial dio aun más vida y mayor mérito a los bienes y derechos de la personalidad desde el momento que estos últimos tendrían tutela real y efectiva en la responsabilidad civil. Ya no nos contentaríamos con la consagración programática de los bienes y derechos fundamentales en las Constituciones Políticas; ni con la que se hace en los Códigos Penales para sancionar corporalmente o con multas y otras penas la agresión a unos pocos derechos y bienes de la personalidad involucrados en determinadas figuras penales.*

6) *Con acento en la lógica, el daño moral tiene aplicación extensiva, abarcando la triple responsabilidad: precontractual, contractual, y extracontractual. Además, si se afecta o agrede a la persona, a un bien o derecho de la personalidad o a un derecho de familia propiamente tal.*

7) *En una evolución lenta, con avances y retrocesos, se fueron logrando metas. Las palmas debemos brindarlas a la jurisprudencia. La doctrina fue arrimándose a ella poco a poco. Las legislaciones, siempre conservadoras, han ido avanzando lentamente, consagrando la materia de nuestro estudio de algún modo, casi siempre imperfectamente. Hay Códigos, como el nuestro, que aún no conocen la expresión daño moral o agravio moral, si bien contada legislación especial ya la emplea.*

8) *No sólo está pendiente la regulación correcta y completa del daño extrapatrimonial en los Códigos Civiles que aún no lo han hecho, entre ellos el nuestro, sino que la reformulación completa y modernizada del Libro Primero del Código Civil, bajo el nombre "La persona y los derechos y bienes de la personalidad".*

9) *Al término, me reconforta el haber dado un título acertado al presente trabajo: "La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad".*

El actual estado del tema de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual

Ello se aprecia en la sentencia de 15 de enero de 2008, pronunciada por la Excma. Corte Suprema, en los autos caratulados "Ojeda Ojeda, Bernardo Francisco con Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.", redactada por el ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, con la prevención del ministro señor Milton Juica Arancibia.

En el considerando decimocuarto y primera parte de la motivación decimoquinta se expone la doctrina de la Corte acerca del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad contractual, cuyo tenor es el siguiente:

"Decimocuarto: Que las infracciones denunciadas por el recurrente y que en su concepto hacen procedente la indemnización por daño moral en materia contractual "que fuera desestimada por los jueces del fondo" ponen 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 los tiempos modernos presenta cambios, vacilantes al comienzo, pero que actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando. Así esta Corte ya ha resuelto reiteradamente la procedencia del daño moral en materia contractual, en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre del año en curso, recaídas en los ingresos rol N° 1.368-00, 4.035-01 N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3901-05, N° 3750-05 y 4.103-05, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben.

Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral en tales fallos se pueden resumir en las siguientes argumentaciones, según se ha dejado consignado en el considerando trigésimo primero del último de aquellos:

*1. **Aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil.** El marco restrictivo que imperaba en las indemnizaciones en el ámbito contractual y que nacía de la aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil, tuvo su principal sostenedor*

y defensor en el profesor Arturo Alessandri, cuyo criterio sobre la improcedencia del daño moral en materia contractual, se mantuvo casi inalterable en las sentencias de los tribunales de justicia hasta años recientes. En el ámbito contractual se consideró que la indemnización por daños extrapatrimoniales no era posible y aceptable y ello porque se entendió que el texto del artículo 1556 se refería únicamente a daños patrimoniales, o perjuicios pecuniarios, lo que no es así, pues no existe referencia a tal restricción o calificación en el texto del artículo.

2. ***Nueva doctrina jurisprudencial****. El criterio de marco rígido evolucionó y como ejemplo de este cambio se encuentra la sentencia de 20 de octubre de 1994 de esta Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación de fondo deducido por una institución bancaria que impugna la aceptación del daño moral en sede contractual, decisión que se une a otros fallos de esta Corte en el mismo sentido, de 3 de julio de 1951 y de 14 de abril de 1954, dictados en recursos de casación de fondo (Rev. de D. y J. tomo 91, págs. 100 a 105).*

3. ***El legislador acepta el daño moral.*** *No se ha excluido el daño moral por el legislador. La norma del artículo 1556 del Código Civil no excluye el daño moral, como tampoco dispone que la indemnización sólo comprenda o abarque los rubros de daño emergente y lucro cesante. En efecto, no podría excluir el daño moral, puesto que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos, por el contrario, el artículo 544, en relación con el 539 y el 1544 del Código Civil, posibilitan esa clase de reparación de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones.*

4. ***Concepción del daño emergente.*** *Las nuevas doctrinas sobre el resarcimiento del daño moral, derivado del incumplimiento de contratos, entiende que el concepto de "daño emergente" que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral. Esta interpretación no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en su texto actual del mencionado artículo, primero, porque la voz "daño" que emplea la disposición 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 sólo los materiales.*

5. ***Aceptación por la doctrina****. Los estudiosos del Derecho, como parte de la jurisprudencia, recientemente han ido aceptando el resarcimiento del daño moral en los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales. El profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra "*Instituciones de Derecho Civil Moderno"

afirma: "Para mi es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial", agregando que "la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra 'daño" comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno" (página 69). Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual (página 71). Otros autores nacionales participan del mismo parecer, como Leslie Tomasello Hart, en su estudio sobre El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual *(Editorial Jurídica, 1969); René Abeliuk Manasevich,* Las Obligaciones, *Tomo II, N° 892, páginas 789 y 790; Ramón Domínguez Águila en sus "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista" (*Revista de Derecho Universidad de Concepción, *N° 188, 1990); Ramón Domínguez Benavente en "Comentarios de Jurisprudencia" (publicada en la antes citada revista universitaria N° 198) y recientemente doña Carmen Domínguez Hidalgo en su obra "*El Daño Moral*" (Editorial Jurídica de Chile, año 2000). Estableciendo ciertas diferencias, también comparte esta procedencia Enrique Barros Bourie, en su obra antes citada, páginas 335 a 345.*

6. ***Igualdad ante la ley****. La sentencia de esta Corte de octubre de 1994 expresa al respecto que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales "con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica", y agrega que "si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". Fundamentos aquellos a los cuales la sentencia de veinticuatro de septiembre pasado, ya indicada, agrega que "el razonamiento que el daño moral queda incorporado en el daño emergente, ya que "el legislador no ha distinguido entre los daños materiales y los morales, sino que se ha limitado a referirse al daño emergente, y donde no distingue el legislador no es lícito al intérprete hacerlo", agregándose que reafirma esta interpretación la definición dada de la voz emergente por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y "según la cual se dice que algo es emergente cuando nace de otra cosa. De forma que cuando el legislador empleó el adjetivo emergente para calificar el substantivo daño, estaba queriendo decir, simplemente, que este daño provenía de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento" (Carmen Domínguez Hidalgo,* El daño moral, *Editorial Jurídica de Chile, Tomo 1, página 346, citando a Ruiz González, "El transporte de pasajeros*

en la doctrina y la jurisprudencia", Memoria de Licenciatura, año 1962)". "Acudiendo a la norma de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, como a lo dispuesto en el artículo 170 N° 5 del de Procedimiento Civil e integrando una falta de pronunciamiento del legislador del Código Civil, se puede sostener que 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, a quien se ve expuesto a la privación forzada de su propiedad mediante un acto de autoridad, como es la expropiación. 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 se cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado. En efecto, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil corresponde que sea integral e igualitaria en su extensión, si no existen argumentaciones concretas que ameriten establecer fundadas diferencias. Es por ello "que en función de la teoría de la unidad de la responsabilidad", la distinción actualmente imperante respecto de la procedencia del daño moral en sede contractual y extracontractual, resulta absurda (René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, *Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, página 789), contradicción y falta de congruencia que destacan la mayoría los autores citados con anterioridad y que se pronuncian por la aceptación del daño moral en sede contractual. Una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza "todo daño", según reza el artículo 2329, al igual que en 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 lo anterior se sigue que 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. Incluso tal procedencia puede verse ampliada a todo evento en que, existiendo perjuicios morales, una de las partes pruebe la concurrencia*

de hechos que permitan ser calificados de culpa grave o dolo en el incumplimiento de otra de las partes, puesto que la ley no ha impedido esta posibilidad, de tal forma que la diferencia descansaría más que en la ley en la posibilidad que tengan las partes de aportar antecedentes fácticos que permitan calificarlos en el sentido indicado y si se quiere extremar el argumento, la distinción pasaría a radicar en la decisión concreta de los tribunales al efectuar la calificación de la culpa. Lo injustificado de la diferencia anotada queda de manifiesto precisamente en materias propias de la responsabilidad médica, pues ante la posible opción de responsabilidades, resulta más beneficioso en la extensión del daño accionar por la vía extracontractual, por la limitación que contemplaría la legislación en sede contractual, sin que exista fundamentación plausible que avale tal distinción. Esta visión integral del Derecho lleva a superar la exclusión del daño moral en la responsabilidad contractual, limitando su procedencia a la justificación del mismo en los casos concretos de que se trata."

"Decimoquinto: Que de lo expuesto precedentemente se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obligan al responsable a indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante y, asimismo, el daño moral, no siendo posible para esta Corte compartir, en consecuencia, los fundamentos del fallo impugnado que desconocen tal conclusión".

La jurisprudencia citada parece ya bien asentada, apreciándose solamente una prevención hoy del ministro señor Juica. Antes existía una disidencia del entonces ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía, quien exponía su opinión en los siguientes términos:

La prevención del ministro señor Milton Juica Arancibia.

"Se previene que el Ministro Sr. Juica no acepta el considerando decimocuarto ni el primer acápite del decimoquinto, porque en su opinión los jueces de la instancia no han conculcado ninguna ley expresa que obligue a la indemnización, en el presente caso, del daño moral por el simple incumplimiento de un contrato de edición, sin que además se haya probado que el hecho del retardo o mora ocasionó un detrimento físico o moral al autor que deba ser reparado por el sistema retributivo".

La disidencia del ex ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía

"1° Que las obligaciones que nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, dan origen a responsabilidades. Una de ellas es la de indemnizar los perjuicios que provengan de no haberse cumplido la obligación contraída, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

De esta indemnización de perjuicios proveniente de la responsabilidad contractual, como comúnmente se le denomina, trata el artículo 1556 de nuestro Código Civil.

Según esta norma legal, dicha indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, excepto en los casos en que la ley limita la indemnización, en forma expresa, al daño emergente. Por ejemplo, el artículo 1933 del Código Civil se refiere al evento que la cosa arrendada adolezca de vicios que impidan hacer de ella el uso para que fue arrendada, en cuyo caso el arrendador deberá indemnizar al arrendatario sólo el daño emergente, a menos que el vicio haya sido conocido del arrendador al tiempo del contrato o que fuere tal que debiera haberlo previsto o por su profesión conocerlo, caso en que se incluirá en la indemnización, además, el lucro cesante.

Otro ejemplo lo contiene el artículo 1930 del Código citado, que establece que si el arrendatario es turbado en el goce de la cosa arrendada a consecuencia de derechos que a su respecto ejercitan terceros, tiene derecho a que se le indemnice de todo perjuicio, esto es, el daño emergente y el lucro cesante; pero si la causa de tales derechos de terceros no fue o no debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante.

De allí que respecto de los perjuicios susceptibles de ser indemnizados cuando provienen de responsabilidad contractual la norma del artículo 1556 citado es clara en su sentido, lo que no permite desatender su tenor literal a pretexto de consultar un espíritu o intención ajenos a lo allí expresado sin oscuridad alguna, como lo ordena el artículo 19 del Código Civil.

Aquella norma legal, mientras esté escrita en la forma como hoy lo está, sólo cabe al juez aplicarla, sin que le sea permitido interpretarla para variar su sentido.

2° Que de lo dicho fluye que el denominado daño moral, esto es, el sufrimiento moral o espiritual y no patrimonial, no es actualmente indemnizable cuando se le hace provenir de una responsabilidad contractual, como ocurre en el caso de autos. Así lo ha reconocido reiteradamente en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales.

Entre otros autores, puede ello verificarse en la obra de don Luis Claro Solar Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, *Tomo II, números 1216 y siguientes, Imprenta Nascimento, 1937, como también en la obra* De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, *de que es autor don Arturo Alessandri Rodríguez, Imprenta Universitaria, 1943, N° 26.*

Igualmente, en la monografía Aspectos de la indemnización de perjuicios

por incumplimiento del contrato, *de don Sergio Gatica Pacheco, editada en 1959, páginas 144 a 147. Existe también jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales en igual sentido:*

a) Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 1935, Revista de Derecho y Jurisprudencia, *tomo 33, sección 1ª, pág. 331;*

b) Corte Suprema, 18 de abril de 1950, Revista de Derecho y Jurisprudencia, *tomo 47, sección 1ª, pág. 127;*

c) Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 1948, Revista de Derecho y Jurisprudencia, *tomo 47, sección 1ª, pág. 127;*

d) *Corte Suprema, 27 de agosto de 1990,* Gaceta Jurídica, *N° 122, pág. 31.*

3° Que aun tratándose de la indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual, donde generalmente y en virtud de lo previsto en el artículo 2329 del Código Civil se ha aceptado la indemnización del daño moral, nuestro legislador la ha establecido de manera expresa, además del daño emergente y del lucro cesante, como excepción a la norma limitativa del artículo 2331 del mismo Código, como puede verificarse en el artículo 40, inciso 2°, de la reciente Ley N° 19.733, publicada en el Diario Oficial de 4 de junio del año en curso.

4° Que, por tanto, este disidente estima que la sentencia recurrida, al confirmar en lo pertinente la de primer grado, ha vulnerado el artículo 1556 del Código Civil al conceder indemnización de perjuicios por daño meramente moral que deriva de responsabilidad contractual, lo que ha influido substancialmente en lo dispositivo de aquel fallo pues, de aplicarse correctamente la norma legal citada, no podría haberse hecho lugar a tal suerte de indemnización".[25]

Cuarta etapa: La constitucionalización del derecho ante la doctrina y la jurisprudencia

Guzmán Brito:[26] "El moderno fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, en la tradición y en su actual estado, consiste en conferir rango constitucional a ciertos derechos de contenido privatístico. Ello implica que

[25] Jurisprudencia Daño Moral, Departamento de Estudios Jurídicos Punto LEX, Corte Suprema, sentencia de 3 de septiembre de 2002, p. 85 y ss. y sentencia de 11 de abril de 2007, pp. 75 y ss., Editorial Punto Lex S.A., 2007.

[26] Alejandro Guzmán Brito, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, pp. 36 y ss., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Serie Ciencias Jurídicas, 2001.

tales derechos preexistían a la Constitución. De esta forma, las razones del fenómeno no radicaron en crearlos, sino en cambiarlos de rango".

"Dos razones encontramos que explican el fenómeno. La primera, limitar al poder público, porque la Constitución (moderna) toda ella también fue históricamente entendida como una limitación. La segunda, otorgar a ciertos derechos privados la misma fuerza jurídica que posee la Constitución, lo que supone la noción de supremacía de ésta".[27]

"Ahora bien, al conferir rango constitucional a ciertos derechos privados, éstos quedan irradiados con la supremacía de la Constitución en que se incorporan, frente a la ley ordinaria y en general a toda norma inferior a aquélla; y así, cuando éstas contengan regulaciones que de cualquier manera violen la consistencia de esos derechos, se ven afectadas por el vicio de inconstitucionalidad con todos los efectos que el ordenamiento atribuya a tal vicio".

"Pero estas dos razones para la operación constitucionalizadora las podemos reducir a una: la garantía de los derechos, vale decir, a la seguridad de poder remover el obstáculo que se oponga a su existencia o a su ejercicio, que implica la disponibilidad de algún tipo de acción judicial de reclamación frente al obstáculo".

En lo concerniente a la dignidad de las personas, Guzmán Brito expresa que algunos derechos de la personalidad encuentran expreso fundamento constitucional, aparte el principio de dignidad mismo proclamado por el artículo 1° inciso 1° CP. Así, los derechos de privacidad de vida, de privacidad de escritos, de privacidad de datos personales y de la honra personal y de la familia se apoyan en el artículo 19 N° 4, que garantiza: "El respecto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de la familia.[28]

Domínguez Águila,[29] al hablar de la "Constitucionalización del Derecho Civil", dice:

[27] Sobre la supremacía en la carta de 1980: Silva Bascuñán, Alejandro, "La jerarquía normativa en la Constitución Política de 1980", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982), pp. 105 y ss.; Ríos Álvarez, "El principio de supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional', en *Revista de Ciencias Sociales* 32-33 (1988), pp. 129 y ss. = XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, Edeval, 1990), pp. 19 y ss.; Silva Bascuñán, Alejandro. "Lo esencial es la supremacía de la Constitución", en *Revista de Derecho Público* 47-48 (1990), pp. 87 y ss.; Reyes Riveros Jorge, "Supremacía constitucional y sistema nacional de control", en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993) 2-3, pp. y ss.; Vivanco Martínez, Ángela – Martínez Estay, José Ignacio, "Acerca de la supremacía de la Constitución", Ibíd.. 18 (1997), pp. 63 y ss., citados por Guzmán Brito.

[28] Op. cit., p. 221.

[29] Ramón Domínguez Águila, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 93, N° 3, pp. 132 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1996.

"**Fundamentos constitucionales de la reparación del daño moral.** Siguiendo aquellos principios, nos parece indudable que un principio constitucional a destacar es el de la reparación del daño moral, al menos en sus especies más comunes. En efecto, tal reparación tiene asidero constitucional en el artículo 19 N° 1, que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 4, que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, artículo 19 N° 9, que asegura el derecho a la protección de la salud, entre otros".

Este autor concluye expresando que si la reparación del daño moral tiene hoy en día fundamento constitucional, la distinción entre daño moral extracontractual y daño moral proveniente de contrato deja de tener interés en cuanto dice relación con la existencia del derecho a reparación. Las normas constitucionales no distinguen entre la fuente de la lesión, sino que dan resguardo al interés mismo de la persona, sea cual sea el origen del mismo o de donde surja su lesión. Por consiguiente, cualquiera sea el alcance que en otro tiempo haya querido darse al artículo 1556 del Código Civil en cuanto a limitar la indemnización contractual al sólo daño económico, hoy en día, en presencia de las reglas constitucionales, esa interpretación no puede admitirse, porque según hemos visto, no cabe una que contraríe la Constitución.

Favoreu[30] plantea que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero derecho.

Este autor explica que en el proceso de constitucionalización del derecho deben tomarse en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico.

La acumulación de las normas constitucionales se produce en todos los países donde funciona un sistema de justicia constitucional. Pero en aquellos dotados de una Constitución reciente, la cantidad de las disposiciones constitucionales ya es importante desde el inicio, y, sobre todo, muchas de estas disposiciones son directamente aplicables a los individuos.

[30] Louis Joseph Favoreu, "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho, Universidad Austral del Chile*, volumen XII, pp. 31-43, agosto 2001. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, "La unidad del derecho", París, Económica, 1996.

La difusión de las normas constitucionales se constata en su impregnación o irrigación del orden jurídico en todos los países donde existe una justicia constitucional.

Favoreu señala que lo expuesto ha sido posible, entre otros motivos, por el hecho de que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho: la normatividad de la Constitución está siendo admitida, aun si parece todavía difícil de considerar por generaciones de juristas formados con otro espíritu. Las nuevas generaciones conciben mucho más fácilmente que, como en Alemania, Italia o España. "La Constitución es derecho"; las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares.

La posición clásica, sostenida todavía en 1979 por Georges Vedel y Pierre Delvolvé y según la cual "en algunos casos los principios constitucionales no pueden aplicarse independientemente de la ley", mientras, que "estos mismos principios podrían aplicarse independientemente de la Constitución", ya no es válida hoy en día. Todas las normas constitucionales son de aplicación directa y no necesitan de la ley para hacerse "operacionales". Las fórmulas consideradas, hace todavía quince años, como demasiado vagas para "ser determinantes sin prolongación legislativa" (por ejemplo: "La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias a su desarrollo"), son hoy en día no solamente directamente aplicadas por el juez ordinario, sino también su violación puede incluso fundamentar una anulación por abuso de poder: así en el fallo Dame Montcho del 11 de julio de 1980, el Consejo de Estado ha admitido el derecho de las familias extranjeras a reconstituirse, conforme a las disposiciones ya citadas y en prefiguración de la decisión del Consejo constitucional del 13 de agosto de 1993.

Finalmente, el mismo tratadista señala: Hoy, el eje esencial es la Constitución, y el regulador, el Consejo Constitucional, y el conjunto del orden jurídico se está reorganizando alrededor de estos dos polos.

Las cosas ya no son como antes. La ley era "el metro" supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba antaño del principio de legalidad: hoy, del principio de constitucionalidad. La supralegalidad sonaba como algo simbólico y el control de su respeto como una meta a alcanzar o como una evolución deseable o ineluctable: así va hoy con la supraconstitucionalidad.

Los juristas, y aquellos quienes, filósofos u otros, hablan del derecho deberían tomar conciencia de esta mutación muy profunda y no pueden seguir fundamentando su razonamiento en la identidad entre derecho y ley y en la negación de la existencia de un derecho de la Constitución, que ya no es un "derecho de preámbulo" o un "derecho político", sino un verdadero derecho.

Cazor[31] expresa que: *"en la actualidad la Constitución, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuales necesariamente deben someter su acción a ella. De la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado. Preeminencia constitucional que en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas. Poniéndose en evidencia, con ello, la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales".*

Vargas Sáez[32] explica, acerca de los métodos de constitucionalización, que: "*El método más evidente de constitucionalización de materias civiles será la eventual consagración expresa de sus disposiciones en las normas constitucionales. Podemos citar a modo de ejemplo el derecho a la vida, consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, garantía que, sin perjuicio de tratarse de un derecho humano fundamental, supuesto básico de existencia y regulación de la sociedad, la vida humana ha sido objeto de estudio y discusión por el derecho privado, en lo que se refiere a la determinación de la calidad de sujeto de derechos y la aptitud para adquirirlos, vida que también ha sido objeto de estudio particularizado de otras ramas del derecho, como del derecho penal, que ha estudiado el tema con objetivos diversos, a saber: punibilizar ciertas conductas antijurídicas.*

Por otra parte, la aplicación e interpretación de las normas contenidas en la Constitución efectuada por los Tribunales también podría revelarse como método de constitucionalización, en la medida que incorporen criterios de carácter civil. En efecto, habida consideración del principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, la Constitución puede recibir aplicabilidad directa de sus disposiciones, pudiendo el Tribunal que resuelve coordinar y desarrollar el contenido de las normas constitucionales con otras de carácter legal y criterios jurisprudenciales, conformando un argumento jurídico que recibiere aplicabilidad en la solución de conflictos de carácter civil.

Respecto de la aplicabilidad directa de la Constitución, los medios procesales han tenido una marca de importancia en la constitucionalización del derecho civil. Estos medios procesales se encuentran vinculados directamente con la Constitución y

[31] Kamel Cazor Aliste, "El fenómeno de la constitucionalización del derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales", pág. 43, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Coordinador Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

[32] Luis Vargas Sáez, "Recepción Jurisprudencial de la Constitucionalización del Derecho Civil en nuestro sistema", en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 286, 2004, abril, pp. 7-24.

son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionaliad, el recurso de protección, el recurso de amparo económico, la acción de responsabilidad por daño ambiental y la acción de responsabilidad por error judicial, los que han servido de continentes directos de un proceso de constitucionalización irreversible.

Asimismo es relevante la tendencia moderna que postula que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico debe verificarse de conformidad a las normas de la Constitución. Finalmente la Constitución Política de la República de Chile de 1980 ha servido, y sirve, como una efectiva plataforma para la constitucionalización del Derecho Civil chileno, ello debido a la actividad jurisprudencial de gran parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, quienes mediante esta nueva forma de interpretar las disposiciones constitucionales han aplicado sus reglas a materias de Derecho Privado, bien sea en forma directa o bien por la vía interpretativa de la Ley Civil, de modo que no puede pretenderse que las disposiciones obtenidas de este proceso interpretativo puedan ser calificadas de Derecho Público.

Esta nueva visión de la interpretación del Derecho Privado tiene insospechadas consecuencias que pueden materializarse a través de los respectivos recursos (acciones) contemplados en la Constitución y en la ley para la defensa de las garantías constitucionales, como es el recurso de amparo económico, cuya utilidad se reflejará cuando puedan unificarse los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo Tribunal.

En todo caso esta aparente privatización de la Constitución, atendiendo a la aplicabilidad directa de la Constitución y la supremacía de las normas constitucionales, es un proceso que va en aumento geométrico, y debe tenerse presente que los efectos que puedan derivarse de la constitucionalización, entendida como fenómeno judicial, sirven para la transformación del sistema jurídico legal sin la necesidad de recurrir a una reformulación del sistema jurídico, siendo una alternativa a los métodos integrativos tradicionalmente reconocidos por la doctrina civil, con una mayor fuerza aplicativa y de convicción proporcionada por la supremacía constitucional que revestirían los principios que se pudieren obtener por la vía de la constitucionalización".

Navarro Beltrán[33] analiza el fenómeno de la constitucionalización del derecho, particularmente a través de la variada jurisprudencia cautelar emanada de la Corte Suprema en materia de protección de derechos fundamentales durante el año 2002, habiendo sido el derecho de propiedad el más invocado. Del mismo modo hace referencia a otras acciones que conoce el máximo tribunal

[33] Enrique Navarro Beltrán, "La constitucionalización del Derecho a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista Derecho Mayor*, año III, número 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 97-122.

y que también aplican directamente la Constitución, como son los casos de la inaplicabilidad, nulidad en materia procesal penal y casación.

En las conclusiones, el profesor Navarro expresa:

"1. *La constitucionalización del derecho se ha manifestado a través de los múltiples recursos de protección acogidos en las más diversas materias.*

2. *En tal sentido, el derecho más invocado ha sido el de propiedad, con sus diversos alcances, sin perjuicio de la prohibición del establecimiento de comisiones especiales y el derecho a emprender actividades económicas lícitas.*

3. *Con la reforma procesal penal el recurso de nulidad también pasa a transformarse en un instrumento fundamental para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los jueces, en particular frente a infracciones al debido proceso.*

4. *También el recurso de inaplicabilidad es una herramienta que favorece la aplicación directa de la Constitución. En tal sentido esclarecedor es la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma contemplada en el Código Tributario que autoriza la delegación de facultades jurisdiccionales.*

5. *Por último, el recurso de casación es una acción relevante a la hora de poner la Constitución en acción, tal como ocurrió tratándose de la publicidad ubicada en predios privados en los que se ha pretendido gravar con derechos no contemplados en la ley*".

Soto Kloss[34] expresa: "*La Constitución de 1980 ha venido a configurar 'otro mundo' conceptual, teórico y práctico, y es a lo que nos hemos dedicado estos últimos 25 años, que la historia comienza en 1976 con las Actas Constitucionales N*[os] *2 y 3, y aun antes, con las "Metas u objetivos para la Nueva Constitución", de noviembre de 1973, y la famosa "Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile", de 11 de marzo de 1974, hace ya 30 años casi, documentos ambos de la mayor relevancia, indispensables para entender la Constitución de 1980 en su exacto contenido y como idea directriz de toda su aplicación. Y digo 'comienza otra historia', porque la Constitución de 1980 adquiere real y prácticamente la supremacía que una Constitución obviamente ha de tener, al menos en un régimen que pretenda que impere el Derecho y no la voluntad del tirano de turno, sea en la cúspide o en niveles medios. Y al ser así, todo el Derecho –y especialmente las disciplinas del Derecho Público (v.gr. administrativo-tributario-penal-procesal, etc)–*

[34] Eduardo Soto Kloss, "La Constitucionalización del Derecho Administrativo", *Revista Derecho Mayor*, año III, número 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 27-46.

resulta vertebrado, configurado, "constituido", por la Constitución, en sus Bases (arts. 1° a 7° y 9°), que se transforman en los principios fundantes, ineludibles e intransables, intangibles e inamovibles, de todas estas disciplinas. Cierto, sí, que la abulia, la inercia y la ley del menor esfuerzo hacen que no pocos sigan el camino como si la Constitución Política de 1980 no existiera, y siguen enseñando y escribiendo y juzgando según los mismos esquemas o planteamientos vigentes bajo la Constitución Política de 1925, los cuales son bien distintos, y lejos están de los principios o bases que establece la de 1980, la cual desde su artículo 1° coloca a la persona humana como sujeto, principio y fin de toda la sociedad, de todo el Estado, de todo el Derecho, y al Estado, por tanto, "al servicio de las personas" no al revés, como ha sido, por desgracia, durante tantas décadas del siglo XX, en el estatismo antihumano que se practicara, con sus trágicas consecuencias de todos conocidas, y que hoy día, algunos trasnochados pretenden revivir, pero ahora bajo el eufemismo de 'regulaciones'.

Pues bien, esa constitucionalización de todo el Derecho, y no sólo del Derecho Administrativo, aparece planteada en la propia Constitución sobre la base de la primacía de la persona humana y la consecuencial servicialidad del Estado y de cada uno de sus órganos.

Esa primacía de las personas concretas –hombres y mujeres de carne y hueso, no entelequias ni abstracciones ideológicas– arranca de la dignidad ontológica intrínseca que ellas poseen en cuanto seres sustanciales dotados de razón, libertad, socialidad y trascendencia, creadas a imagen y semejanza del Creador, y que viven en sociedad, desde que nacen en una familia, célula primaria, básica y fundamental de la sociedad, y luego agrupadas en la múltiple variedad de sociedades o asociaciones que forman la trama misma de la sociedad, dotadas ellas de la necesaria autonomía para crearse, organizarse y alcanzar sus fines propios y específicos conforme a su propia naturaleza.

En esta perspectiva, el Estado –sociedad mayor de la comunidad política, ente que es accidental y que inhiere (como accidente que es) a un ente sustancial, como son las personas humanas, en cuanto éstas son sociables– adquiere toda su plenitud en su misión de servicio a las personas, para contribuir al mayor bienestar espiritual y material de éstas, promoviendo ese conjunto de condiciones que permitan su mayor perfección o bienestar. Es la finalidad misma del Estado, en cuanto promotor del bien común en el orden temporal de la comunidad política.

Y dicha servicialidad la Constitución se ha encargado de expresarla, construirla y asegurarla de modo particularmente claro y preciso. En efecto, esa promoción de dicho bien común ha de hacerla el Estado "con pleno respeto de los derechos de las personas" (tanto de los derechos naturales, fundamentales, esenciales, adquiridos, que todos están incluidos en el término "derechos" que usa la Constitución, sin diferencia ni distinción, art. 1° inc. 4°).

Lo que se asegura nada menos que a través de establecer de manera perentoria que los derechos de las personas, derechos "esenciales", constituyen un "límite" al poder/potestades de los órganos del Estado. Es decir, el poder de éste no es omnímodo ni incontrolado, sino limitado, puesto que encuentra una valla, un tope, un límite infranqueable, como son los derechos de las personas. Y no sólo un límite, en cuanto prohibición de afectarlos, agraviarlos o avasallarlos, sino, además, le ha sido impuesto, por el contrario, un deber imperativo de "promover el ejercicio" de estos derechos, a fin de permitir así la mayor perfección de los miembros de la comunidad nacional, tanto en cuanto proteger y fortalecer la familia, la mayor integración dentro de la comunidad y la mayor igualdad de oportunidades para promover esa integración.

Pero, lo dicho, que parece un hermoso discurso de político en campaña para obtener un cargo de representación popular, no es mera palabrería en la Constitución, puesto que ésta se ha encargado de hacerlo operable a través de mecanismos jurídicos, tanto expeditos como precisos en su formulación.

Así, mecanismo fundamental para asegurar esa servicialidad del Estado en pro del bien de todas y cada una de las personas que conforman la comunidad nacional, es la supremacía de la Constitución, que está expresada de forma prístina al disponerse que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella" (artículo 6° inciso 1°).

Esta supremacía de la Constitución es total, completa y sin excepción alguna, "ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias" (artículo 7° inciso 2°), ya que esas mismas "circunstancias extraordinarias" se encuentran previstas expresamente en la propia Constitución, la cual también en tales circunstancias rige, sin que se suspenda su vigencia, y sin que los órganos del Estado puedan tener otras potestades o poderes que aquellos que expresamente se les hayan conferido en dichas circunstancias excepcionales o extraordinarias (artículos 39 a 41).

Y ese "someter su acción", esto es, esa sujeción a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, a que están vinculados todos los órganos del Estado, cualquiera sea su función, naturaleza o jerarquía, les obliga constitucionalmente de manera directa, por el texto mismo de ella, sin que sea necesario la dictación de norma inferior alguna, ya que esa vinculación directa es operativa de suyo, como lo señala y establece la misma Carta Fundamental al disponer que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos..." (artículo 6° inciso 2°).

Pero no ha querido el constituyente dejar cabo suelto en este someter a Derecho a los órganos del Estado –luego de la trágica y traumática experiencia vivida durante los aciagos mil días del gobierno marxista del Presidente Allende, en su vía

leninista por asumir el poder total. De allí que se encargó de precisar no sólo esa supremacía de la Constitución, sino de determinar la validez jurídica de los actos de los órganos del Estado, imponiéndoles exigencias, delimitando sus competencias y su sujeción a Derecho e, incluso, imponiendo directamente el efecto jurídico de la infracción a sus disposiciones, como es tanto la nulidad constitucional de los actos que ha violado como la responsabilidad constitucional del Estado por el daño producido por sus actos u omisiones ilícitas, esto es, contrarias a la Constitución (artículo 7° incisos 1°, 2° y 3°).

Este planteamiento fundamental ha significado que la Constitución se configura y asume verdaderamente el papel y la función de base del ordenamiento, de sustento de todo el edificio jurídico, de cimiento ineludible de toda rama del Derecho, la cual –cual más, cual menos– encuentra en ella su fundamento, los principios básicos, y la armatura que sostiene sus instituciones específicas, propias de ella, las cuales no pueden adquirir vida y validez jurídica sino en la medida que se adecuen a ella, desde que si la violaren o contravinieren sus disposiciones resultan nulas, de nulidad constitucional (o nulidad de derecho público, como suele decirse usualmente, artículo 7° inciso 3°)".

Corral Talciani[35] sienta las siguientes conclusiones:

1. *La constitucionalización del derecho privado no es un proceso único, sino que una de las varias tendencias en las que se aprecia un cambio metodológico de la ciencia del derecho privado o dogmática jurídica iniciado en la segunda mitad del siglo XX.*

2. *En Chile se trata de un proceso que tiene avance en la jurisprudencia, pero que aún no ha sido captado plenamente por la doctrina y los operadores del derecho.*

3. *La constitucionalización puede operar de tres formas: a) por la vía reformadora; b) por la vía hermenéutica o de la aplicación indirecta y c) por la vía de la aplicación directa.*

4. *Un exagerado entusiasmo de constitucionalización puede conducir a sobrevalorar la Constitución y a incurrir en un régimen de "autarquía" más que de supremacía constitucional.*

5. *Uno de los peligros de esta especie de autarquía constitucional se presentaría si se reconociera la constitucionalización por vía de aplicación directa contra disposición expresa de ley que no ha sido declarada inconstitucional. También*

[35] Hernán Corral Talciani, "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado", *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 47-64.

debe evitarse la tentación a fabricar vacíos legales artificiales negando la función subsidiaria de las leyes civiles para atribuir la regulación de completos regímenes jurídicos a la norma constitucional.

6. La constitucionalización también puede ser mirada como una elevación a rango constitucional de normas y principios propios del derecho civil o privado, de modo que es posible hablar también de una constitucionalización o privatización del derecho constitucional.

7. La constitucionalización, rectamente entendida y practicada, no debiera desconocer ni desvirtuar el rol de derecho nuclear y común del derecho civil, respecto del derecho privado y en general de todo el orden jurídico.

Fernández González[36] expresa: *"Una de las más trascendentales consecuencias de la fuerza normativa de la Constitución, contenida en su artículo 6° inciso 2°, es, precisamente, la constitucionalización del derecho, vale decir, el deber impuesto a los órgano estatales y a todas las personas en orden a interpretar y aplicar los preceptos y cláusulas jurídicas conforme a los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental, o sea, visualizando el Sistema Jurídico Interno desde y hacia la Carta Fundamental.*

En efecto, si en virtud del principio de supremacía constitucional, contenido en el inciso 1° de aquel artículo, tanto los órganos públicos como cualquier persona, institución o grupo deben actuar con sujeción, formal y sustantiva, a la Constitución; la fuerza normativa exige respetarla en el desenvolvimiento concreto de aquellas actuaciones, de manera que las conductas estatales y particulares no sólo respeten la Carta Fundamental en la secuencia dispuesta para su generación y cuando se los confronta, sustantivamente y en abstracto, con la preceptiva fundamental, sino que también cuando esas actuaciones se lleven a la práctica, aunque no se hayan planteado dudas de constitucionalidad, en sede preventiva o a posteriori, o no obstante que ellas hayan sido desechadas.

Ello, porque el acto, proveniente del Estado o de particulares, considerado tanto en su proceso formativo como desde el ángulo material, si bien puede reputarse ajustado a la Carta Fundamental, aun cuando haya sido sometido a control de constitucionalidad, al ejecutarlo también tiene que ser respetuoso de los principios y normas contenidos en la Constitución:

"El fenómeno de la constitucionalización del derecho en general ya no es nuevo en otros países y en especial en Europa. El razonamiento jurídico a partir de

[35] Miguel Ángel Fernández González, "El Tribunal Constitucional y su aporte a la Constitucionalización del Derecho", *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 65-97.

la Constitución es, en nuestros tiempos, tarea común en aquellos derechos que conocen el fenómeno desde hace ya tiempo y, por lo mismo, han podido elaborar una doctrina al respecto. Cuestiones como la interpretación "desde" o "según" la norma fundamental del Estado, la existencia de principios constitucionales, que se imponen al juez y al doctrinador y que vean más allá de la mera inteligencia literal de las garantías constitucionales, la obligación del juez de aplicar directamente la Constitución, sin esperar la dictación de leyes especiales que pongan en acción los principios de la Constitución, no son ya novedad, incluso en países tan reacios a conceder al juez común facultades para inmiscuirse en principios constitucionales como Francia.

Este fenómeno parte por atribuir a la Constitución un rol muy diverso del que tradicionalmente se le había reconocido, como ley suprema que distribuye la competencia y poderes de los órganos del Estado. Mucho más que eso, en ella se reconocen y consagran instituciones y principios que se consideran esenciales para la persona... Todo ello no puede sino afectar profundamente al Derecho Civil y a las consecuencias de la clásica distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, ya que incluso principios que son propios del primero, como el de autonomía privada, adquieren rango constitucional".

Para este autor, la constitucionalización del derecho obliga a reconocer la fuerza normativa de la Carta Fundamental, sin que resulte admisible sostener que existen preceptos constitucionales dotados de aquel vigor y otros que requieren de mediación jurídica posterior para adquirirlo:

"...toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo...

Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales Ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de los preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas...".

Cuevas Farren[37] manifiesta: *"Las Cortes han sostenido que por derivar esta garantía de la dignidad con que están investidos todos los individuos por mandato del artículo 1° de la Carta, es éste un derecho de superior jerarquía que debe*

[35] Gustavo Cuevas Farren, "Constitucionalización del Derecho: una aproximación al proceso y sus causas", *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 13-26.

prevalecer incluso sobre la libertad de opinión cuando entre ambos se produce una "colisión", es decir, cuando la resolución de un asunto litigioso en el que cada parte se apoya en uno de estos dos derechos, exige obligatoriamente preferir a uno negando aplicación al otro. Existen cuatro sentencias que se pueden considerar "paradigmáticas": Las dos primeras prohibieron la circulación en Chile del libro Impunidad Diplomática, *y son ellas la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, que prohibió la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", confirmada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1997".*

Cea Egaña[38] expresa: *"Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile, que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.*

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del Gobierno con sujeción a la Constitución, cuya Parte Dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al Instrumento de Gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa o ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella los gobernantes igual que los gobernados.

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su Parte Dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger lo plantea en la aseveración siguiente: por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de frenos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los Tribunales

[35] José Luis Cea Egaña, "Algo más sobre la Constitucionalización del Derecho", en *El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 30, año 2006, pp. 129-143.

Constitucionales. Esta es una Magistratura diferente de la judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político; y resueltamente configurada por el Poder Constituyente para proteger los derechos fundamentales, v.gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías".

Derecho irradiante y derecho irradiado

En el Estado Constitucional de Derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Este es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la constitucionalización del Derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias. Debe, sin embargo, cuidarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado, donde escribe que:

"Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos (...). Influyen en la interpretación del Derecho Privado, sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho Privado siguen aplicándose (...). El juez debe examinar el Derecho Privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias (...). No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales".

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el Derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al sentenciar lo que leo enseguida:

"Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho".

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la constitucionalización del Derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo qué proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo".

Jurisprudencia

La Corte de San Miguel en sentencia de 24 de agosto de 1995, estableció la siguiente doctrina:

"Es un principio de derecho incorporado a nuestro ordenamiento jurídico positivo y cuya expresión más patente la constituyen los artículos 1437, 2314 y 2329 del Código Civil, que toda persona que ha cometido un hecho ilícito, con dolo o culpa, que ha provocado un daño a otro; se encuentra obligada a indemnizarlo.

Establecida la existencia de un hecho culposo que produjo daño en las cosas y en las personas, surge la obligación indemnizatoria correspondiente y la responsabilidad penal consecuente.

La indemnización del daño moral impera como un principio normativo indiscutible frente a la extensión conceptual de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que obliga a "reparar" todo daño sin distinción de especie. Dicho principio no se agota en la legislación ordinaria, sino que halla acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República cuyo artículo 19 asegura el derecho a la integridad física y psíquica, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de los órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico que arranca su origen y validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario cuando resultan afectados por actos que los lesionan o menoscaban. Explícito es el acápite 7, letra i) del referido artículo 19, al asegurar a la persona que hubiere sido condenada o procesada mediante una decisión judicial que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, el derecho a una indemnización por parte del Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

Las dificultades en la evaluación pecuniaria del daño moral no pueden erigirse en argumento para sostener la improcedencia de su indemnización. Su regulación queda entregada al juez, quien fundado en criterios de prudencia y equidad puede establecerla teniendo en consideración los antecedentes que arroje el proceso sobre factores tales como la naturaleza, especie e intensidad de la lesión, las condiciones personales de la víctima, su entorno familiar y social, su actividad laboral, buen nombre o reputación y aun las circunstancias en que acaeció el evento nocivo.

La reparación del daño debe ser completa, por lo que procede que el valor nominal de la moneda en que se expresa sea reajustado para paliar los efectos de la depreciación de este signo, desde la fecha de la demanda en el caso del daño material y desde la fecha de la sentencia respecto del daño moral, hasta el día

de su pago; y cuyo reajuste debe considerarse en función de la estimación del Instituto Nacional de Estadísticas. Los intereses habrán de ser los corrientes para operaciones reajustables".[39]

El artículo 2331 del Código Civil frente a la Constitución de 1980.

Diez Schwerter[40] expresa que *"el artículo 2331 del Código Civil es una norma eminentemente injusta que resiente los cimientos de la responsabilidad civil extracontractual, al imponer a una persona la obligación de soportar gratuitamente ciertas consecuencias nocivas de un hecho ilícito que la afectó, por cuanto en muchos casos la única posibilidad de resarcimiento que tiene la víctima de un atentado al honor o crédito es la indemnización pecuniaria del daño moral sufrido, lo que precisamente le impide el legislador".*

Recuerda este autor que *"hoy la reparación del daño moral por atentado a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia tiene un asidero constitucional (art. 19 N° 4 de la Constitución Política), lo que lleva a concluir que:*

a) Se podría sostener la inconstitucionalidad o derogación tácita del art. 2331 del Código Civil (según sea la posición que se adopte frente a la problemática que genera la existencia de disposiciones legales que pugnan con preceptos constitucionales), pues en muchos casos dejará sin ningún tipo de reparación a los atentados a la garantía constitucional del derecho al honor.

Ello ocurrirá cuando la indemnización pecuniaria, que impide el art. 2331, sea la única vía resarcitoria a que puede aspirar la víctima (por no existir equivalentes no pecuniarios posibles de aplicar al caso concreto).

b) Es posible recurrir de protección en caso de amenaza o consumación de un perjuicio moral de esta especie a fin de obtener una reparación no pecuniaria de dicho daño".

Jurisprudencia

– Por sentencia de 16 de abril de 1991[41] la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que:

"Si bien es cierto el artículo 2331 del Código Civil dispone que las imputaciones

[39] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 92, secc. 4ª, p. 161, Editorial Jurídica de Chile, año 1995.
[40] José Luis Diez Schwerter, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, pp. 125 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1997.
[41] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 88, sec. 4ª, pp. 29 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1991.

injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a demandar indemnización pecuniaria a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero, tal precepto debe interpretarse restrictivamente por ser una excepción al principio general del artículo 2329 del mismo Código.

Establecido que la ofendida fue víctima de imputaciones que exceden la propia injuria –se la llamó ladrona y además sufrió malos tratamientos de obra–, atentaría a los principios generales del derecho y a equidad natural que un hecho vejatorio constitutivo no sólo de delito civil sino además penal quedara sin indemnización por el daño moral sufrido por la víctima.

Procede, en consecuencia, acoger la demanda civil deducida contra los encausados y el tercero civilmente responsable y determinar la cantidad reajustable a pagar por éstos, por el concepto aludido".

La Corte Suprema en sentencia de 2 de abril de 1996[42] señala en su considerando noveno que *"...como ya lo ha resuelto este Tribunal, en más de una ocasión, el artículo 2331 del Código Civil se refiere a la indemnización pecuniaria por daño emergente o lucro cesante, a la que hace alusión expresa, pero no a la indemnización del daño moral, cuya fuente para impetrarla emana del artículo 2314 del Código Civil, que obliga al que ha cometido un delito o un cuasidelito a una indemnización, sin limitar los alcances de la misma, lo que, por lo demás, está acorde con el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, que faculta demandar en el proceso penal la indemnización de los perjuicios causados por el delito, sin tampoco limitar sus alcances".*

Nuestra opinión de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil

- Concordamos con la sentencia del Tribunal Constitucional al declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil. A partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1980, se considera que el resarcimiento del daño moral es un resguardo por equivalencia a la intangibilidad de la dignidad de la persona humana (art. 1°). Es, asimismo, una limitación de la soberanía en razón del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5°, inc. 2°), y del amparo que la Constitución asegura al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1); así como del respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4). Tales precep-

[42] *Fallos del Mes* N° 449, Sent. 11, pp. 785 y ss., abril 1996.

tos son obligatorios por mandato del artículo 6° de la Carta Política y su interpretación no puede afectar la esencia de los derechos protegidos. (art. 19 N° 26 de la C.P.R.)

- La evolución que han experimentado la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la indemnización del daño moral tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, unida a la constitucionalización del derecho, hacen que el fallo de que se trata esté inserto en la realidad jurídica imperante que recoge el moderno pensamiento sobre la materia.

- Discrepamos de la crítica del profesor Aldunate[43] al efecto de irradiación de los derechos fundamentales, basados en el distinto alcance que –según este autor– tiene el *Drittwirkung* en el derecho germánico y el efecto de irradiación que de tales garantías se pretende en nuestro ordenamiento interno, limitando así –según dice– el ámbito de la reserva legal. Desde luego, el establecimiento del recurso de protección en nuestra Carta Política y la jurisprudencia sobre esta acción cautelar de naturaleza constitucional, han significado la aplicación directa de la Constitución para el amparo de las personas frente a los abusos provenientes de la autoridad o de los particulares, y los tribunales así lo han declarado. En esa misma línea se insertan las reformas legislativas en el ámbito penal (amparo y nulidad), en lo laboral (tutela) y en lo tributario (amparo). Asimismo, el efecto irradiante de la Constitución se aprecia en el Derecho Administrativo, entre otras materias, en la nulidad de derecho público. En consecuencia, el fallo que comentamos cumple cabalmente con lo que ha sido la inteligencia que se ha dado a la Carta Política en nuestro país en los últimos treinta años y no merece, por lo mismo, reproche a estos respectos.

[43] Eduardo Aldunate Lizana, *El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales, en la Constitucionalización del Derecho Chileno*, pp. 13 y ss., Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2003.

Desprotección constitucional frente a los derechos municipales[1]

Fallo del Tribunal Constitucional Rol 1034-08

COMENTARIO:

José Manuel Díaz de Valdés J.
Director de Investigación de la Facultad de Derecho
Profesor de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Profesor de Derecho Constitucional
Magíster en Derecho Público
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Máster en Derecho
UNIVERSIDAD DE HARVARD, UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE

I. Introducción

Los tributos y su regulación han sido una de las materias tradicionalmente fundamentales para el derecho constitucional. Ya en la Antigüedad, y posteriormente desde la Carta Magna, los pueblos han comprendido que una de las formas más importantes de limitar el poder del Estado es a través de la regulación de sus ingresos y gastos. Del mismo modo, la participación de los ciudadanos en la definición de tales ingresos a través de sus representantes ha constituido una exigencia mínima para evitar la opresión de los gobiernos. Baste recordar a este respecto la importancia que la máxima *no tax without representation*[2] tuvo para la Independencia de los Estados Unidos.

Las ideas anteriores se han traducido en lo que conocemos como principio de reserva legal en materia tributaria. En virtud de aquel, sólo el legislador puede establecer las exacciones que el Estado coactivamente impone a sus ciudadanos. El progresivo fortalecimiento de este principio, por tanto, se vincula directamente al constitucionalismo (en cuanto sujeción del poder al derecho), a la democracia representativa y al respeto de las libertades fundamentales.

[1] Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, la señorita Paulina Lobos Herrera, cuya trabajo ha sido determinante para la preparación de este comentario.

[2] Una traducción aproximada sería la siguiente: *sólo se acatarán los tributos establecidos por un órgano en que los destinatarios de los tributos estén representados.* En el caso de los colonos norteamericanos, aquellos debían sufrir los impuestos establecidos por el Parlamento inglés, en circunstancias que aquellos no podían enviar sus representantes a éste.

Posteriormente, y en consonancia con el auge de los derechos fundamentales, el principio de reserva legal en materia tributaria fue complementado por otras protecciones afines, tales como las exigencias de tributos justos, proporcionados, no discriminatorios, no confiscatorios y no afectados a un fin particular. Nuestra Constitución Política (CP) recoge el resultado de este proceso en su artículo 19 N° 20, consagrando los principios mencionados como verdaderos derechos de las personas frente al Estado en materia tributaria.

En este contexto, el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado recientemente un fallo que revisa la aplicación del precepto constitucional mencionado a los derechos municipales. Abandonando su jurisprudencia anterior, así como la postura doctrinaria y jurisprudencial dominante, el TC opta por excluir a los derechos municipales del sistema de protección consagrado en el artículo 19 N° 20 de la CP. De esta forma, nuestra Justicia Constitucional incurre en un verdadero retroceso, socavando la vigencia de los venerables principios constitucionales antes mencionados.

El presente comentario tiene por objeto analizar brevemente la sentencia constitucional en cuestión, destacando críticamente algunos de sus aciertos, desaciertos y consecuencias relevantes.

II. Síntesis del fallo

Con fecha siete de octubre de 2008, el TC dictó el fallo Rol 1034 -08 (el "Fallo"), por el cual se rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. ("Esval") en contra del artículo 42 del Decreto Ley N° 3.063 sobre Rentas Municipales (la "Ley de Rentas Municipales").

El recurso de inaplicabilidad antes señalado (el "Recurso") fue presentado en el contexto de un juicio sumario que se encontraba en apelación ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el cual la Ilustre Municipalidad de Limache (la "Municipalidad") demandaba a Esval el pago de derechos municipales devengados por la rotura de pavimentos y el acopio de escombros en la vía pública durante aproximadamente dos años. Estas situaciones se produjeron a consecuencia de la realización de obras sanitarias de emergencia y de la ejecución de programas de instalación de infraestructura sanitaria.

En lo medular de su presentación, Esval señaló que los derechos municipales que se le cobraban estaban contemplados en una ordenanza municipal, la cual regulaba la materia en virtud de una delegación inconstitucional de potestad legislativa contenida en el artículo 42 de la Ley de Rentas Municipales (el "Artículo 42"). El precepto mencionado dispone lo siguiente:

"Los derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados específicamente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades, se determinarán mediante ordenanzas locales".

Esval asumió como piedra angular de su razonamiento que los derechos municipales en cuestión cabían dentro del concepto constitucional de tributo. En consecuencia, tales derechos quedaban sujetos a la reserva legal establecida por la CP en materia tributaria (artículos 19 N° 20 y 63 N°s 2 y 14 de la CP). Si bien el fundamento último de los derechos cuestionados era el artículo 42, aquel no establecía los criterios de mínimos para la definición de los derechos municipales que autorizaba, dejando el hecho gravado, la tasa o proporción, sus exenciones, etc., a la completa libertad de la ordenanza municipal respectiva. De esta forma, era esta ordenanza la que en realidad establecía el tributo, no el artículo 42, vulnerándose de esta forma el principio de reserva legal.

Adicionalmente, Esval alegó que el establecimiento de tributos mediante una ordenanza municipal vulneraba las normas constitucionales que establecían la iniciativa exclusiva presidencial en materia tributaria (artículo 65 de la CP), así como la exigencia constitucional de que la Cámara de Diputados fuese la cámara de origen de las iniciativas de ley tributarias (artículo 65 de la CP).

Esval también invocó el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1989 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Servicios Sanitarios ("Ley de Servicios Sanitarios"). Esta norma establece que los titulares de concesiones reguladas por dicha ley (cual sería el caso de Esval), tienen derecho a usar gratuitamente bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria (artículo 9° bis de la Ley de Servicios Sanitarios). En consecuencia, la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales por los que se demandó a Esval era contraria a la legislación vigente.

Finalmente, Esval alegó que la ordenanza local que estableció los derechos municipales controvertidos no se adecuaba a la proporcionalidad exigida por el inciso final del artículo 19 N° 20 de la CP, produciendo en el caso un cobro desmesurado.

La Municipalidad contestó señalando que los derechos municipales no son tributos. Ello por cuanto los primeros son voluntarios y sólo deben pagarse por quienes solicitan una determinada contraprestación de la Autoridad. Los tributos, en cambio, son obligatorios para quienes incurren en el hecho gravado y no suponen una contraprestación del Estado.

Hecha la distinción anterior, la Municipalidad afirmó que los derechos municipales en cuestión eran sólo una expresión de la competencia legal de las muni-

cipalidades de administrar y reglamentar el uso y goce de los bienes nacionales de uso público (su ocupación exclusiva por un particular debía generar un pago a su administrador). Invocó también la autonomía municipal para administrar sus finanzas (artículo 122 de la CP y artículo 14 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante "LOC de Municipalidades) y las facultades municipales "para establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen en relación a la vías públicas", las que se deducirían de la LOC de Municipalidades.

Finalmente, la Municipalidad advirtió que las obras realizadas por Esval, así como las consecuencias derivadas de ellas, no podían considerarse dentro de la excepción de cobro establecida por la Ley de Servicios Sanitarios.

El TC decidió rechazar el Recurso, acogiendo la tesis de que los derechos municipales, si bien son ingresos públicos, no son tributos. Las principales diferencias serían las siguientes:

i) los derechos municipales no exigen contraprestación directa, los tributos sí;

II) los derechos municipales sólo se aplican a quienes demanden un servicio o beneficio específico de la Administración, los tributos son de exigencia general, y

iii) los derechos municipales pueden estar afectos, y normalmente lo están, en beneficio de quien presta el servicio (su razón de ser es "contribuir a solventar, siquiera parcialmente" los costos en que incurre la Administración Pública por el servicio en cuestión), en cambio los tributos no están sujetos a un fin determinado.

Adicionalmente, el TC afirmó que la diferencia entre tributos y derechos municipales habría sido recogida por la CP. Ella reconocería los tributos de afectación municipal en el artículo 19 N° 20, mientras que los derechos municipales estarían implícitamente reconocidos en el artículo 122, al contemplar ingresos municipales conferidos directamente por ley. A mayor abundamiento, la diferencia en cuestión estaría también consagrada en la LOC de Municipalidades y la Ley de Rentas Municipales, quienes mencionan y regulan separadamente, en diversas ocasiones, los derechos municipales y los tributos municipales.

Afirmado lo anterior, el TC señaló que los derechos municipales igualmente están sujetos a reserva legal por exigencia del artículo 122 de la CP, el cual requiere que los ingresos municipales estén establecidos por ley. Esta reserva legal no es la misma que la tributaria, ya que la rigidez de esta última afectaría

la autonomía municipal y haría la norma inoperante en la práctica. En consecuencia, el Artículo 42 sí constituiría, en este contexto más flexible del artículo 122, sustento legal suficiente para la ordenanza municipal que establece los derechos municipales controvertidos.

Agrega que no obstante que los derechos municipales no son tributos, igualmente están sujetos a criterios generales de proporcionalidad y ecuanimidad. Para ello debe recordarse que la justificación final de tales derechos es "recuperar parte o todo el costo que a la autoridad le irrogue la prestación del servicio correspondiente". La aplicación de estos criterios, sin embargo, debe realizarse por la justicia ordinaria y no por el TC.

Finalmente, el TC no se pronuncia sobre el supuesto conflicto entre el Artículo 42 y las disposiciones de la Ley de Servicios Sanitarios. Ello por cuanto se trata de una cuestión de legalidad ajena a la competencia del TC.

III. Comentarios

1. Algunas observaciones formales y procedimentales

La sentencia en estudio se trata de un texto de fácil lectura, ordenado y más bien breve según los estándares actuales de los fallos del TC. Llama sí poderosamente la atención la aguda división que la materia en discusión produce al interior del TC. Ello no sólo se refleja en que se trata de una decisión adoptada por 5 votos contra 4, sino en la diametral oposición de ambas facciones sobre el punto central del fallo, vale decir, si los derechos municipales son o no tributos. Más aún, la metodología y los estilos varían enormemente. Mientras el voto de mayoría es relativamente simple, sin mayores referencias ni aclaraciones, el voto de minoría es extremadamente contundente y sintético. En él abundan las referencias y la argumentación aparece estrictamente concatenada. En definitiva, la opinión minoritaria parece haberse esmerado más en su exposición argumentativa, cuestión que de alguna forma resta autoridad a la decisión de la mayoría.

En el ámbito meramente procedimental, cabe destacar que el TC se atribuyó la facultad de determinar qué parte del Artículo 42 era objeto del Recurso. En efecto, ante el silencio del recurrente, el TC decide que sólo el inciso primero del Artículo 42 estaba cuestionado. Los criterios utilizados por el TC para esta decisión fueron dos:

i) que sólo aquel inciso podía ser de aplicación decisiva en la resolución de la cuestión pendiente, y

ii) que dicho inciso era susceptible de los reproches de constitucionalidad que formulaban en el Recurso.

Si bien nos parece una decisión razonable, cabe hacer presente que levanta una bandera de alerta respecto del extensivo uso que el TC puede otorgar al requisito de admisibilidad involucrado, consistente en que se trate de un precepto legal que pueda resultar decisivo en la resolución del asunto. En efecto, dicho presupuesto de admisibilidad abre grandes espacios a la discrecionalidad del TC, fenómeno que puede producir dificultades importantes, especialmente dada la ausencia de recursos en contra de la decisión de admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Adicionalmente, consideramos relevante destacar que el TC no dejó de conocer el fondo del caso a pesar de existir un argumento que le hubiera permitido declararse incompetente. Es así como, más allá de las formas involucradas, la norma que en definitiva causa directamente el perjuicio a Esval no es el Artículo 42, sino la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales que se le estaban aplicando. Si bien el Artículo 42 es la norma fundante de la ordenanza respectiva, el TC pudo haber señalado que el conflicto en cuestión versaba sobre la impugnación de una disposición de carácter infralegal, y que por tanto quedaba fuera de la competencia del TC. Dada su actual carga de trabajo, y la existencia de ciertos antecedentes en este sentido, resulta meritorio que el TC no haya optado por esta salida fácil pero extraordinariamente pobre desde la perspectiva jurídica.

Finalmente, cabe recordar que el TC ha señalado repetida y consistentemente[3] que el recurso de inaplicabilidad supone un examen concreto de constitucionalidad, lo que se traduce en la relevancia que se atribuye a las circunstancias específicas del caso en cuestión. Dicho examen ha sido difícil de observar a través de los fallos del TC. Al parecer, la misma estructura y el formato de las sentencias no es capaz de trasuntar a cabalidad esta dimensión del proceso analítico del TC. El Fallo no es la excepción en esta materia, y cuesta descubrir en él pistas o luces relevantes acerca de la importancia y consideración que el TC atribuye a los hechos del caso. No obstante lo anterior, queda la impresión de que no fue irrelevante para el TC que Esval hubiese mantenido la ocupación de los bienes nacionales de uso público involucrados por tanto tiempo (dos años), ni que no hubiese notificado o pedido autorización a la Municipalidad durante todo ese período. Tampoco parece haber sido inocuo el alto monto de los derechos exigidos a Esval. Tales circunstancias podrían haber impactado en un criterio o sentido de equidad básico de los miembros del TC.

[3] Véase en esta materia el estudio de NUÑEZ (2008) pp. 126 y ss.

2. Tributos y derechos municipales

El Fallo se aparta de la postura, sino unánime,[4] al menos dominante entre la doctrina y la jurisprudencia, respecto del contenido amplio que debe otorgarse a la voz tributo que utiliza la CP. Ello es particularmente aplicable al artículo 19 N° 20, el cual establece una serie de derechos fundamentales en materia tributaria. Bajo esa tesis mayoritaria, los derechos municipales ciertamente se entienden incluidos en el concepto de tributo, y sujetos por tanto a la disposición constitucional mencionada.

Sólo a modo ejemplar, podemos señalar que la Corte Suprema ha afirmado: "Que es oportuno recordar que el vocablo "tributo" fue incorporado en nuestra actual Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de modo que ha de entenderse que comprende, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes", incluyendo "servicios, concesiones o permisos a que se refiere el artículo 43 en cuestión [de la Ley de Rentas Municipales] (...), y así se dejó constancia también en la discusión respectiva en el seno de la Comisión Constituyente, sesión 398, en el sentido de que el vocablo tributo significaba 'obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimento de los fines de bien común propios del Estado', recalcándose que comprendía precisamente los impuestos, las contribuciones, las tasas y los derechos".[5] Otros fallos de la misma Corte reafirman esta visión.[6]

Por su parte, la doctrina ha afirmado que la voz tributos "engloba toda exacción patrimonial impuesta por la ley a las personas en beneficio de la Nación, representada por el Estado"[7] y que "resulta comprensiva de todas las prestaciones que los particulares se encuentran obligados a efectuar a favor del Estado, en virtud de la potestad impositiva que la Carta Fundamental y la ley le confieren, con la finalidad de cubrir el gasto público".[8]

Cabe también destacar que el punto se discutió expresamente en el seno de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de Nueva Constitución ("Comisión Ortúzar"). En ella se señaló lo siguiente: "tributo es un término genérico que comprende cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir,

---

[4] Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ RICHARDS (2003).

[5] *Rol 16293-1992* (1992), considerando 15.

[6] *Rol 3260-2003* (2004), considerandos 4° y 5°; *Sociedad Hotelera Saden Ltda. con Municipalidad de la Florida* (2002), considerando 4°, e *Ilustre Municipalidad de Arica con Patricia del Carmen Ramírez Barbieri* (2004), considerando 6°. Véase también el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago *Chilectra S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia* (1996), considerando 7°.

[7] EVANS (1999) p. 283.

[8] FERNANDEZ (2000) p. 357. En la misma línea se pronuncian ASTÉ (2002) p. 80; CEA (2004) Tomo II, pp. 469 y 470, y NAVARRO (2005) p.15.

cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado".[9] Sin embargo, el único Ministro del TC en funciones que perteneció a la Comisión Ortúzar votó junto a la mayoría en el Fallo. Cabe cuestionarse, por tanto, si estamos entendiendo adecuadamente las actas de la Comisión Ortúzar en esta materia, o si más bien se trata de un legítimo cambio de opinión. En ambos casos surgen dudas acerca de la fortaleza del argumento histórico en análisis.

En la misma línea, la Contraloría General de la República ha señalado en repetidas ocasiones que el concepto constitucional de tributo es amplio, comprendiendo "cualquier obligación pecuniaria impuesta por la ley a las personas para los fines propios del Estado".[10] En forma aun más precisa para nuestro tópico, el órgano en cuestión ha señalado que la voz tributo es "comprensiva de los derechos, impuestos y contribuciones municipales en general".[11] Y para eliminar toda duda que pudiese subsistir, la Contraloría General de la República ha resuelto específicamente que "los derechos municipales del DL 3063/79 [Ley de Rentas Municipales] (...) tienen la naturaleza de tributos".[12-13]

Por su parte, el Modelo de Código Tributario para Latinoamérica adhiere a esta visión amplia del concepto tributo, señalando en su artículo 9° que:

> "*Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado exige, en razón de una determinada manifestación de capacidad económica, mediante el ejercicio de su poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para financiar el gasto público o para el cumplimiento de otros fines de interés general*".

A mayor abundamiento, y tal como destaca el voto de minoría, el propio TC se había sumado a la opinión mayoritaria en esta materia.[14]

En definitiva, resulta evidente que la posición dominante en el derecho chileno es que el concepto tributo es amplio, y que comprende cualquier exacción patrimonial impuesta por el Estado, tanto por parte de la Administración centralizada como de la descentralizada.[15] Evidentemente, tal concepto engloba los impuestos, las contribuciones, las tasas, y ciertamente los derechos mu-

---

[9] COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión N° 389, celebrada el 11 de julio de 1978, p. 3115.

[10] Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5230 de 2000.

[11] Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13188 de 1995.

[12] Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7858 de 1991.

[13] Existen diversos dictámenes de la Contraloría General de la República que confirman las tesis antes expuestas. En muchos de ellos el órgano contralor se refiere expresamente a los derechos municipales como tributos. A modo ejemplar, revísense los Dictámenes N°s 29598 de 2002; 19083 de 2001; 20126 de 2000; 15089 de 2000; 49487 de 1999; 31851 de 1999; 19884 de 1999; 14379 de 1999; 17533 de 1984, y 22623 de 1981.

[14] *Rol 247-1996* (1996), considerando 10 y *Rol 718-2007* (2007), considerando 36.

[15] Véase en esta materia NAVARRO (2005) pp. 1 y ss.

nicipales, sea que éstos se consideren una tasa propiamente tal o no, ya que todos ellos responden a la idea de prestación obligatoria exigida en virtud del imperio estatal.

La mayoría del TC decide en el Fallo, sin embargo, abandonar la tesis mayoritaria antes señalada. Para ello, identifica los tres factores diferenciadores entre tributos y derechos municipales previamente transcritos: existencia o no de una contraprestación directa; exigibilidad general o voluntariedad (requiere demandar un servicio); y existencia o no de una afectación específica a un fin determinado.

Mas allá de la calidad técnica del test elaborado por el Tribunal Constitucional, sostenemos que aquel se aplica erróneamente al caso en cuestión por dos razones fundamentales. En primer lugar, asume que en el caso de los derechos municipales, el particular solicita un beneficio a la Administración por el cual paga un precio. Tal sería la situación de las concesiones o permisos. En el caso en estudio, sin embargo, estamos frente a circunstancias diferentes: el particular simplemente hizo uso de bienes nacionales de uso público sin autorización municipal alguna. Por tanto, y tal y como señala el voto de minoría basándose en el artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales,[16] no existe un acto administrativo municipal que contenga una concesión, permiso o servicio que autorice a cobrar derechos municipales. En razón de lo anterior, nos parece que lo que la Municipalidad hace al cobrarle las sumas demandadas es imponer una verdadera multa, entendida como una sanción pecuniaria por el incumplimiento de un deber jurídico.[17] En otras palabras, aquí se intenta disfrazar la potestad sancionatoria del Estado bajo una apariencia de potestad tributaria.

La mayoría del TC intenta salvar el inconveniente antes enunciado creando una definición ad hoc de derechos municipales, entendiendo por los mismos:

> "*prestaciones pecuniarias exigidas del administrado para contribuir a solventar, siquiera parcialmente, el costo que para la Administración Pública representa la prestación de un servicio que le proporciona al erogante* ***o, bien, los gastos en que incurrirá para franquear el uso público de un bien de esa naturaleza cuando el mismo se vea obstaculizado o entorpecido por el disfrute particular de ese bien entregado a un particular por vía de concesión o permiso***" (Considerando 8°, el destacado es nuestro).

[16] El artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales dispone lo siguiente: "Llámanse derechos municipales las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso".

[17] Cf. ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (1990) pp. 21, 28 y 29. Véase también WILLIAMS (1999) p. 123, y HUBNER (1984) pp. 391 y 392.

Como se puede observar, la definición del TC es altamente sospechosa, toda vez que agrega una segunda parte (destacado) que no tiene asidero en el test que él mismo diseñó para identificar a los derechos municipales, y que se asemeja con excesiva precisión a los hechos del caso en cuestión. No obstante lo anterior, creemos que esta definición tampoco es suficiente para calificar los cobros del caso en estudio como derechos municipales, toda vez que aquella exige que el bien haya sido entregado por medio de una concesión o permiso, vale decir, a través de un acto administrativo que, como ya vimos, no existe. Por el contrario, estamos frente a una simple situación de hecho antijurídica, la cual es sancionada por la Municipalidad mediante la imposición de una multa.

En segundo lugar, nos parece que el TC atribuye consecuencias excesivas a la aplicación de este test. En efecto, aun aceptando que se pueda diferenciar tributos de derechos municipales, eso no es suficiente para afirmar sin más que toda la protección constitucional en materia tributaria no se aplica a estos. Recordemos que el Fallo exime a los derechos municipales de la esfera de protección establecida en artículo 19 N° 20, si bien reconoce que aquellos quedan sujetos a una reserva legal más suave (artículo 122 de la CP) y a un principio general de proporcionalidad y ecuanimidad. Consideramos que esta es una conclusión apresurada, toda vez que olvida uno de los fundamentos de la interpretación constitucional, cual es el criterio teleológico. La aplicación de tal criterio nos obliga a preguntarnos acerca de las finalidades que tuvo el constituyente al configurar el sistema de derechos fundamentales frente a la potestad tributaria del Estado. En nuestra opinión, tales razones son de antigua data, y son compartidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. En síntesis, aquellas se traducen en la necesidad de evitar excesos en el ejercicio por parte del Estado de su facultad de extraer recursos de sus ciudadanos, cuestión que se logra primeramente a través de la participación directa y determinante de los representantes del pueblo en la fijación precisa de tales exacciones. Tal preocupación, presente ya en la Carta Magna y en la Revolución Americana, se aplica en forma genérica a toda forma de exacción estatal de recursos. No importa mayormente si quien recauda los mismos es la Administración centralizada o las municipalidades. En definitiva, al eximir a los derechos municipales de una reserva legal rigurosa, al debilitar el fundamento constitucional de la proporcionalidad y de la justicia tributaria que le son aplicables, el TC está dando la espalda a las finalidades más profundas de protección de las personas que el constituyente tuvo en mente al consagrar el artículo 19 N° 20.

Finalmente, no podemos dejar de criticar las referencias normativas a que acude el TC en apoyo de su tesis de diferenciación entre derechos municipales

y tributos. Aquellas son tres: los artículos 19 N° 20 y 122 de la CP; la Ley de Rentas Municipales y la LOC de Municipalidades.

En relación a la primera, el TC señala que los tributos municipales aparecerían consagrados en el artículo 19 N° 20 de la CP, mientras que los derechos municipales estarían implícitamente considerados en el artículo 122, cuando aquel se refiere a los "ingresos que directamente se les confieran [a las municipalidades] por ley". Al respecto, podemos señalar que es más que discutible levantar una diferenciación como la expuesta en base a una consagración implícita. En otras palabras, si la mayoría de la comunidad jurídica nacional sostiene que el concepto tributo comprende a los derechos municipales, justificar la disidencia en un argumento textual que no consagra expresamente la "nueva categoría", carece de sentido. Se trata más bien de una argumentación tautológica, ya que para "ver" esa "categoría implícita", primero hay que creer en ella como un concepto separado de la categoría general de "tributos".

En cuanto se refiere a la Ley de Rentas Municipales, debemos recodar que la interpretación de normas constitucionales mediante la utilización de preceptos legales no es una técnica particularmente adecuada. La diferente jerarquía, así como las reglas propias de la interpretación constitucional, conspiran a ello. Peor aún, la Ley de Rentas Municipales es anterior a la Constitución de 1980, y por tanto su texto debe ser sujeto a un estricto análisis de constitucionalidad. Puesto de otra forma, si la CP adoptó la voz tributo en un sentido amplio, es inconcebible que la Ley de Rentas Municipales pueda disponer algo distinto. Por el contrario, aquella debe ser interpretada en conformidad a la CP y no viceversa. Si tal interpretación no es posible, los preceptos legales pertinentes deben considerarse inconstitucionales y carentes de valor.

Algo similar puede afirmarse respecto de la LOC de Municipalidades. Si bien aquella es posterior a la CP, nuevamente debemos cuestionar la interpretación constitucional que se realiza por medio de textos legales. El principio debe ser el inverso.

En definitiva, nos parece que los argumentos a los que recurre el TC en el Fallo no gozan de fuerza suficiente para justificar el abandono de la tesis mayoritaria. Menos aún en cuanto ello se puede traducir en una verdadera desprotección del ciudadano frente a la auténtica "potestad tributaria municipal" que reconoce el Fallo. Volveremos a este punto más adelante.

3. El Principio o criterio de la proporcionalidad

Uno de los elementos más llamativos del Fallo es la utilización del criterio o principio de la proporcionalidad. Al respecto, consideramos un avance muy positivo el hecho de que el TC esté reconociendo cada vez más explícitamente su aplicación al derecho nacional,[18] siguiendo de esa forma las tendencias de la experiencia constitucional comparada. No obstante lo anterior, nos parece conveniente formular algunas observaciones al uso y aplicación que hace el Fallo de este criterio.

En primer término, es necesario destacar que el TC se ve obligado a renunciar al sustento constitucional evidente de este principio en la situación en estudio, cual es el artículo 19 N° 20 de la CP. En efecto, dicha disposición prohíbe expresamente el establecimiento de tributos "manifiestamente desproporcionados o injustos", base textual suficiente para la aplicación del mentado criterio de proporcionalidad en materia tributaria.[19] Sin embargo, como la tesis central del Fallo es que los derechos municipales no son tributos, no le son por tanto aplicables las normas del artículo 19 N° 20 de la CP. En consecuencia, es necesario recurrir a un fundamento constitucional diverso para justificar la aplicación de dicho principio. Sorprendentemente, el TC no identifica tal fundamento, sino que simplemente ordena la observación del criterio de proporcionalidad. La falta de explicación por parte del TC acerca de por qué se está utilizando este principio en el caso en estudio es nefasta, toda vez que hace imposible saber si es aplicable en forma general a nuestro ordenamiento jurídico, o si lo es sólo en algunos contextos, como en el caso en cuestión. En esta última alternativa, la falta de fundamento hace también imposible identificar qué situaciones quedarían afectas al criterio de proporcionalidad. En definitiva, creemos que se desaprovechó una estupenda oportunidad para fundamentar sólidamente la aplicación general del principio en cuestión en nuestro derecho, manteniendo una importante dosis de incertidumbre jurídica al respecto.

En segundo lugar, nos parece fundamental abogar por la necesaria precisión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC. En otras palabras, no basta con enunciar generalmente este principio o criterio, sino que resulta imprescindible determinar específicamente qué entiende el TC por proporcionalidad. Cabe recordar a este respecto que la versión alemana original de este principio ha sido alterada en su aplicación en otras jurisdicciones. Es así como la

[18] *Rol 790-2007* (2007), considerandos 22 a 27; *Rol 825-2007* (2008), considerandos 21 y 22, y *Rol 755-2007* (2008), considerando 40.

[19] Si bien la llamada "proporcionalidad tributaria" ha tenido un desarrollo anterior y algo paralelo a la recepción en Chile del principio o criterio general de la proporcionalidad, su unificación conceptual pareciera ser una realidad si no consolidada, al menos en estado avanzado. Así se deduce del tratamiento que diversos autores otorgan a la "proporcionalidad tributaria". Véase, por ejemplo, CEA (2004) Tomo II, pp. 471 y 472, y FERNÁNDEZ (2000) pp. 360 y ss.

Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, los tribunales ingleses, por nombrar sólo algunos ejemplos, han implementado la proporcionalidad con matices relevantes que producen importantes variaciones para la labor del juez.[20] La misma matriz alemana del principio no es completamente uniforme, y reconoce desarrollos particulares en ciertos ámbitos jurisdiccionales y en relación a determinadas materias. En definitiva, lo que intentamos señalar es que si el TC desea que se utilice la proporcionalidad en nuestro sistema jurídico, debe identificar con especial claridad qué debe entenderse por aquella, cuál es su contenido y finalidades, cuáles son sus elementos metodológicos esenciales, y cómo deben ser aplicados. A este respecto, la jurisprudencia del TC tiene un rol educativo vital que cumplir. Si analizamos el Fallo desde esta perspectiva, descubrimos que el TC no asumió esta labor, sino sólo en forma extraordinariamente escueta al vincular la proporcionalidad al fin o justificación de los derechos municipales. Al decir que aquella es la recuperación parcial o total del costo que implica para la autoridad correspondiente la prestación del servicio respectivo, el TC está entregando un elemento cierto y fundamental del principio de proporcionalidad. Lamentablemente, este solo elemento no es suficiente, ya que la proporcionalidad, aun en su versión más simplificada, exige considerar otros factores.

En tercer término, el Fallo afirma que la aplicación del criterio de proporcionalidad corresponde a los tribunales ordinarios de justicia. Creemos que lo que el TC quiere decir es lo siguiente: en este caso, la aplicación del principio de proporcionalidad corresponde a los tribunales ordinarios, lo que no implica que el TC no pueda aplicar este criterio en otras situaciones. En otras palabras, sostenemos que el Fallo está consagrando la aplicación general del criterio de proporcionalidad en el sistema jurídico nacional (a pesar de la falta de fundamento constitucional expreso antes comentada), lo que impone su utilización a todos los tribunales de la República. Tal afirmación nos parece evidente: ningún país que haya adoptado la proporcionalidad la confina sólo a su Justicia Constitucional. Sin embargo, tal postulado requiere un complemento urgente, y es que el TC debe desarrollar a la brevedad criterios claros y conocidos para determinar cuándo la aplicación del principio de proporcionalidad corresponderá directamente al TC y cuándo a los tribunales ordinarios de justicia. Esta es una gran tarea pendiente, y consideramos que la herramienta adecuada para construir tal dogmática es precisamente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En síntesis, nos parece que la invocación expresa del principio de proporcionalidad es un importante avance que, sin embargo, obliga al TC a enfrentar una serie de dificultades y dar respuesta a un conjunto de interrogantes acerca de su correcta aplicación al sistema jurídico chileno.

[20] CLAYTON (2002).

4. Debilitamiento del principio de reserva legal en materia tributaria

Consideramos que diversas razones permiten afirmar que la gran víctima del Fallo es el principio de reserva legal en materia tributaria. En primer término, se reduce su ámbito a una concepción restringida de tributo y a aquellas exacciones estatales que sin estar comprendidas en dicho concepto, estén sujetas al principio de reserva legal en virtud de una norma constitucional expresa. Este último sería el caso de los derechos municipales, que si bien escapan al concepto de tributo (y por tanto al artículo 19 N° 20 de la CP), están sometidos al principio en análisis por disposición explícita del artículo 122 de la CP. Cabe entonces preguntarse por todas aquellas exacciones estatales que, al alero del Fallo, podrían considerarse como algo distinto a un tributo, y que no cuentan con una norma expresa que los sujete al principio de reserva legal: ¿quedarán eximidos de esta garantía tan esencial? Cabe recordar que el principio de reserva legal en materia tributaria es una constante en los sistemas occidentales, verdadero "pilar fundamental de un Estado de Derecho y de un Régimen Democrático (...) regla vigente en Chile desde los albores de la Independencia".[21-22]

En segundo lugar, el Fallo crea una distinción en la materia, diferenciando una reserva legal tributaria estricta, aplicable sólo a los tributos en un sentido restringido (artículo 19 N° 20 de la CP), y una reserva legal tributaria atenuada aplicable, a lo menos, a los derechos municipales (artículo 122 de la CP). De esta forma, el TC incorpora los tributos a la ya extremadamente confusa discusión acerca de la existencia de reservas legales distintas en la CP.[23] Hasta la fecha, los tributos en un sentido amplio se consideraron objeto de reserva legal estricta, pero ahora deberemos empezar a distinguir y, peor aún, definir y delimitar las distintas posibilidades: reserva legal estricta-estricta; reserva legal simplemente estricta; reserva legal atenuada o relativa, y reserva legal neutra o ecléctica. En definitiva, el Fallo es fuente de gran incertidumbre jurídica en este punto.

En tercer lugar, la mayoría del TC, al aplicar la reserva legal al caso en comento, la vacía de contenido, destruyendo su utilidad y haciéndola irrelevante. En efecto, el Fallo señala que la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales –objeto del litigio– no vulneraba el principio de reserva legal, por cuanto su competencia emanaba de la delegación concedida por

[21] Voto de minoría del Fallo, considerando 13.
[22] Para una visión panorámica de este principio en nuestra historia constitucional, véase MEZA e IBACETA (2007) pp. 95 y ss.
[23] Para una exposición sintética de las distintas posiciones, véase FERMANDOIS (2006) pp. 157 y ss. Véase también CEA (1998) pp. 37 y ss.

el Artículo 42. Si analizamos esta norma legal (transcrita más arriba), descubriremos que aquella no contiene ni aun los elementos remotamente mínimos de determinación del derecho municipal. No señala la tasa; no establece la proporción o porcentaje; no hay límites; no contempla exenciones; no hay parámetros ni criterios; etc. En definitiva, la norma legal es una simple fachada carente de contenido. Se limita a delegar en la ordenanza municipal, pero sin sujetar dicha delegación al respeto de contenido alguno. Evidentemente, tal delegación no se condice con la esencia misma del principio de legalidad, el cual exige que sea la ley quien regule una materia, y si la delega en normas inferiores, que sea la ley delegatoria la que señale los aspectos fundamentales de la regulación. En materia tributaria el principio ha operado en forma más estricta aún, exigiéndose a la ley delegatoria, a lo menos, la descripción precisa del hecho gravado, la base imponible, el sujeto pasivo y la tasa o proporcionalidad aplicable.[24]

En otras palabras, si el TC estima que el Artículo 42 es suficiente pantalla para que los derechos contemplados en ordenanzas municipales cumplan con el principio de legalidad, entonces este ha perdido toda relevancia jurídica, puesto que resulta inimaginable una situación en la que no se considere satisfecho (salvo la lisa y llana prescindencia de toda forma o sustento legal, aun en su dimensión puramente formal, como es el caso del Artículo 42). De esta forma, el principio de reserva legal pierde toda utilidad, ya que no es capaz de constituir un límite efectivo al ejercicio del poder administrativo en materia tributaria. El constituyente ha sido defraudado y la supremacía constitucional quebrantada. Peor aún, los derechos fundamentales garantizados y protegidos con este principio quedan expuestos a la voracidad de la Administración.

Finalmente, y tal como sutilmente señala el voto de minoría, es necesario considerar que el Artículo 42 es una norma anterior a la CP. En consecuencia, es perfectamente posible que aquella no cumpla con los estándares de reserva legal establecidos en la nueva Carta. De lo que no puede haber duda es del hecho que la CP exige que sea la ley la que establezca tributo (o "ingreso público", para seguir el lenguaje del Fallo), y que tal exigencia se vulnera cuando la ley abdica de esa responsabilidad en favor de normas jurídicas de rango inferior, como sucede en el caso en estudio.

[24] Véase, por ejemplo, NAVARRO (2005) p. 8, y MEZA e IBACETA (2007) pp. 134 y ss. Revísese también las sentencias del TC *Rol 822-2007* (2007), considerando 5°, y *Rol 718-2007* (2007), considerando 18, así como el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49487 de 1999.

IV. Conclusiones

1. El Fallo del TC constituye un abandono de la postura mayoritaria nacional, ya que rechaza un concepto amplio del tributo que incluya los derechos municipales. Tal abandono no nos parece debidamente justificado en el texto de la sentencia comentada.

2. El Fallo ha declarado expresamente que el estatuto constitucional de los tributos no se aplica a los derechos municipales. En consecuencia, los derechos fundamentales de las personas en materia tributaria, reconocidos en el artículo 19 N° 20, no pueden invocarse frente a las municipalidades.

3. La principal víctima del fallo es el principio de reserva legal en materia tributaria. Este se ve reducido en su ámbito de aplicación, suavizado en relación a los derechos municipales, y concebido como un principio de intensidad variable (estricto, relativo, etc.), con la confusión que ello supone.

4. Las únicas salvaguardas constitucionales que restan al individuo en esta materia son un principio de reserva legal peligrosamente atenuado, así como criterios genéricos de proporcionalidad y ecuanimidad.

5. El reconocimiento expreso del principio o criterio de proporcionalidad debe ser aplaudido. Sin embargo, el TC debe clarificar y refinar cuidadosamente su utilización de dicho principio para no arriesgar su desnaturalización y la consiguiente incertidumbre jurídica. Resulta imprescindible que el TC desarrolle una doctrina consistente y sistemática acerca del contenido, metodología y formas de aplicación del principio de proporcionalidad. Adicionalmente, se requieren criterios claros acerca de cuándo el empleo de tal principio corresponderá al TC y cuándo a los tribunales ordinarios de justicia.

6. A raíz de todo lo anterior, no queda sino afirmar que el Fallo ha producido una suerte de involución en el derecho nacional, consagrando la desprotección constitucional frente a derechos municipales.

Bibliografía

Libros

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, y VODANOVIC HAKLIXKA, Antonio (1990): *Derecho Civil. Partes Preliminar y General* 5ª Edición (Santiago, Editorial Conosur). Tomos I y II.

ASTÉ MEJÍAS, Christian (2002): *Curso de Código Tributario* (Santiago, Editorial Asté Ltda.) 466 pp.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). Tomo II.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales,* 2ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico.* 2ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). Tomo I.

HUBNER GALLO, Jorge (1984): *Introducción al Derecho.* 5ª edición (Santiago, Editorial Jurídica). 428 pp.

MEZA ENCINA, Bárbara, e IBACETA MEDINA, David (2007): *El Principio Constitucional de Legalidad en Materia Tributaria,* Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 37 (Santiago, Tribunal Constitucional). 229 pp.

NUÑEZ, Manuel (2008): "El control de igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en Arturo Fermandois (ed.), *Sentencias Destacadas* 2007 (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 123-161.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime (1999): *Lecciones de Introducción al Derecho* 3ª edición (Santiago, Fundación de Ciencias Humanas). Tomos I y II.

Artículos de revista y otros documentos periódicos

CEA EGAÑA, José Luis (1998): "Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena", *Revista de Derecho,* Vol. IX: pp. 65- 104.

CLAYTON, Richard (2002): "Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review", *Judicial Review,* Vol. VII: pp. 124-136.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2000): "Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en Materia Tributaria", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXVII: pp. 357-371.

Documentos electrónicos

COHEN MARTÍNEZ, Rafael (2008): "Impuestos Desproporcionados o Injustos", [Fecha de Consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: http://64.233.169.132/search?q=cache:WQ2_ue3gjJMJ:www.derechoinforma.net/dv/LA%2520PROPORCIONALIDAD%2520DE%2520LOS%2520IMPUESTOS%2520para%2520lsj.doc+impuestos+desproporcionados+injustos&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl.

FERNÁNDEZ RICHARD, José Fernando (2003): "Los Derechos Contemplados en la Ley de Rentas Municipales", Revista de Derecho (CDE) N° 8 [Fecha de Consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3/4.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005): Derecho Constitucional Tributario [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: http://www.u-cursos.cl/derecho/2005/2/DIP101ADM/1/material_docente/objeto/82304.

Jurisprudencia jurisdiccional

Tribunal Constitucional

Sentencia Rol 755-2007 (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 31 de marzo de 2008 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 825-2007 (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2008 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 718-2007 (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de noviembre de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 822-2007 (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 13 de noviembre de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 790-2007 (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 25 de mayo de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 247-1996 (1996): Tribunal Constitucional de Chile, 14 de octubre de 1996 (Requerimiento por constitucionalidad de proyecto de ley).

Corte Suprema

Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Municipalidad de Pucón (2006): Corte Suprema, 18 de julio de 2007, Rol 4224-2006 (Reclamo de ilegalidad municipal).

Ilustre Municipalidad de Arica con Patricia del Carmen Ramírez Barbieri (2004): Corte Suprema, 9 de diciembre de 2004, Rol 7147-2003 (Juicio ejecutivo).

Sentencia Rol 3260-2003 (2004): Corte Suprema de Chile, 21 de enero de 2004 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sociedad Hotelera Saden Ltda. con Municipalidad de la Florida (2002): Corte Suprema, 26 de abril de 2002, Rol 1594-2002 (Recurso de protección).

Sentencia Rol 16293-1992 (1992): Corte Suprema de Chile, 28 de enero de 1992 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Corte de Apelaciones de Santiago

Chilectra S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia (1996): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 1996, Rol 779-1995 (Reclamo de ilegalidad municipal).

Jurisprudencia administrativa

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 29598 de 2002.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 19083 de 2001.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20126 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 15089 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5230 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49487 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 31851 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 19884 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14379 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13188 de 1995.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7858 de 1991.

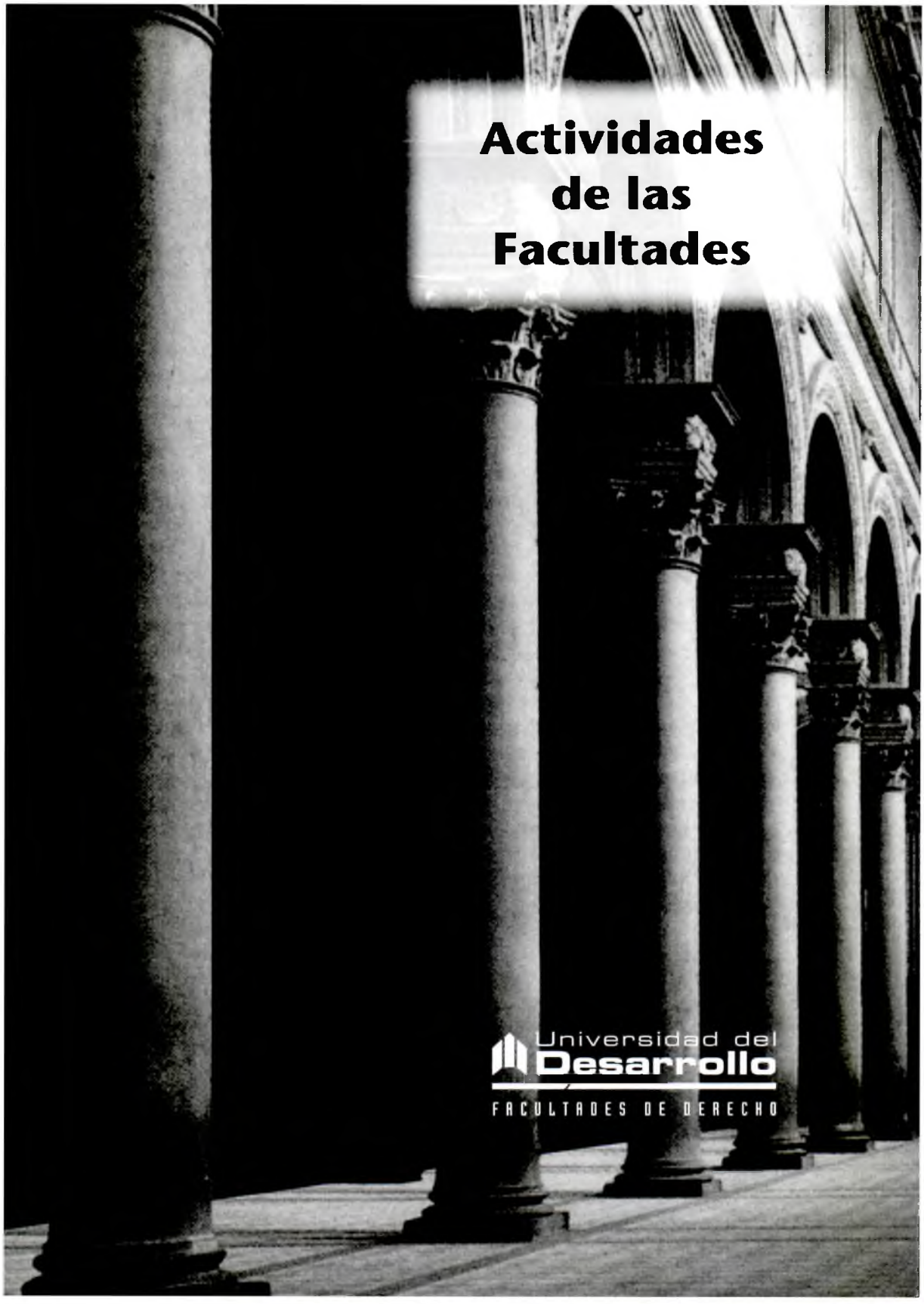
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 17533 de 1984.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 22623 de 1981.

Otras fuentes

Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.

Modelo de Código Tributario para Latinoamérica.


Actividades
de las
Facultades
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago

Segundo semestre 2008

Trinidad Siles Del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Actividades con alumnos

Visitas

En junio recibimos la visita del profesor español Antonio Lorca Navarrete, experto en Derecho de Arbitraje. El profesor Lorca se reunió con un grupo de alumnos de nuestra Facultad, les enseñó cómo se llevaba el tema en su país y aprovechó también la ocasión para contarles de las posibilidades de estudios que existen en España para los extranjeros.

Antonio Lorca Navarrete es Doctor en Derecho por la Universidad de Granada y por la Universidad degli Studi de Bologna, Italia. Es también catedrático numerario y profesor de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco, en España.

Visita al Congreso

Dentro del marco del programa del curso de "Responsabilidad Pública", que imparte el profesor Rodrigo Arellano, se tiene contemplada una visita al Congreso Nacional en Valparaíso. Esta se realizó el 2 de octubre y en esa ocasión los alumnos recorrieron el edificio en un tour guiado, y fueron recibidos por el diputado Darío Paya, quien conversó con ellos acerca de los desafíos de los jóvenes en política. La visita terminó con un tradicional almuerzo en la Caleta El Membrillo de dicha ciudad.

Seminario Picarquín

El seminario de Liderazgo Picarquín se realizó durante los días 9 y 10 de octubre reuniendo a 100 alumnos de primer año, entre Santiago y Concepción.

El objetivo principal de este encuentro es potenciar la capacidad de liderazgo, y desarrollar habilidades de trabajo en equipo para aquellos alumnos que han destacado por su participación en diferentes actividades académicas, o extra-curriculares.

Este año el seminario contó con la participación de varios expositores, como Ignacio Canales y Ernesto Silva Méndez, Vicerrector de Pregrado de Santiago. Fueron invitados los alumnos María Jesús Correa y Javier Bolados, y participaron como monitores de grupo Constanza Alvial y Juan Ignacio Urrutia.

Panel sobre cambio climático y calentamiento global en Chile

El 10 de octubre, los alumnos de la Facultad, con la colaboración del profesor de Derecho Internacional Público Sr. Raúl Campusano organizaron el panel "Cambio climático y calentamiento global en Chile", que contó con la exposición de la abogada de la Universidad Católica Constance Nalegach, especialista en Cambio Climático de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Posteriormente, el economista Sebastián Ainzua, de la Fundación Terram, y la geóloga Mainsa Rojas, Doctora en Ciencias Atmosféricas de la Universidad de Oxford, plantearon sus opiniones como especialistas.

Panel *Chile y Japón en el siglo XXI: Nuevos escenarios*

fue el tema de un interesante encuentro de expositores que se refirieron a la relación bilateral, a aspectos de la APEC y a perspectivas culturales entre ambos países. Estuvieron presente los encargados comercial y político de la embajada japonesa, Sr. Katsuhito Miura y Sr. Shinji Maeda; el Dr. en Filosofía Política, Sr. Marcel Wissenburg; el Ministro Consejero del Ministerio de Relaciones Exteriores, Sr. Diego Velasco V., el ex Presidente del Grupo Experto en Energía y Minería del Foro Económico de Asia Pacífico, APEC, Sr. Tomás Astorga S., y el periodista y académico Luis Díaz B. Este encuentro se realizó el 29 de octubre, fue organizado por el profesor Raúl Campusano D. y contó con la participación de los alumnos de la cátedra de Derecho Internacional Público.

Obra teatral en Derecho Romano

El curso de Derecho Romano de la profesora Angela Cattan presentó este año 2008 la obra "Amor et Ludus". Esta representación, que estuvo a cargo de los alumnos de primer año y dirigida por el equipo del taller, se realizó el día 30 de octubre con gran asistencia de las familias de los alumnos y compañeros de la carrera.

Centro de Alumnos de Derecho

Los días 13 y 14 de noviembre, 241 alumnos de la carrera de Derecho concurrieron a votar por algunas de las tres listas que se presentaron para ser el CCAA el año 2009.

La Dirección de Asuntos Estudiantiles de la Universidad, dados los resultados, declaró ganadora a la lista B encabezada por Carola Eitel, constituyéndose de esta manera un nuevo Centro de Alumnos de la carrera de Derecho.

Cabe destacar la alta participación de nuestro alumnado, tanto en la votación como en el interés por representar a sus compañeros en tres listas diferentes.

Ceremonia de graduación

El 19 de noviembre, en una solemne ceremonia presidida por el Rector de la UDD, Ernesto Silva Bafalluy, el Vicerrector Académico, Ernesto Silva Méndez, y el Decano de nuestra Facultad, don Pablo Rodríguez Grez, le entregaron a 30 licenciados en Ciencias Jurídicas su grado académico. El Decano pronunció un discurso en el cual enfatizó el rol que corresponde jugar a los futuros abogados en el mundo de hoy. Irmgard Rodler recibió el premio Universidad del Desarrollo por destacarse como la mejor alumna que obtenía el grado en esta oportunidad.. El acto terminó con palabras de agradecimiento de parte de Benjamín Negrete, en representación de los licenciados en Ciencias Jurídicas.

II. Actividades con profesores

Jornada sobre Metodología de Análisis de Casos

Con la asistencia del Decano, Directores de distintos Departamentos de la Facultad, profesores y ayudantes de Derecho Civil, se llevó a cabo el 28 de junio la Jornada sobre Metodología de Análisis de Casos en las Cátedras de Derecho Civil. Ernesto Silva Méndez abrió la actividad explicando el método empleado en la Universidad de Harvard, posteriormente Pedro Pablo Vergara Varas planteó los desafíos y oportunidades que presenta esta innovación y por su parte Felipe Amenábar dio a conocer cómo se ha trabajado en sus clases este sistema de casos. A partir de estas reflexiones, se generó un interesante debate entre los asistentes, quienes evaluaron positivamente la Jornada.

El 27 de septiembre de 2008 se llevó a cabo la 2ª Jornada de Metodología de Análisis de Casos para profesores y ayudantes de Derecho Civil, a la que fueron también convocados los directores de los demás departamentos de la Facultad.

A modo de apertura a esta Jornada, el Decano de la Facultad, Sr. Pablo Rodríguez G., efectuó una interesante exposición sobre el diseño concreto de casos para la enseñanza del Derecho, con ejemplos aplicables en distintos temas.

La actividad posterior, de índole práctica, permitió que tanto profesores como ayudantes trabajaran en grupo asumiendo roles como profesor-redactor de un caso y de alumno-resolutor del caso elaborado.

Nombramiento

Este segundo semestre se integró a la Facultad la abogada Marcela Schnake Ferrer como Coordinadora de Admisión, en reemplazo de Hugo Álvarez Cárcamo.

III. Admisión

"Jornada Vocacional" para alumnos de Cuarto Medio

El 04 de octubre se organizó con un grupo de alumnos de Quinto Año una actividad para los postulantes a Derecho 2009; ésta consistió en la simulación de un juicio oral, dinámica que estuvo apoyada por la explicación del profesor de Destrezas de Litigación Oral, Manuel Suárez. Cerró la jornada el profesor Héctor Humeres N., quien enfatizó las particularidades de la enseñanza del Derecho en la UDD.

IV. Actividades del Departamento de Extensión

Seminarios

El 18 de junio de 2008 se llevó a cabo el **Seminario sobre Recursos Constitucionales**, con la participación de destacadas personalidades del ámbito constitucional. El Director del Departamento de Derecho Público de nuestra Facultad, Sr. Salvador Mohor A., expuso sobre los requisitos y presupuestos del recurso de protección en la hora presente. Posteriormente, el abogado, relator del Tribunal Constitucional y profesor Sr. Jaime Silva M. planteó su postura sobre los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución reformada.

Finalmente, el Ministro del Tribunal Constitucional Sr. Enrique Navarro B. trató el tema de los recursos de protección y amparo como garantías de la libertad económica a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

El 28 de julio, la Facultad de Derecho debatió en un Seminario sobre **Información Privilegiada**. Días antes se había publicado en la prensa la noticia nacional en la cual ocho ejecutivos vinculados en las negociaciones del fracasado acuerdo entre D&S fueron sancionados por la Superintendencia de Valores y Seguros y Falabella puso en la agenda el debate sobre el tema. Con una presentación inicial, Francisco Pfeffer, Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la UDD, abrió la exposición. Participaron Guillermo Larraín, Superintendente de Valores y Seguros (SVS), los socios de Claro y Cía. José María y Cristóbal Eyzaguirre, y el socio de Barros y Errázuriz José Tomás Errázuriz.

El martes 09 de septiembre de 2008 se realizó el Seminario sobre **Solución de Controversias Empresariales a través de la Mediación y el Arbitraje**. En esa ocasión participaron connotados expositores, como el abogado y profesor de Derecho Procesal de la U. de Chile Sr. Raúl Tavolari O., la abogada, Directora Ejecutiva y Secretaria General del Centro de Mediación y Arbitraje (CAM Santiago) de la Cámara de Comercio de Santiago Sra. Karin Helmlinger C.,. el abogado de CAM Santiago, Sr. Javier Cruz T., y finalmente la Sra. Elina Mereminskaya I., Profesora de Arbitraje Comercial Internacional U. de Chile y Consejera Especial Área Internacional e Investigación CAM Santiago. En esta actividad académica se extrajeron valiosas conclusiones en un tema de indudable interés práctico.

El 29 de octubre se presentó el Seminario sobre **Distintos Aspectos de la Responsabilidad Profesional en Chile**. El Decano de la Facultad, Sr. Pablo Rodríguez G., abrió el tema sobre las actuales tendencias en materia de responsabilidad civil de los profesionales liberales, exposición que fue compartida con el profesor Ambrosio Rodríguez Q., quien enmarcó el tema dentro de las normas del Código Civil chileno. En esta oportunidad contamos con la participación del abogado Pedro Zelaya E., quien abordó los aspectos de los profesionales de la salud, bajo un prisma teórico práctico. Finalmente, el abogado y liquidador oficial de seguros Sr. Carlos Goñi G. trató el tema de los seguros de responsabilidad civil en Chile, específicamente en relación a las pólizas aplicables a abogados y médicos, generando un debate de alto nivel.

Lanzamiento del libro de don William Thayer

En un emotivo acto, la Facultad de Derecho presentó el libro "Dimensión histórica del Código del Trabajo", del profesor William Thayer Arteaga, ex Ministro del Trabajo y Previsión Social. El Director de Extensión, Sr. Héctor Humeres Noguer, abrió la presentación del libro y en seguida el Decano de la Facultad le dirigió un sentido homenaje al autor. El comentario del libro estuvo a cargo del señor Guillermo Arthur Errázuriz, Presidente de la Asociación Gremial de AFP y para cerrar, el profesor William Thayer Arteaga hizo una sentida reflexión sobre los episodios que le tocó vivir en sus 90 años.

V. Actividades de la Escuela de Postgrado

La Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho, realizó durante el año 2008 las siguientes actividades:

Magíster en Derecho de la Empresa 2005

El lunes 11 de agosto de 2008 se puso término a este programa con la ceremonia de titulación en la que se graduaron los siguientes alumnos: Gonzalo Andrés Bustos Carbone, Rodrigo Andrés Calderón Villena, María Fernanda Juppet Ewing, Patricio Andrés Oyaneder Davies y Raúl Alfonso Valenzuela Mercado.

El premio "Universidad del Desarrollo", al mejor alumno del programa, fue otorgado a don Rodrigo Andrés Calderón Villena, quien lo recibió de manos del Decano de la Facultad.

LL.M. Executive 2007 – Magíster en Derecho Económico y Financiero

El LL.M. Executive es un programa de Postgrado que al término de tres semestres conduce al grado académico de Magíster en Derecho Económico y Financiero.

Las clases están a cargo de prestigiosos académicos, con gran experiencia docente, y de abogados de los más importantes e influyentes estudios jurídicos de Santiago, así como de los principales entes reguladores y de grandes empresas del país. Los profesores tratan en clases casos reales y aspectos específicos de las áreas de práctica en las que ellos se desempeñan, y en las que son reconocidos como los mejores del mercado.

Durante el primer semestre de 2008 se impartió el tercer y último semestre de este programa. Por ello, en el mes de agosto, y en una significativa ceremonia, se graduaron los siguientes alumnos: Hugo Cristian Álvarez Cárcamo, Cristian Carlos Apparcel Correa, Nelson Francisco Fuenzalida Marín, Alfredo Ernesto Guzmán Gaete, Julio Alberto Justiniano Ramírez, Daniel Alejandro Mancini Esquivel, Cristian Marcelo Manzur Jiménez, Oscar Daniel Rojas Astudillo, José Ignacio Urrutia Aray, Omar Manuel Rosendo Valdés Moyano y María Fernanda Zelada Guzmán. En dicha oportunidad, el Decano de la Facultad don Pablo Rodríguez Grez hizo entrega del Premio "Universidad del Desarrollo" a don Julio Alberto Justiniano Ramírez, por ser el mejor alumno de este programa.

LL.M. Executive 2008 – Magíster en Derecho Económico y Financiero

En abril de 2008 se dio inicio a la tercera versión de este programa. A esta fecha, los alumnos ya han cursado los dos primeros semestres. Las clases se reanudarán en el mes de marzo, oportunidad en la que se impartirá el tercer y último semestre.

Postítulo en Derecho Penal 2007

La segunda versión de este programa, en el que se trataron materias tanto de la parte general como de la parte especial de esta rama del derecho, se dio por finalizada en el mes de agosto de 2008, con la correspondiente ceremonia de titulación.

El Decano don Pablo Rodríguez Grez hizo entrega del Premio "Universidad del Desarrollo" al mejor alumno del programa, don Jorge Arnoldo Patricio Tesche Muñoz.

Postítulo en Derecho Tributario 2008

Entre los meses de mayo a octubre de 2008 se impartió la segunda versión de este programa, a través del cual los alumnos pudieron conocer en detalle el sistema de tributos vigente en Chile, y adquirir destrezas para enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, mediante una especialización actual y práctica en estas materias.

El cuerpo académico que imparte este programa es de un alto nivel, y en él se destacan abogados y contadores auditores especialistas en cada uno de los temas que enseñan.

Durante el año 2009 se impartirá una nueva versión de este postítulo.

Postítulo en Derecho del Trabajo 2008: La Relación Laboral y la Empresa Sustentable

La segunda versión de este programa se impartió entre los meses de abril y julio de 2008, con el propósito de otorgar a los alumnos el conocimiento y las destrezas necesarios para enfrentar las nuevas realidades de la organización empresarial y del trabajo, ya sea desde el interior de las empresas, como desde fuera de ellas.

El cuerpo académico estuvo integrado por destacados abogados, que se desempeñan tanto en el ejercicio libre de la profesión, como en diversas instituciones públicas y/o privadas que tienen incidencia en las materias impartidas.

Curso Nuevo Procedimiento Laboral

En atención a la reciente entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, entre el 29 de septiembre y el 29 de octubre de 2008 se impartió un curso en el cual se analizaron las consecuencias jurídicas y prácticas que en los principios e instituciones del derecho procesal del trabajo trae aparejada esta importante reforma al sistema de justicia laboral en Chile.

El cuerpo docente estuvo integrado por los abogados Tita Aránguiz Zúñiga, Javiera González Sepúlveda, Cecily Halpern Montecino, Héctor Humeres Noguer, Umberto Montiglio Valenzuela, Fernando Román Díaz y Patricio Valdés Aldunate.

Además de la formación teórica, se impartió un taller de simulación de causas laborales tramitadas en este nuevo procedimiento.

IV Jornadas de Actualización en Derecho Civil 2008

Este programa de once sesiones, impartidas entre el 13 de octubre y el 17 de noviembre de 2008, tuvo por objeto tratar materias de relevante importancia en la evolución y progreso del Derecho Civil, con el propósito de dejar en evidencia la renovación y modernización de esta disciplina fundamental de las ciencias jurídicas.

Para ello, se trataron materias relacionadas con la responsabilidad, la teoría del riesgo, así como con los principios de buena fe, reparación del mal causado, igualdad de los contrayentes, entre otros.

El cuerpo docente estuvo integrado por los abogados Enrique Alcalde Rodríguez, Jorge Baraona González, Ángel Cruchaga Gandarillas, Gustavo Cuevas Manríquez, Ramón Domínguez Águila, Alejandro Guzmán Brito, Ruperto Pinochet Olave, Pablo Rodríguez Grez, Ambrosio Rodríguez Quirós, Hugo Rosende Álvarez y Claudia Schmidt Hott.

VI. Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados

Sean mis primeras palabras de congratulación a los nuevos licenciados. Sé, positivamente, que para alcanzar este grado académico han debido esforzarse, salvar muchos escollos y superar pruebas agotadoras. Nuestra Facultad ha querido que el "grado" de licenciado en derecho lo obtengan quienes demuestren, no sólo conocimientos, sino una cabal comprensión de lo que constituye el sistema jurídico y, sobre todo, una sólida formación ética, porque nuestra profesión está plagada de tentaciones y presiones que bien pueden desviarlos del camino que se han trazado. Todos los sacrificios realizados tienen en este momento su retribución, porque serán habilitados para ejercer la noble profesión de abogado. Puede ella acercarlos a la justicia o a la inequidad, a la nobleza o a la servidumbre. A partir de este momento son ustedes los únicos dueños de su destino y no tendrán otro juez que su propia conciencia. No vacilen en juzgarse duramente, practiquen la autocrítica y no se conformen con la mediocridad. Intenten superarla, pero siempre con buenas armas. No olviden, tampoco, que para triunfar es necesario imponerse una férrea autodisciplina. Nada se consigue en la vida sin esfuerzo y este imperativo debe nacer de ustedes mismos, porque sólo así rendirá frutos auténticos.

Corresponderá a nuestros graduados participar en un medio profesional altamente competitivo. Esta circunstancia hará difíciles las tareas que emprenderán, pero será un reto digno de enfrentarse. La competencia es siempre un aliciente para superarse y yo sé que aprovecharán este incentivo y no se dejarán seducir por el oropel de las conquistas fáciles.

Quiero poner acento, en esta oportunidad, en una virtud sin la cual arrastrarán siempre la pesadumbre y el pesimismo: me refiero a la lealtad.

El abogado, ante todo, debe ser leal. Su lealtad debe manifestarse, en primer lugar, con los principios y valores que han inspirado su formación y su existencia. Quien reniega de sus ideales, en pos de lograr beneficios materiales o halagos pasajeros, no podrá conquistar jamás la satisfacción espiritual que depara el éxito. Recuerden la lección conmovedora que encierra la vida y la muerte de Tomás Moro, que no se doblegó ante el poder terrenal ni abdicó de su fe. Descubran en ese sacrificio la fortaleza irreductible del espíritu y la prueba más elocuente de que el hombre es portador de valores eternos.

El abogado debe ser leal con el derecho, porque en él hallarán la expresión más pura de la justicia. Apliquen la ley sin resquicios, no burlen su voluntad, ni dejen que ella sirva intereses espurios o despreciables. No olviden que toda norma jurídica está fundada en las preferencias morales de la comunidad y que, por lo

mismo, al respetar la norma, están imponiendo la ética que hace posible y fácil la vida social.

En la actividad judicial el abogado debe ser leal con su cliente y con su contraparte. No cabe entre nosotros el ataque a mansalva o alevoso, ello es propio de la selva, no del foro; de las bestias, no de los hombres. Pero tampoco vacilen en la defensa de la causa que abracen. Empápense de la justicia de su misión, porque es ese el único tónico que les dará fuerza, decisión y empuje. Nunca se comprometan con la injusticia, por lucrativa que pueda resultarles, porque ese será el comienzo de una descomposición que terminará por arruinarlos material y espiritualmente.

El abogado debe ser leal con el juez, como quiera que éste actúe y cualquiera que sea su resolución. Piensen que la tarea del Magistrado se aliviará y será más perfecta en la medida que reciba de ustedes una colaboración enriquecedora y provechosa. Tengan siempre presente que el abogado, como lo señala nuestro Código de Ética, es un colaborador de la justicia y que ella no se alcanzará sin vuestro concurso. No vacilen en desafiar al mundo si sufren una inequidad, ni olviden que quien cree en la justicia de su causa, como dijo un connotado tratadista, es capaz de cambiar el curso de las estrellas.

Finalmente, el abogado debe ser leal con quienes contribuyeron a su formación profesional, con su Universidad, con los profesores que les entregaron su experiencia, sus conocimientos y les dieron las orientaciones que les permitirán llegar a buen puerto.

Nuestra Facultad, con apenas diez años de existencia en Santiago, se ha transformado en una de las mejores del país. Esta realidad, que nos enorgullece, debe profundizarse y consolidarse. Creemos que son ustedes, nuestros licenciados, quienes tienen en sus manos la misión de proyectar la tarea ejecutada. Vuestro éxito será la mejor recompensa para la Universidad que los formó y la única manera de devolverle, en parte, cuanto se ha hecho por ustedes. La antorcha que hemos querido encender en el cerebro y en el corazón de cada uno de nuestros licenciados la depositamos en vuestras manos con la certidumbre de que brillará cada día con más fuerza.

Quiero recordarles que el abogado no termina nunca de estudiar, porque el derecho se va haciendo y rehaciendo sucesivamente a través de su aplicación, y porque las normas se renuevan a medida que la sociedad experimenta cambios y transformaciones. Por lo mismo, estarán ustedes obligados a actualizar sus conocimientos y, sobre todo, a colaborar en el proceso de cambio, en donde quiera que ejerzan su profesión o actúen en la vida pública.

Por último, es útil recordarles también que el ímpetu de la juventud, al cual tanto debemos en nuestro temprano afán de superación y perfeccionamiento, les llevará, no pocas veces, a fracasos y frustraciones. Paradójicamente, estos traspiés les serán tan útiles como los éxitos y los aciertos. No olviden que la verdadera perfección se alcanza en la medida que se es capaz de valorar lo positivo y lo negativo, lo dulce y lo amargo, la luz y la sombra. No desdeñen la experiencia, pero tampoco se intimiden ante ella. Sírvanse de todos los materiales que el destino deposite en sus manos, pero, por sobre todo, pongan su fe en sus familias, tanto aquella en cuyo seno nacieron como la que formen más adelante, porque ella permanecerá a vuestro lado inconmovible ante cualquier adversidad o descalabro.

Al comenzar esta nueva etapa en el alucinante camino de la vida, no quiero que estas palabras suenen como una clase más. Sólo he procurado trasmitirles lo que nace de lo más profundo de mi espíritu, depositando en ustedes la esperanza de que, en el día de mañana, sean el mejor testimonio de que hemos cumplido con las tareas y propósitos que asumimos hace ya varios años, cuando, siendo adolescentes, ingresaron esperanzados a nuestra Facultad.

Muchas gracias.

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Segundo semestre 2008

Claudia Hurtado Espinoza
Profesora de Introducción al Derecho
Facultad de Derecho - Concepción
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En este acápite de la revista pretendemos dar una mirada sinóptica a los principales hitos de la actividad académica desarrollada durante el segundo semestre del año 2008.

1. Cursos de la Academia Judicial

La Facultad dictó este semestre dos cursos en el marco de la formación que imparte la Academia Judicial, esto es, el de "Medidas Cautelares en Materia Civil", que se desarrolló entre el 19 y el 21 de agosto de 2008, y el de "Recursos en Materia Civil", que se dictó entre el 23 y el 25 de septiembre de 2008, ambos a cargo de los profesores Sres. Patricio Gómez Eriz, Eduardo Carrasco Buvinic y Javier Molina Gómez.

2. Curso Nuevo Procedimiento Laboral

Consciente de la importancia de difundir y capacitar a los abogados en el nuevo procedimiento laboral, que entrará en vigor en nuestra región a fines de abril de 2009, la Facultad dictó entre los días 21 de noviembre y 12 de diciembre un curso sobre el tema, que estuvo a cargo de los profesores María E. Montt Retamales y Javier Molina Gómez.

3. Ciclo de charlas para alumnos

Durante el semestre se organizó un ciclo de charlas para alumnos, en que profesores de la Facultad abordaron temas civiles y penales que despertaron un vivo interés de los alumnos que se concretó en una nutrida asistencia. Entre otros temas, se abordaron los siguientes: "La corrupción", que dictó el abogado Sr.

Leopoldo Sanhueza; "Víctima y Proceso Penal", que expuso el juez del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, Sr. Adolfo Cisternas; e "Incumplimiento de la obligación alimenticia frente al divorcio unilateral", a cargo del profesor de la Facultad Sr. Andrés Kuncar O.

4. Participación de profesores y alumnos en las Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Civil

Los profesores de Derecho Civil de la Facultad participaron en las Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Diego Portales, en Olmué. Asistieron varios profesores, entre los cuales se cuentan los Sres. Eduardo Darritchon, Christian Fernández y la Srta. Paz Gallardo, además de numerosos alumnos. El profesor Andrés Kuncar Oneto presentó la ponencia "El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia" y el profesor Bruno Caprile Biermann, por su parte, analizó "La ley de venta en verde. Las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007".

5. Semana aniversario de la Facultad

La semana del 20 de octubre se celebró la ya tradicional Semana de la Facultad, en que los alumnos participaron en múltiples actividades deportivas. Destacamos especialmente el partido de fútbol de los profesores y los alumnos, que tradicionalmente es muy reñido y terminó con un empate; en tanto, una verdadera sorpresa dieron las profesoras y administrativas de la Facultad, que vencieron al equipo de las alumnas.

Las actividades culminaron con una fiesta de gala en las dependencias del Estadio Español. En la oportunidad los alumnos pudieron compartir un grato momento de esparcimiento con los profesores, que como en años anteriores departen con los alumnos en un clima de mucho respeto.

6. Alumnos participan en programa "Trabajo País" y en semana solidaria

Los alumnos de la Facultad participaron en el proyecto solidario católico "Trabajo País", que apoya la Pastoral de la UDD, y que procura fomentar tanto en los voluntarios como en los beneficiados, un profundo compromiso con la patria, cuyo punto de partida es Cristo.

Como es ya una tradición, varios de nuestros alumnos, con un espíritu de entrega, renunciaron a su vacaciones de invierno y se trasladaron a distintos sectores, en esta oportunidad, las localidades de Chaimávida, Lirquén y Pedro

de Valdivia, a compartir con las familias de estos lugares y a concretar un proyecto de construcción.

En el mismo ámbito, como una manifestación del interés por la responsabilidad pública y la solidaridad con nuestro entorno, un importante número de alumnos de la Facultad compartieron una tarde infantil con niños del hogar de acogida "María Ayuda". La actividad, organizada por la Pastoral de la UDD, se llevo a cabo durante el mes de septiembre.

7. Reconocimiento del MECESUP para la Facultad

La participación activa en la implementación de las denominadas reformas metodológicas permitió a la Facultad obtener un reconocimiento especial del Programa de Mejoramiento de la Calidad y la Equidad de la Educación Superior (MECESUP) en las siguientes asignaturas: Introducción al Derecho Civil, impartida por la profesora Gina Samith V.; Derecho Procesal Orgánico, a cargo del profesor Javier Molina G.; e Historia del Derecho, cuyo profesor es el Sr. Eduardo Andrades R.

Cabe recordar que a partir del segundo semestre de 2006 se puso en marcha un plan piloto en una asignatura semestral de primer año, a cargo de la profesora Samith. Debido al éxito de esas innovaciones y a la favorable recepción por parte de los alumnos, quienes concluyeron haber aprendido más y mejor, actualmente son siete las asignaturas que han incorporado el proceso de aprendizaje a sus metodologías de enseñanzas.

8. Profesor Javier Molina participa en encuentro sobre Catolicismo v/s Derecho

La Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción organizó durante el mes de agosto un encuentro denominado "Catolicismo v/s Derecho ¿Cuál es la Ley del Católico?". En esta instancia, a la cual asistieron numerosos alumnos de nuestra casa de estudios, tuvo una importante participación como moderador el profesor Javier Molina Gómez, quien intervino, además, al comienzo y al final de las exposiciones.

9. Seminario sobre responsabilidad pública

La responsabilidad pública es uno de los pilares en los cuales la Universidad del Desarrollo pretende formar y marcar una impronta a sus alumnos, motivo por el cual forma parte de los temas sobre los cuales se dictan cursos sello. Por lo mismo, el examen de la asignatura Responsabilidad Pública consistió en un seminario sobre el tema, en que expusieron diversos grupos.

10. Reunión de profesores con motivo de la finalización del año académico

Con motivo de la finalización del año académico, los profesores de la Facultad se reunieron en el Club Concepción para compartir no sólo los aspectos académicos del segundo semestre, sino también para departir entre sí y fomentar el espíritu de cuerpo. En la ocasión se tomó una fotografía de los docentes, a fin de actualizar la última, que databa del año 2000.

11. Participación en Feria del Programa de Innovaciones Metodológicas

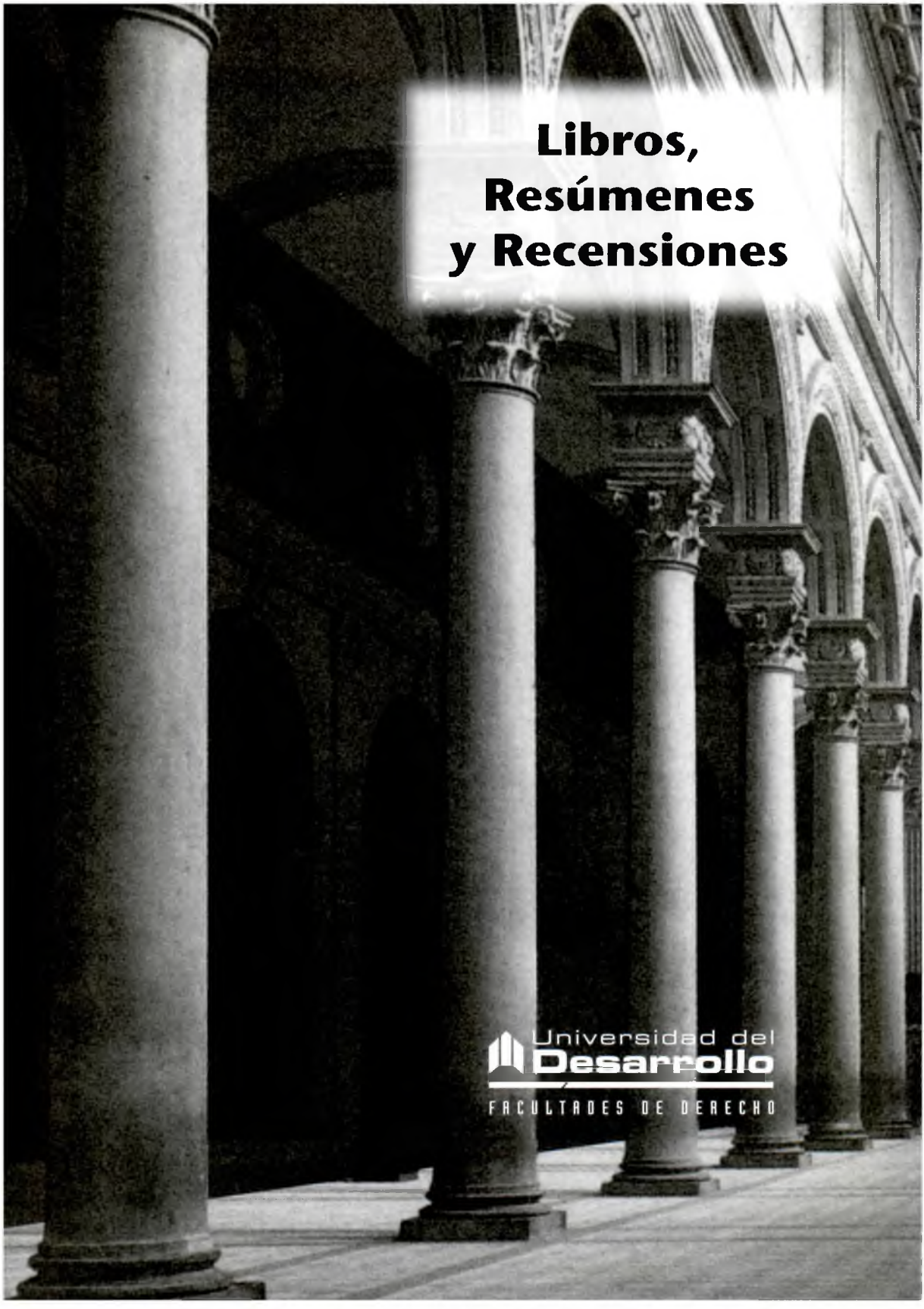
Una activa participación tuvo la Facultad de Derecho en la segunda Feria de Estrategias de Enseñanza, enmarcada en el programa de Reforma Metodológica que está adoptando la Universidad del Desarrollo en el pregrado. El objetivo principal de la actividad fue que los asistentes pudieran conocer las distintas innovaciones implementadas por las carreras que son parte del proceso de innovación este año y lograran identificar las formas de implementación de las mismas, así como los resultados obtenidos a nivel de aprendizaje de los estudiantes.

En esta ocasión varias carreras participaron en stand, en tanto que Derecho y Kinesiología realizaron exposiciones en el auditórium. En la oportunidad, la profesora Claudia Hurtado E. expuso sobre el proceso de innovación que implementó en el segundo semestre de este año y los resultados obtenidos por sus estudiantes.

12. Programas de Postgrado de la Facultad

Durante el año 2008 la Facultad dictó numerosos Programas de Postgrado, entre los cuales se cuenta el Magíster en Derecho de la Empresa, en su novena versión; el Magíster en Derecho Penal, en su primera versión; el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, en su duodécima versión; el Postítulo en Derecho Penal, en su segunda versión; seis diplomados y veinticuatro cursos de perfeccionamiento jurídico.

En su afán por diversificar su oferta académica, que permita a los juristas una formación continua, la Facultad evalúa la posibilidad de dictar el año 2009 un Postítulo en Derecho Laboral, que seguramente concitará gran interés, a raíz de la entrada en vigencia en la Octava Región, durante el próximo año, del Nuevo Procedimiento Laboral.


Libros,
Resúmenes
y Recensiones
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Bibliografía Jurídica Chilena, 2007

De **Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado**
en *Nomos*, Revista de Derecho Universidad del Viña del Mar,
Edición Especial.
Viña del Mar, 2008.

COMENTARIO:

Eduardo Andrades Rivas
Profesor Titular de Historia del Derecho
y Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La publicación que comentaremos en estas páginas ha venido a llenar un sentido anhelo de todos los que dedicamos una parte significativa de nuestros esfuerzos académicos a la investigación jurídica. En efecto, algunos años atrás en el II Encuentro de Revistas y Publicaciones Jurídicas Nacionales, organizado por el doctor Alejandro Vergara Blanco, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se reiteraba la urgencia de contar con un índice general de las publicaciones jurídicas que se editan anualmente en nuestro medio. Numerosas iniciativas habían intentado responder a tal desafío, pero siempre, unas veces por falta de medios y de la bibliografía pertinente, otras por resultar demasiado ambiciosas, las mismas se frustraban o no lograban salir del escritorio de sus impulsores.

Con todo, en el último lustro se han producido interesantes avances parciales en materia de indexación de nuestra producción jurídica, como una preparación para la obra que hoy comentamos. En efecto, algunas de las más tradicionales publicaciones jurídicas y otras noveles pero de alta calidad han contribuido con índices generales de sus respectivas ediciones. Dignos de especial mención, por su gran detalle y calidad, son los excelentes índices de la Revista de Estudios Histórico Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el Índice de Publicaciones de Derecho Público que fuera editado hace algunos años por la Revista *Ius Publicum*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y varios otros. Modestamente hemos contribuido con el Índice General de nuestra revista *Actualidad Jurídica*, que, al igual que otros, se encuentra disponible en la red Internet.

Es por ello que la edición de la Bibliografía Jurídica Chilena 2007 viene a coronar con justicia los esfuerzos anteriores, integrando nuevas publicaciones a lo que se agrega el cuidado análisis de contenidos que enseguida comentaremos.

Quienes conozcan la destacada trayectoria investigativa y bibliográfica del profesor Vicencio Eyzaguirre advertirán de inmediato que su elegante pluma permea completamente el tomo que, en 199 páginas numeradas en cifras romanas, pasa revista a toda la producción jurídica nacional del 2007.

Como los propios autores señalan, "*esta bibliografía... aspira a convertirse en una herramienta útil para el estudioso y el jurista que desee estar al día de lo que aparece en el campo, incentivando la sana discusión académica, con conocimiento más o menos completo de lo editado*". Estimamos que este propósito resulta ampliamente satisfecho por la obra que resumimos. Se trata de un estudio serio, exhaustivo y acucioso que prestará una valiosísima contribución a los académicos y juristas de nuestro medio y a los que desde el exterior quieran conocer la riqueza de nuestra discusión bibliográfica.

La obra se encabeza con un estudio acerca de las publicaciones destinadas a la recopilación y análisis de la bibliografía jurídica desde el siglo XIX y hasta nuestros días. En tal sentido la obra de Vicencio Eyzaguirre y Bassa Mercado se inscribe dentro de la más noble de las sucesiones de la *Bibliografía de los Códigos Chilenos* de Aníbal Echeverría y Reyes, verdadera ópera prima del género y por ello destacada con toda justicia por los autores.

Luego se contiene el texto de la bibliografía propiamente tal, encabezada por su sumario, el cuerpo bibliográfico jurídico, una sección destinada a las publicaciones periódicas, otra para los artículos de prensa, un índice analítico de materias y el imprescindible y utilísimo índice de autores. El sistema de catalogación opta por la sencillez, distinguiendo diversos núcleos temáticos correspondientes a otras tantas áreas jurídicas y se numeran todas las obras en forma correlativa para facilitar su manejo en los índices finales.

Destacables son las pequeñas viñetas o resúmenes que ilustran el contenido de una parte considerable de las obras incluidas en la bibliografía, las que han sido fielmente reproducidas de los originales, con lo cual se respeta la descripción sintética que los propios autores citados han dado a sus respectivos trabajos.

El trabajo que comentamos ha incluido la totalidad de las monografías y textos legales editados en Chile, igualmente las obras jurídicas que periódicamente se publican en nuestro país. Se han contemplado igualmente obras que no son especializadas, pero que habitualmente incorporan artículos de interés jurídico. Incluso se realiza un esfuerzo por incluir una referencia selectiva (en palabras

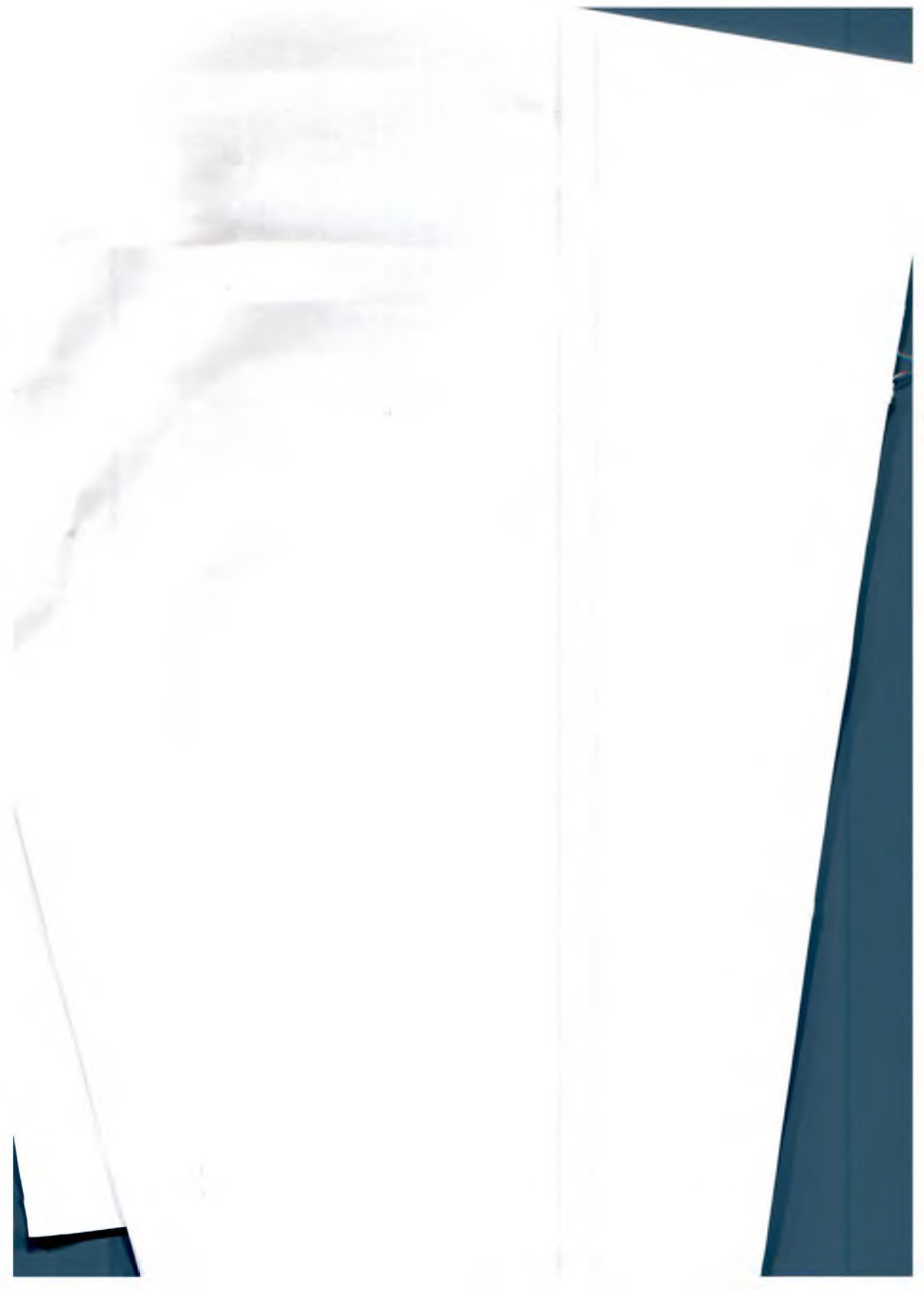
de sus autores, aunque diríamos que más bien exhaustiva por lo completo que el conjunto se aprecia) a los artículos y editoriales periodísticos que dicen relación con los temas jurídicos nacionales.

El total de artículos así colacionados arroja el interesante total de 1.263, de los cuales 901 corresponden a trabajos académicos y 362 a trabajos aparecidos en la prensa periódica. Nada despreciable para nuestro medio, en el que hasta hace pocos años no existían más que media docena de publicaciones jurídicas con un muy discontinuo esfuerzo editorial.

Nuestros autores prometen que en una venidera entrega, pues el proyecto que comentamos tiene periodicidad anual permanente, subsanarán las eventuales faltas u omisiones que su trabajo presente. Sin embargo, hemos de anotar que si éstas existen, la calidad del trabajo permite obviarlas casi por entero, pues se trata del esfuerzo más completo y serio que se ha realizado por producir una bibliografía de calidad en nuestro medio.

En razón de ello no podemos sino felicitar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viña del Mar por este notable esfuerzo editorial y a los autores, profesores Vicencio Eyzaguirre y Bassa Mercado, por tan fructífero catálogo bibliográfico, para el que formulamos votos por su futura continuación y permanencia en el tiempo.

Estamos ciertos que el texto que resumimos merece contar con una difusión adecuada en la comunidad jurídica nacional. El valor de sus contenidos y l exposición clara y asequible con que los profesores Vicencio Eyzaguirre y Ba Mercado han desarrollado su trabajo lo justifica ampliamente.



Las Obligaciones

De **René Abeliuk Manasevich**
Editorial Jurídica de Chile

COMENTARIO:

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Editorial Jurídica de Chile ha publicado una quinta edición actualizada de la obra *Las Obligaciones*, de René Abeliuk Manasevich. Se trata de un libro aparecido hace casi 40 años, que ha sido fuente de frecuentes consultas por parte de estudiantes, abogados y jueces. En las últimas cuatro décadas el derecho civil ha experimentado cambios importantes, especialmente como consecuencia de la dictación de una nueva Constitución que ha tenido una influencia determinante en todas las ramas del derecho, condicionando el alcance de muchas disposiciones legales. Asimismo, una serie de nuevos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales ha contribuido al remozamiento de esta rama de las ciencias jurídicas.

No obstante lo señalado, la estructura de nuestros Código Civil en materia de obligaciones no ha sufrido reformas o innovaciones fundamentales, lo cual ha permitido a René Abeliuk actualizar su obra y darle plena vigencia. Cabe destacar a este respecto la incorporación de nuevas citas jurisprudenciales, lo cual permite conocer las tendencias que hoy priman en nuestra Corte Suprema, tribunal del cual el autor formó parte como "abogado integrante" durante varios años, contribuyendo significativamente a enriquecer sus decisiones.

En materia de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, la obra es completa y aborda temas que han sido introducidos en los últimos tiempos a través de leyes especiales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con la responsabilidad del Estado (cuestión ampliamente debatida), la teoría de la falta o falla de servicio público, la responsabilidad en la ley del tránsito, los eventos deportivos, el daño ambiental, la apropiación de intangibles, lo ilícito en la

publicidad, la competencia desleal, el derecho del consumidor, etcétera. La tendencia actual, en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, se caracteriza por la ampliación de la cobertura de los daños indemnizables, por el establecimientos de casos excepcionales de responsabilidad objetiva, y por la introducción de estatutos especiales destinados a proteger a la persona de los riesgos inherentes al mundo moderno y masificado. Todo ello está contenido en esta obra y sistematizado de modo de hacerlo fácilmente comprensible.

No podríamos dejar de constatar que discrepamos con el autor respecto de varios temas, comenzando por el concepto mismo de obligación, a la cual nosotros damos una nueva dimensión, la que, por cierto, repercute en varias otras instituciones, como la llamada "teoría de la imprevisión", el "abuso del derecho" o el "caso fortuito". Lo que destacamos no menoscaba en absoluto los méritos que atribuimos a la obra de René Abeliuk, los que bien podrían resumirse en tres aspectos relevantes: la capacidad del autor para construir una teoría completa de las obligaciones en algo más de 1.200 páginas; la actualización de instituciones que han experimentado transformaciones importantes, sea por la vía jurisprudencial o legislativa; y la claridad de las explicaciones, lo cual accede en beneficio de quien busca respuestas concretas ante situaciones o conflictos particulares.

Toda obra sobre derecho debe procurar servir a la comunidad jurídica, entendiendo por tal a aquella integrada por los legisladores, los jueces y los abogados. Un tratado que consigue sintetizar todo un capítulo del derecho civil, como el relativo a las obligaciones, está llamado a prestar un servicio inestimable. Suelen los autores –especialmente algunos latinoamericanos– producir trabajos recargados de citas y referencias, con una muy escasa contribución personal. Puede ello ser útil para los estudiosos que buscan confrontar sus ideas con las ideas ajenas, pero no representa un aporte efectivo en el avance de la ciencia jurídica. Por lo mismo, creemos que quienes más y mejor contribuyen al desarrollo y perfeccionamiento del derecho son aquellos autores que plantean nuevas teorías o proposiciones interpretativas, o bien aquellos otros que sistemáticamente son capaces de explicar toda una institución o capítulos completos de una rama del conocimiento jurídico, resaltando su relación con otras materias afines. Sin restar méritos a la obra de René Abeliuk, que en cierto sentido se proyecta en ambas dimensiones, creemos que predomina en él esta segunda perspectiva. De allí que no sea ilusorio afirmar que ningún abogado ni ningún magistrado, a la hora de decidir, podrá prescindir de consultar esta obra. Así ha sucedido en la práctica durante casi cuarenta años (la primera edición data de 1970) y, atendida su actualización, es de presumir que perdurará por otro espacio semejante de tiempo.

No podría concluir este comentario sin aludir a la personalidad del autor. René Abeliuk Manasevich ha sido esencialmente un abogado, a pesar de sus exitosas incursiones en el campo político. Su paso por la Corte Suprema contribuyó a dar un mayor peso y versación a las sentencias del máximo tribunal. Sus trabajos sobre la filiación (en cuya reforma legislativa participó activamente) y sobre la sucesión por causa de muerte revelan en él una pasión poco frecuente por el estudio del derecho. Es por ello que los abogados nos consideramos, en medida nada despreciable, tributarios de su pensamiento y de su esfuerzo. Sólo cabe, entonces, agradecer este nuevo aporte, el que está llamado a perdurar plenamente vigente por mucho tiempo.

Índice Revista Ius Publicum N° 21 / 2008
Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

José Francisco Aguirre Ossa: *Una aproximación al Derecho (y un poco a la ley) sobre la base de la doctrina de Santo Tomás*
Sergio Raúl Castaño: *La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes*
Mariana Sánchez Caparrós: *Breve reflexión acerca de las "Retenciones", el control judicial de constitucionalidad y la necesidad de derogar el Artículo 755 del Código Aduanero (Ley N° 22.415)*
Eduardo Soto Klöss: *La jerarquía (Un principio básico de la organización administrativa del Estado)*
Eduardo Meins Olivares: *Revisión de las sentencias firmes en el nuevo proceso penal*
Eugenio Pérez de Francisco: *La necesaria redacción de los Convenios III ½ y V de Ginebra o de la desaparición de determinadas conductas en caso de conflicto armado*

IN MEMORIAM

Gerardo Rocha Vera
Jaime Eyzaguirre Gutiérrez

CRÓNICA

Max Silva Abbott: *Población y valores*
Hernán Corral Talciani: *Matrimonio religioso con efectos civiles*
Gonzalo Rojas Sánchez: *Reflexiones fuertes*
Hermógenes Pérez de Arce: *Y ahora... el verdadero Allende*
Benjamín Correa Palacios: *Corrupción: ¿por qué se roba?*
María de los Ángeles Fernández Eyzaguirre: *¿Hacia un botiquín oficial para la juventud?*
Iván Aróstica Maldonado: *Chile, always surprising: ¿Sanciones sobre la marcha?*
Sergio Raúl Castaño: *Democracia y representación hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo*
Max Colodro: *El autodesalojo de la Concertación*

DOCUMENTOS

Su Santidad Pablo VI: *Humanae Vitae. Encíclica sobre la regulación de la natalidad (25.7. 1968)*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Partecipanti al Congresso Internazionale Promosso Dalla Pontificia Universitá Lateranense, Nel 40° Anniversario De'll Encíclica "Humanae Vitae". 10 maggio 2008*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Membri del Movimento per la Vita italiano. 12 maggio 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Discurso del Papa Benedicto XVI a los participantes en un coloquio internacional sobre la identidad del individuo. 28 de enero de 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la XLII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. 4 de mayo de 2008*

S.S. Benedicto XVI: *Viaje apostólico a los Estados Unidos de América. Ceremonia de bienvenida. Discurso en la Casa Blanca, Washington D.C. 16 de abril de 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. 18 de abril de 2008*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Partecipanti All'Assemblea Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali. Sala del Concistoro. 3 maggio 2008*
Juan de Dios Vial Correa: *El embrión, el aborto y la contracepción de emergencia*
Noticias Globales: *USA: Defensa del embrión humano*
AICA: *El aborto ya ha eliminado a una cuarta parte de la humanidad. Madrid (España), 7 de julio de 2008*
Temas y Noticias: *Efectos del control de la natalidad*
Noticias Globales: *ONU: el regreso de Malthus*
AICA: *El episcopado brasileño denuncia a los promotores y financistas del aborto*
Gonzalo Vial Correa: *El "estilo Curepto"*
Gonzalo Vial Correa: *El gobierno, que gobierne*
Cristián Warnken: *¿Cuántas "Gabrielas"?*
Rodrigo Bosch: *Calidad de la educación para todos*
Gonzalo Rojas: *Una ola de malestar social*
Beatriz Corbo: *La intolerancia de los tolerantes*
Acción Familia: *2008: ¿Renace en Chile la lucha de clases?*

JURISPRUDENCIA

Más allá de la píldora. *Reflexiones en torno al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 740-07 (Patricio Muñoz Díaz)*

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E-mail

Tipo de Suscripción

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

❑ Boleta ❑ Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

El 28 de julio, la Facultad de Derecho debatió en un Seminario sobre **Información Privilegiada**. Días antes se había publicado en la prensa la noticia nacional en la cual ocho ejecutivos vinculados en las negociaciones del fracasado acuerdo entre D&S fueron sancionados por la Superintendencia de Valores y Seguros y Falabella puso en la agenda el debate sobre el tema. Con una presentación inicial, Francisco Pfeffer, Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la UDD, abrió la exposición. Participaron Guillermo Larraín, Superintendente de Valores y Seguros (SVS), los socios de Claro y Cía. José María y Cristóbal Eyzaguirre, y el socio de Barros y Errázuriz José Tomás Errázuriz.

El martes 09 de septiembre de 2008 se realizó el Seminario sobre **Solución de Controversias Empresariales a través de la Mediación y el Arbitraje**. En esa ocasión participaron connotados expositores, como el abogado y profesor de Derecho Procesal de la U. de Chile Sr. Raúl Tavolari O., la abogada, Directora Ejecutiva y Secretaria General del Centro de Mediación y Arbitraje (CAM Santiago) de la Cámara de Comercio de Santiago Sra. Karin Helmlinger C.,. el abogado de CAM Santiago, Sr. Javier Cruz T., y finalmente la Sra. Elina Mereminskaya I., Profesora de Arbitraje Comercial Internacional U. de Chile y Consejera Especial Área Internacional e Investigación CAM Santiago. En esta actividad académica se extrajeron valiosas conclusiones en un tema de indudable interés práctico.

El 29 de octubre se presentó el Seminario sobre **Distintos Aspectos de la Responsabilidad Profesional en Chile**. El Decano de la Facultad, Sr. Pablo Rodríguez G., abrió el tema sobre las actuales tendencias en materia de responsabilidad civil de los profesionales liberales, exposición que fue compartida con el profesor Ambrosio Rodríguez Q., quien enmarcó el tema dentro de las normas del Código Civil chileno. En esta oportunidad contamos con la participación del abogado Pedro Zelaya E., quien abordó los aspectos de los profesionales de la salud, bajo un prisma teórico práctico. Finalmente, el abogado y liquidador oficial de seguros Sr. Carlos Goñi G. trató el tema de los seguros de responsabilidad civil en Chile, específicamente en relación a las pólizas aplicables a abogados y médicos, generando un debate de alto nivel.

Lanzamiento del libro de don William Thayer

En un emotivo acto, la Facultad de Derecho presentó el libro "Dimensión histórica del Código del Trabajo", del profesor William Thayer Arteaga, ex Ministro del Trabajo y Previsión Social. El Director de Extensión, Sr. Héctor Humeres Noguer, abrió la presentación del libro y en seguida el Decano de la Facultad le dirigió un sentido homenaje al autor. El comentario del libro estuvo a cargo del señor Guillermo Arthur Errázuriz, Presidente de la Asociación Gremial de AFP y para cerrar, el profesor William Thayer Arteaga hizo una sentida reflexión sobre los episodios que le tocó vivir en sus 90 años.

V. Actividades de la Escuela de Postgrado

La Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho, realizó durante el año 2008 las siguientes actividades:

Magíster en Derecho de la Empresa 2005

El lunes 11 de agosto de 2008 se puso término a este programa con la ceremonia de titulación en la que se graduaron los siguientes alumnos: Gonzalo Andrés Bustos Carbone, Rodrigo Andrés Calderón Villena, María Fernanda Juppet Ewing, Patricio Andrés Oyaneder Davies y Raúl Alfonso Valenzuela Mercado.

El premio "Universidad del Desarrollo", al mejor alumno del programa, fue otorgado a don Rodrigo Andrés Calderón Villena, quien lo recibió de manos del Decano de la Facultad.

LL.M. Executive 2007 – Magíster en Derecho Económico y Financiero

El LL.M. Executive es un programa de Postgrado que al término de tres semestres conduce al grado académico de Magíster en Derecho Económico y Financiero.

Las clases están a cargo de prestigiosos académicos, con gran experiencia docente, y de abogados de los más importantes e influyentes estudios jurídicos de Santiago, así como de los principales entes reguladores y de grandes empresas del país. Los profesores tratan en clases casos reales y aspectos específicos de las áreas de práctica en las que ellos se desempeñan, y en las que son reconocidos como los mejores del mercado.

Durante el primer semestre de 2008 se impartió el tercer y último semestre de este programa. Por ello, en el mes de agosto, y en una significativa ceremonia, se graduaron los siguientes alumnos: Hugo Cristian Álvarez Cárcamo, Cristian Carlos Apparcel Correa, Nelson Francisco Fuenzalida Marín, Alfredo Ernesto Guzmán Gaete, Julio Alberto Justiniano Ramírez, Daniel Alejandro Mancini Esquivel, Cristian Marcelo Manzur Jiménez, Oscar Daniel Rojas Astudillo, José Ignacio Urrutia Aray, Omar Manuel Rosendo Valdés Moyano y María Fernanda Zelada Guzmán. En dicha oportunidad, el Decano de la Facultad don Pablo Rodríguez Grez hizo entrega del Premio "Universidad del Desarrollo" a don Julio Alberto Justiniano Ramírez, por ser el mejor alumno de este programa.

LL.M. Executive 2008 – Magíster en Derecho Económico y Financiero

En abril de 2008 se dio inicio a la tercera versión de este programa. A esta fecha, los alumnos ya han cursado los dos primeros semestres. Las clases se reanudarán en el mes de marzo, oportunidad en la que se impartirá el tercer y último semestre.

Postítulo en Derecho Penal 2007

La segunda versión de este programa, en el que se trataron materias tanto de la parte general como de la parte especial de esta rama del derecho, se dio por finalizada en el mes de agosto de 2008, con la correspondiente ceremonia de titulación.

El Decano don Pablo Rodríguez Grez hizo entrega del Premio "Universidad del Desarrollo" al mejor alumno del programa, don Jorge Arnoldo Patricio Tesche Muñoz.

Postítulo en Derecho Tributario 2008

Entre los meses de mayo a octubre de 2008 se impartió la segunda versión de este programa, a través del cual los alumnos pudieron conocer en detalle el sistema de tributos vigente en Chile, y adquirir destrezas para enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, mediante una especialización actual y práctica en estas materias.

El cuerpo académico que imparte este programa es de un alto nivel, y en él se destacan abogados y contadores auditores especialistas en cada uno de los temas que enseñan.

Durante el año 2009 se impartirá una nueva versión de este postítulo.

Postítulo en Derecho del Trabajo 2008: La Relación Laboral y la Empresa Sustentable

La segunda versión de este programa se impartió entre los meses de abril y julio de 2008, con el propósito de otorgar a los alumnos el conocimiento y las destrezas necesarios para enfrentar las nuevas realidades de la organización empresarial y del trabajo, ya sea desde el interior de las empresas, como desde fuera de ellas.

El cuerpo académico estuvo integrado por destacados abogados, que se desempeñan tanto en el ejercicio libre de la profesión, como en diversas instituciones públicas y/o privadas que tienen incidencia en las materias impartidas.

el cual se analizaron las consecuencias jurídicas y prácticas que en los principios

Curso Nuevo Procedimiento Laboral

En atención a la reciente entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, entre el 29 de septiembre y el 29 de octubre de 2008 se impartió un curso en el cual se analizaron las consecuencias jurídicas y prácticas que en los principios e instituciones del derecho procesal del trabajo trae aparejada esta importante reforma al sistema de justicia laboral en Chile.

El cuerpo docente estuvo integrado por los abogados Tita Aránguiz Zúñiga, Javiera González Sepúlveda, Cecily Halpern Montecino, Héctor Humeres Noguer, Umberto Montiglio Valenzuela, Fernando Román Díaz y Patricio Valdés Aldunate.

Además de la formación teórica, se impartió un taller de simulación de causas laborales tramitadas en este nuevo procedimiento.

IV Jornadas de Actualización en Derecho Civil 2008

Este programa de once sesiones, impartidas entre el 13 de octubre y el 17 de noviembre de 2008, tuvo por objeto tratar materias de relevante importancia en la evolución y progreso del Derecho Civil, con el propósito de dejar en evidencia la renovación y modernización de esta disciplina fundamental de las ciencias jurídicas.

Para ello, se trataron materias relacionadas con la responsabilidad, la teoría del riesgo, así como con los principios de buena fe, reparación del mal causado, igualdad de los contrayentes, entre otros.

El cuerpo docente estuvo integrado por los abogados Enrique Alcalde Rodríguez, Jorge Baraona González, Ángel Cruchaga Gandarillas, Gustavo Cuevas Manríquez, Ramón Domínguez Águila, Alejandro Guzmán Brito, Ruperto Pinochet Olave, Pablo Rodríguez Grez, Ambrosio Rodríguez Quirós, Hugo Rosende Álvarez y Claudia Schmidt Hott.

VI. Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados

Sean mis primeras palabras de congratulación a los nuevos licenciados. Sé, positivamente, que para alcanzar este grado académico han debido esforzarse, salvar muchos escollos y superar pruebas agotadoras. Nuestra Facultad ha querido que el "grado" de licenciado en derecho lo obtengan quienes demuestren, no sólo conocimientos, sino una cabal comprensión de lo que constituye el sistema jurídico y, sobre todo, una sólida formación ética, porque nuestra profesión está plagada de tentaciones y presiones que bien pueden desviarlos del camino que se han trazado. Todos los sacrificios realizados tienen en este momento su retribución, porque serán habilitados para ejercer la noble profesión de abogado. Puede ella acercarlos a la justicia o a la inequidad, a la nobleza o a la servidumbre. A partir de este momento son ustedes los únicos dueños de su destino y no tendrán otro juez que su propia conciencia. No vacilen en juzgarse duramente, practiquen la autocrítica y no se conformen con la mediocridad. Intenten superarla, pero siempre con buenas armas. No olviden, tampoco, que para triunfar es necesario imponerse una férrea autodisciplina. Nada se consigue en la vida sin esfuerzo y este imperativo debe nacer de ustedes mismos, porque sólo así rendirá frutos auténticos.

Corresponderá a nuestros graduados participar en un medio profesional altamente competitivo. Esta circunstancia hará difíciles las tareas que emprenderán, pero será un reto digno de enfrentarse. La competencia es siempre un aliciente para superarse y yo sé que aprovecharán este incentivo y no se dejarán seducir por el oropel de las conquistas fáciles.

Quiero poner acento, en esta oportunidad, en una virtud sin la cual arrastrarán siempre la pesadumbre y el pesimismo: me refiero a la lealtad.

El abogado, ante todo, debe ser leal. Su lealtad debe manifestarse, en primer lugar, con los principios y valores que han inspirado su formación y su existencia. Quien reniega de sus ideales, en pos de lograr beneficios materiales o halagos pasajeros, no podrá conquistar jamás la satisfacción espiritual que depara el éxito. Recuerden la lección conmovedora que encierra la vida y la muerte de Tomás Moro, que no se doblegó ante el poder terrenal ni abdicó de su fe. Descubran en ese sacrificio la fortaleza irreductible del espíritu y la prueba más elocuente de que el hombre es portador de valores eternos.

El abogado debe ser leal con el derecho, porque en él hallarán la expresión más pura de la justicia. Apliquen la ley sin resquicios, no burlen su voluntad, ni dejen que ella sirva intereses espurios o despreciables. No olviden que toda norma jurídica está fundada en las preferencias morales de la comunidad y que, por lo

mismo, al respetar la norma, están imponiendo la ética que hace posible y fácil la vida social.

En la actividad judicial el abogado debe ser leal con su cliente y con su contraparte. No cabe entre nosotros el ataque a mansalva o alevoso, ello es propio de la selva, no del foro; de las bestias, no de los hombres. Pero tampoco vacilen en la defensa de la causa que abracen. Empápense de la justicia de su misión, porque es ese el único tónico que les dará fuerza, decisión y empuje. Nunca se comprometan con la injusticia, por lucrativa que pueda resultarles, porque ese será el comienzo de una descomposición que terminará por arruinarlos material y espiritualmente.

El abogado debe ser leal con el juez, como quiera que éste actúe y cualquiera que sea su resolución. Piensen que la tarea del Magistrado se aliviará y será más perfecta en la medida que reciba de ustedes una colaboración enriquecedora y provechosa. Tengan siempre presente que el abogado, como lo señala nuestro Código de Ética, es un colaborador de la justicia y que ella no se alcanzará sin vuestro concurso. No vacilen en desafiar al mundo si sufren una inequidad, ni olviden que quien cree en la justicia de su causa, como dijo un connotado tratadista, es capaz de cambiar el curso de las estrellas.

Finalmente, el abogado debe ser leal con quienes contribuyeron a su formación profesional, con su Universidad, con los profesores que les entregaron su experiencia, sus conocimientos y les dieron las orientaciones que les permitirán llegar a buen puerto.

Nuestra Facultad, con apenas diez años de existencia en Santiago, se ha transformado en una de las mejores del país. Esta realidad, que nos enorgullece, debe profundizarse y consolidarse. Creemos que son ustedes, nuestros licenciados, quienes tienen en sus manos la misión de proyectar la tarea ejecutada. Vuestro éxito será la mejor recompensa para la Universidad que los formó y la única manera de devolverle, en parte, cuanto se ha hecho por ustedes. La antorcha que hemos querido encender en el cerebro y en el corazón de cada uno de nuestros licenciados la depositamos en vuestras manos con la certidumbre de que brillará cada día con más fuerza.

Quiero recordarles que el abogado no termina nunca de estudiar, porque el derecho se va haciendo y rehaciendo sucesivamente a través de su aplicación, y porque las normas se renuevan a medida que la sociedad experimenta cambios y transformaciones. Por lo mismo, estarán ustedes obligados a actualizar sus conocimientos y, sobre todo, a colaborar en el proceso de cambio, en donde quiera que ejerzan su profesión o actúen en la vida pública.

Por último, es útil recordarles también que el ímpetu de la juventud, al cual tanto debemos en nuestro temprano afán de superación y perfeccionamiento, les llevará, no pocas veces, a fracasos y frustraciones. Paradójicamente, estos traspiés les serán tan útiles como los éxitos y los aciertos. No olviden que la verdadera perfección se alcanza en la medida que se es capaz de valorar lo positivo y lo negativo, lo dulce y lo amargo, la luz y la sombra. No desdeñen la experiencia, pero tampoco se intimiden ante ella. Sírvanse de todos los materiales que el destino deposite en sus manos, pero, por sobre todo, pongan su fe en sus familias, tanto aquella en cuyo seno nacieron como la que formen más adelante, porque ella permanecerá a vuestro lado inconmovible ante cualquier adversidad o descalabro.

Al comenzar esta nueva etapa en el alucinante camino de la vida, no quiero que estas palabras suenen como una clase más. Sólo he procurado trasmitirles lo que nace de lo más profundo de mi espíritu, depositando en ustedes la esperanza de que, en el día de mañana, sean el mejor testimonio de que hemos cumplido con las tareas y propósitos que asumimos hace ya varios años, cuando, siendo adolescentes, ingresaron esperanzados a nuestra Facultad.

Muchas gracias.

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Segundo semestre 2008

Claudia Hurtado Espinoza
Profesora de Introducción al Derecho
Facultad de Derecho - Concepción
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En este acápite de la revista pretendemos dar una mirada sinóptica a los principales hitos de la actividad académica desarrollada durante el segundo semestre del año 2008.

1. Cursos de la Academia Judicial

La Facultad dictó este semestre dos cursos en el marco de la formación que imparte la Academia Judicial, esto es, el de "Medidas Cautelares en Materia Civil", que se desarrolló entre el 19 y el 21 de agosto de 2008, y el de "Recursos en Materia Civil", que se dictó entre el 23 y el 25 de septiembre de 2008, ambos a cargo de los profesores Sres. Patricio Gómez Eriz, Eduardo Carrasco Buvinic y Javier Molina Gómez.

2. Curso Nuevo Procedimiento Laboral

Consciente de la importancia de difundir y capacitar a los abogados en el nuevo procedimiento laboral, que entrará en vigor en nuestra región a fines de abril de 2009, la Facultad dictó entre los días 21 de noviembre y 12 de diciembre un curso sobre el tema, que estuvo a cargo de los profesores María E. Montt Retamales y Javier Molina Gómez.

3. Ciclo de charlas para alumnos

Durante el semestre se organizó un ciclo de charlas para alumnos, en que profesores de la Facultad abordaron temas civiles y penales que despertaron un vivo interés de los alumnos que se concretó en una nutrida asistencia. Entre otros temas, se abordaron los siguientes: "La corrupción", que dictó el abogado Sr.

Leopoldo Sanhueza; "Víctima y Proceso Penal", que expuso el juez del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, Sr. Adolfo Cisternas; e "Incumplimiento de la obligación alimenticia frente al divorcio unilateral", a cargo del profesor de la Facultad Sr. Andrés Kuncar O.

4. Participación de profesores y alumnos en las Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Civil

Los profesores de Derecho Civil de la Facultad participaron en las Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Diego Portales, en Olmué. Asistieron varios profesores, entre los cuales se cuentan los Sres. Eduardo Darritchon, Christian Fernández y la Srta. Paz Gallardo, además de numerosos alumnos. El profesor Andrés Kuncar Oneto presentó la ponencia "El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia" y el profesor Bruno Caprile Biermann, por su parte, analizó "La ley de venta en verde. Las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007".

5. Semana aniversario de la Facultad

La semana del 20 de octubre se celebró la ya tradicional Semana de la Facultad, en que los alumnos participaron en múltiples actividades deportivas. Destacamos especialmente el partido de fútbol de los profesores y los alumnos, que tradicionalmente es muy reñido y terminó con un empate; en tanto, una verdadera sorpresa dieron las profesoras y administrativas de la Facultad, que vencieron al equipo de las alumnas.

Las actividades culminaron con una fiesta de gala en las dependencias del Estadio Español. En la oportunidad los alumnos pudieron compartir un grato momento de esparcimiento con los profesores, que como en años anteriores departen con los alumnos en un clima de mucho respeto.

6. Alumnos participan en programa "Trabajo País" y en semana solidaria

Los alumnos de la Facultad participaron en el proyecto solidario católico "Trabajo País", que apoya la Pastoral de la UDD, y que procura fomentar tanto en los voluntarios como en los beneficiados, un profundo compromiso con la patria, cuyo punto de partida es Cristo.

Como es ya una tradición, varios de nuestros alumnos, con un espíritu de entrega, renunciaron a su vacaciones de invierno y se trasladaron a distintos sectores, en esta oportunidad, las localidades de Chaimávida, Lirquén y Pedro

de Valdivia, a compartir con las familias de estos lugares y a concretar un proyecto de construcción.

En el mismo ámbito, como una manifestación del interés por la responsabilidad pública y la solidaridad con nuestro entorno, un importante número de alumnos de la Facultad compartieron una tarde infantil con niños del hogar de acogida "María Ayuda". La actividad, organizada por la Pastoral de la UDD, se llevo a cabo durante el mes de septiembre.

7. Reconocimiento del MECESUP para la Facultad

La participación activa en la implementación de las denominadas reformas metodológicas permitió a la Facultad obtener un reconocimiento especial del Programa de Mejoramiento de la Calidad y la Equidad de la Educación Superior (MECESUP) en las siguientes asignaturas: Introducción al Derecho Civil, impartida por la profesora Gina Samith V.; Derecho Procesal Orgánico, a cargo del profesor Javier Molina G.; e Historia del Derecho, cuyo profesor es el Sr. Eduardo Andrades R.

Cabe recordar que a partir del segundo semestre de 2006 se puso en marcha un plan piloto en una asignatura semestral de primer año, a cargo de la profesora Samith. Debido al éxito de esas innovaciones y a la favorable recepción por parte de los alumnos, quienes concluyeron haber aprendido más y mejor, actualmente son siete las asignaturas que han incorporado el proceso de aprendizaje a sus metodologías de enseñanzas.

8. Profesor Javier Molina participa en encuentro sobre Catolicismo v/s Derecho

La Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción organizó durante el mes de agosto un encuentro denominado "Catolicismo v/s Derecho ¿Cuál es la Ley del Católico?". En esta instancia, a la cual asistieron numerosos alumnos de nuestra casa de estudios, tuvo una importante participación como moderador el profesor Javier Molina Gómez, quien intervino, además, al comienzo y al final de las exposiciones.

9. Seminario sobre responsabilidad pública

La responsabilidad pública es uno de los pilares en los cuales la Universidad del Desarrollo pretende formar y marcar una impronta a sus alumnos, motivo por el cual forma parte de los temas sobre los cuales se dictan cursos sello. Por lo mismo, el examen de la asignatura Responsabilidad Pública consistió en un seminario sobre el tema, en que expusieron diversos grupos.

10. Reunión de profesores con motivo de la finalización del año académico

Con motivo de la finalización del año académico, los profesores de la Facultad se reunieron en el Club Concepción para compartir no sólo los aspectos académicos del segundo semestre, sino también para departir entre sí y fomentar el espíritu de cuerpo. En la ocasión se tomó una fotografía de los docentes, a fin de actualizar la última, que databa del año 2000.

11. Participación en Feria del Programa de Innovaciones Metodológicas

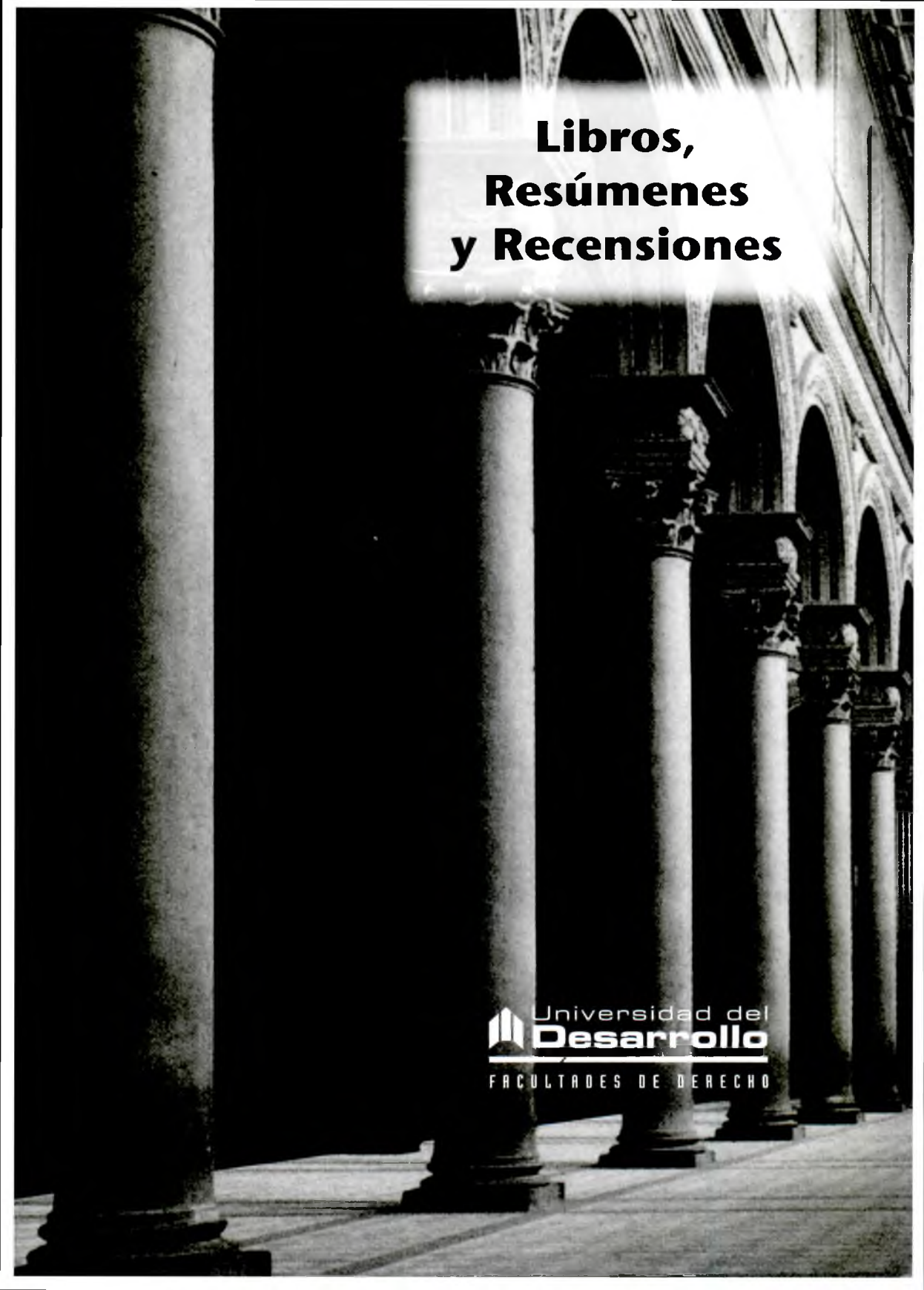
Una activa participación tuvo la Facultad de Derecho en la segunda Feria de Estrategias de Enseñanza, enmarcada en el programa de Reforma Metodológica que está adoptando la Universidad del Desarrollo en el pregrado. El objetivo principal de la actividad fue que los asistentes pudieran conocer las distintas innovaciones implementadas por las carreras que son parte del proceso de innovación este año y lograran identificar las formas de implementación de las mismas, así como los resultados obtenidos a nivel de aprendizaje de los estudiantes.

En esta ocasión varias carreras participaron en stand, en tanto que Derecho y Kinesiología realizaron exposiciones en el auditórium. En la oportunidad, la profesora Claudia Hurtado E. expuso sobre el proceso de innovación que implementó en el segundo semestre de este año y los resultados obtenidos por sus estudiantes.

12. Programas de Postgrado de la Facultad

Durante el año 2008 la Facultad dictó numerosos Programas de Postgrado, entre los cuales se cuenta el Magíster en Derecho de la Empresa, en su novena versión; el Magíster en Derecho Penal, en su primera versión; el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, en su duodécima versión; el Postítulo en Derecho Penal, en su segunda versión; seis diplomados y veinticuatro cursos de perfeccionamiento jurídico.

En su afán por diversificar su oferta académica, que permita a los juristas una formación continua, la Facultad evalúa la posibilidad de dictar el año 2009 un Postítulo en Derecho Laboral, que seguramente concitará gran interés, a raíz de la entrada en vigencia en la Octava Región, durante el próximo año, del Nuevo Procedimiento Laboral.


Libros,
Resúmenes
y Recensiones
Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Bibliografía Jurídica Chilena, 2007

De **Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado**
en *Nomos*, Revista de Derecho Universidad del Viña del Mar,
Edición Especial.
Viña del Mar, 2008.

COMENTARIO:

Eduardo Andrades Rivas
Profesor Titular de Historia del Derecho
y Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La publicación que comentaremos en estas páginas ha venido a llenar un sentido anhelo de todos los que dedicamos una parte significativa de nuestros esfuerzos académicos a la investigación jurídica. En efecto, algunos años atrás en el II Encuentro de Revistas y Publicaciones Jurídicas Nacionales, organizado por el doctor Alejandro Vergara Blanco, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se reiteraba la urgencia de contar con un índice general de las publicaciones jurídicas que se editan anualmente en nuestro medio. Numerosas iniciativas habían intentado responder a tal desafío, pero siempre, unas veces por falta de medios y de la bibliografía pertinente, otras por resultar demasiado ambiciosas, las mismas se frustraban o no lograban salir del escritorio de sus impulsores.

Con todo, en el último lustro se han producido interesantes avances parciales en materia de indexación de nuestra producción jurídica, como una preparación para la obra que hoy comentamos. En efecto, algunas de las más tradicionales publicaciones jurídicas y otras noveles pero de alta calidad han contribuido con índices generales de sus respectivas ediciones. Dignos de especial mención, por su gran detalle y calidad, son los excelentes índices de la Revista de Estudios Histórico Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el Índice de Publicaciones de Derecho Público que fuera editado hace algunos años por la Revista *Ius Publicum*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y varios otros. Modestamente hemos contribuido con el Índice General de nuestra revista *Actualidad Jurídica*, que, al igual que otros, se encuentra disponible en la red Internet.

Es por ello que la edición de la Bibliografía Jurídica Chilena 2007 viene a coronar con justicia los esfuerzos anteriores, integrando nuevas publicaciones a lo que se agrega el cuidado análisis de contenidos que enseguida comentaremos.

Quienes conozcan la destacada trayectoria investigativa y bibliográfica del profesor Vicencio Eyzaguirre advertirán de inmediato que su elegante pluma permea completamente el tomo que, en 199 páginas numeradas en cifras romanas, pasa revista a toda la producción jurídica nacional del 2007.

Como los propios autores señalan, "e*sta bibliografía... aspira a convertirse en una herramienta útil para el estudioso y el jurista que desee estar al día de lo que aparece en el campo, incentivando la sana discusión académica, con conocimiento más o menos completo de lo editado*". Estimamos que este propósito resulta ampliamente satisfecho por la obra que resumimos. Se trata de un estudio serio, exhaustivo y acucioso que prestará una valiosísima contribución a los académicos y juristas de nuestro medio y a los que desde el exterior quieran conocer la riqueza de nuestra discusión bibliográfica.

La obra se encabeza con un estudio acerca de las publicaciones destinadas a la recopilación y análisis de la bibliografía jurídica desde el siglo XIX y hasta nuestros días. En tal sentido la obra de Vicencio Eyzaguirre y Bassa Mercado se inscribe dentro de la más noble de las sucesiones de la *Bibliografía de los Códigos Chilenos* de Aníbal Echeverría y Reyes, verdadera ópera prima del género y por ello destacada con toda justicia por los autores.

Luego se contiene el texto de la bibliografía propiamente tal, encabezada por su sumario, el cuerpo bibliográfico jurídico, una sección destinada a las publicaciones periódicas, otra para los artículos de prensa, un índice analítico de materias y el imprescindible y utilísimo índice de autores. El sistema de catalogación opta por la sencillez, distinguiendo diversos núcleos temáticos correspondientes a otras tantas áreas jurídicas y se numeran todas las obras en forma correlativa para facilitar su manejo en los índices finales.

Destacables son las pequeñas viñetas o resúmenes que ilustran el contenido de una parte considerable de las obras incluidas en la bibliografía, las que han sido fielmente reproducidas de los originales, con lo cual se respeta la descripción sintética que los propios autores citados han dado a sus respectivos trabajos.

El trabajo que comentamos ha incluido la totalidad de las monografías y textos legales editados en Chile, igualmente las obras jurídicas que periódicamente se publican en nuestro país. Se han contemplado igualmente obras que no son especializadas, pero que habitualmente incorporan artículos de interés jurídico. Incluso se realiza un esfuerzo por incluir una referencia selectiva (en palabras

de sus autores, aunque diríamos que más bien exhaustiva por lo completo que el conjunto se aprecia) a los artículos y editoriales periodísticos que dicen relación con los temas jurídicos nacionales.

El total de artículos así colacionados arroja el interesante total de 1.263, de los cuales 901 corresponden a trabajos académicos y 362 a trabajos aparecidos en la prensa periódica. Nada despreciable para nuestro medio, en el que hasta hace pocos años no existían más que media docena de publicaciones jurídicas con un muy discontinuo esfuerzo editorial.

Nuestros autores prometen que en una venidera entrega, pues el proyecto que comentamos tiene periodicidad anual permanente, subsanarán las eventuales faltas u omisiones que su trabajo presente. Sin embargo, hemos de anotar que si éstas existen, la calidad del trabajo permite obviarlas casi por entero, pues se trata del esfuerzo más completo y serio que se ha realizado por producir una bibliografía de calidad en nuestro medio.

En razón de ello no podemos sino felicitar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viña del Mar por este notable esfuerzo editorial y a los autores, profesores Vicencio Eyzaguirre y Bassa Mercado, por tan fructífero catálogo bibliográfico, para el que formulamos votos por su futura continuación y permanencia en el tiempo.

Estamos ciertos que el texto que resumimos merece contar con una difusión adecuada en la comunidad jurídica nacional. El valor de sus contenidos y la exposición clara y asequible con que los profesores Vicencio Eyzaguirre y Bassa Mercado han desarrollado su trabajo lo justifica ampliamente.

Las Obligaciones

De **René Abeliuk Manasevich**
Editorial Jurídica de Chile

COMENTARIO:

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Editorial Jurídica de Chile ha publicado una quinta edición actualizada de la obra *Las Obligaciones*, de René Abeliuk Manasevich. Se trata de un libro aparecido hace casi 40 años, que ha sido fuente de frecuentes consultas por parte de estudiantes, abogados y jueces. En las últimas cuatro décadas el derecho civil ha experimentado cambios importantes, especialmente como consecuencia de la dictación de una nueva Constitución que ha tenido una influencia determinante en todas las ramas del derecho, condicionando el alcance de muchas disposiciones legales. Asimismo, una serie de nuevos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales ha contribuido al remozamiento de esta rama de las ciencias jurídicas.

No obstante lo señalado, la estructura de nuestros Código Civil en materia de obligaciones no ha sufrido reformas o innovaciones fundamentales, lo cual ha permitido a René Abeliuk actualizar su obra y darle plena vigencia. Cabe destacar a este respecto la incorporación de nuevas citas jurisprudenciales, lo cual permite conocer las tendencias que hoy priman en nuestra Corte Suprema, tribunal del cual el autor formó parte como "abogado integrante" durante varios años, contribuyendo significativamente a enriquecer sus decisiones.

En materia de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, la obra es completa y aborda temas que han sido introducidos en los últimos tiempos a través de leyes especiales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con la responsabilidad del Estado (cuestión ampliamente debatida), la teoría de la falta o falla de servicio público, la responsabilidad en la ley del tránsito, los eventos deportivos, el daño ambiental, la apropiación de intangibles, lo ilícito en la

publicidad, la competencia desleal, el derecho del consumidor, etcétera. La tendencia actual, en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, se caracteriza por la ampliación de la cobertura de los daños indemnizables, por el establecimientos de casos excepcionales de responsabilidad objetiva, y por la introducción de estatutos especiales destinados a proteger a la persona de los riesgos inherentes al mundo moderno y masificado. Todo ello está contenido en esta obra y sistematizado de modo de hacerlo fácilmente comprensible.

No podríamos dejar de constatar que discrepamos con el autor respecto de varios temas, comenzando por el concepto mismo de obligación, a la cual nosotros damos una nueva dimensión, la que, por cierto, repercute en varias otras instituciones, como la llamada "teoría de la imprevisión", el "abuso del derecho" o el "caso fortuito". Lo que destacamos no menoscaba en absoluto los méritos que atribuimos a la obra de René Abeliuk, los que bien podrían resumirse en tres aspectos relevantes: la capacidad del autor para construir una teoría completa de las obligaciones en algo más de 1.200 páginas; la actualización de instituciones que han experimentado transformaciones importantes, sea por la vía jurisprudencial o legislativa; y la claridad de las explicaciones, lo cual accede en beneficio de quien busca respuestas concretas ante situaciones o conflictos particulares.

Toda obra sobre derecho debe procurar servir a la comunidad jurídica, entendiendo por tal a aquella integrada por los legisladores, los jueces y los abogados. Un tratado que consigue sintetizar todo un capítulo del derecho civil, como el relativo a las obligaciones, está llamado a prestar un servicio inestimable. Suelen los autores –especialmente algunos latinoamericanos– producir trabajos recargados de citas y referencias, con una muy escasa contribución personal. Puede ello ser útil para los estudiosos que buscan confrontar sus ideas con las ideas ajenas, pero no representa un aporte efectivo en el avance de la ciencia jurídica. Por lo mismo, creemos que quienes más y mejor contribuyen al desarrollo y perfeccionamiento del derecho son aquellos autores que plantean nuevas teorías o proposiciones interpretativas, o bien aquellos otros que sistemáticamente son capaces de explicar toda una institución o capítulos completos de una rama del conocimiento jurídico, resaltando su relación con otras materias afines. Sin restar méritos a la obra de René Abeliuk, que en cierto sentido se proyecta en ambas dimensiones, creemos que predomina en él esta segunda perspectiva. De allí que no sea ilusorio afirmar que ningún abogado ni ningún magistrado, a la hora de decidir, podrá prescindir de consultar esta obra. Así ha sucedido en la práctica durante casi cuarenta años (la primera edición data de 1970) y, atendida su actualización, es de presumir que perdurará por otro espacio semejante de tiempo.

No podría concluir este comentario sin aludir a la personalidad del autor. René Abeliuk Manasevich ha sido esencialmente un abogado, a pesar de sus exitosas incursiones en el campo político. Su paso por la Corte Suprema contribuyó a dar un mayor peso y versación a las sentencias del máximo tribunal. Sus trabajos sobre la filiación (en cuya reforma legislativa participó activamente) y sobre la sucesión por causa de muerte revelan en él una pasión poco frecuente por el estudio del derecho. Es por ello que los abogados nos consideramos, en medida nada despreciable, tributarios de su pensamiento y de su esfuerzo. Sólo cabe, entonces, agradecer este nuevo aporte, el que está llamado a perdurar plenamente vigente por mucho tiempo.

Índice Revista Ius Publicum N° 21 / 2008
Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

José Francisco Aguirre Ossa: *Una aproximación al Derecho (y un poco a la ley) sobre la base de la doctrina de Santo Tomás*
Sergio Raúl Castaño: *La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes*
Mariana Sánchez Caparrós: *Breve reflexión acerca de las "Retenciones", el control judicial de constitucionalidad y la necesidad de derogar el Artículo 755 del Código Aduanero (Ley N° 22.415)*
Eduardo Soto Klöss: *La jerarquía (Un principio básico de la organización administrativa del Estado)*
Eduardo Meins Olivares: *Revisión de las sentencias firmes en el nuevo proceso penal*
Eugenio Pérez de Francisco: *La necesaria redacción de los Convenios III ½ y V de Ginebra o de la desaparición de determinadas conductas en caso de conflicto armado*

IN MEMORIAM

Gerardo Rocha Vera
Jaime Eyzaguirre Gutiérrez

CRÓNICA

Max Silva Abbott: *Población y valores*
Hernán Corral Talciani: *Matrimonio religioso con efectos civiles*
Gonzalo Rojas Sánchez: *Reflexiones fuertes*
Hermógenes Pérez de Arce: *Y ahora... el verdadero Allende*
Benjamín Correa Palacios: *Corrupción: ¿por qué se roba?*
María de los Ángeles Fernández Eyzaguirre: *¿Hacia un botiquín oficial para la juventud?*
Iván Aróstica Maldonado: *Chile, always surprising: ¿Sanciones sobre la marcha?*
Sergio Raúl Castaño: *Democracia y representación hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo*
Max Colodro: *El autodesalojo de la Concertación*

DOCUMENTOS

Su Santidad Pablo VI: *Humanae Vitae. Encíclica sobre la regulación de la natalidad (25.7. 1968)*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Partecipanti al Congresso Internazionale Promosso Dalla Pontificia Universitá Lateranense, Nel 40° Anniversario De'll Encíclica "Humanae Vitae". 10 maggio 2008*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Membri del Movimento per la Vita italiano. 12 maggio 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Discurso del Papa Benedicto XVI a los participantes en un coloquio internacional sobre la identidad del individuo. 28 de enero de 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la XLII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. 4 de mayo de 2008*

S.S. Benedicto XVI: *Viaje apostólico a los Estados Unidos de América. Ceremonia de bienvenida. Discurso en la Casa Blanca, Washington D.C. 16 de abril de 2008*
S.S. Benedicto XVI: *Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. 18 de abril de 2008*
Benedictus Pp. XVI: *Discorso di Sua Santitá Benedetto XVI ai Partecipanti All'Assemblea Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali. Sala del Concistoro. 3 maggio 2008*
Juan de Dios Vial Correa: *El embrión, el aborto y la contracepción de emergencia*
Noticias Globales: *USA: Defensa del embrión humano*
AICA: *El aborto ya ha eliminado a una cuarta parte de la humanidad. Madrid (España), 7 de julio de 2008*
Temas y Noticias: *Efectos del control de la natalidad*
Noticias Globales: *ONU: el regreso de Malthus*
AICA: *El episcopado brasileño denuncia a los promotores y financistas del aborto*
Gonzalo Vial Correa: *El "estilo Curepto"*
Gonzalo Vial Correa: *El gobierno, que gobierne*
Cristián Warnken: *¿Cuántas "Gabrielas"?*
Rodrigo Bosch: *Calidad de la educación para todos*
Gonzalo Rojas: *Una ola de malestar social*
Beatriz Corbo: *La intolerancia de los tolerantes*
Acción Familia: *2008: ¿Renace en Chile la lucha de clases?*

JURISPRUDENCIA

Más allá de la píldora. *Reflexiones en torno al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 740-07 (Patricio Muñoz Díaz)*

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E-mail

Tipo de Suscripción

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

❑ Boleta ❑ Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

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
SANTIA
BIBLIOTECA UDD SCL
R011805